

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Irma Yaneth González Ramírez
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
- Colpensiones
Radicación: 17-001-33-39-007-2016-00199-02
Acto judicial: Sentencia 35

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita se reliquide la pensión de sobreviviente con la correcta liquidación de los factores salariales nivelados por el proceso de homologación de cargos administrativos del sector educativo, en forma completa. La sentencia accedió a las pretensiones, al encontrar que la demandada sí tuvo en cuenta los factores salariales nivelados, pero en un monto menor por el cual se hicieron los aportes. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 18 de junio de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **Irma Yaneth González Ramírez**, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. Se pretende la nulidad parcial de las decisiones de COLPENSIONES emitidas por las **Resoluciones GNR 67380 del 19 de abril de 2013** por medio de la cual se

¹ 04Demanda.pdf

reconoció parcialmente la pensión de sobrevivientes a la parte demandante y **VPB 21831 del 09 de marzo de 2015**, a través de la cual se reliquidó la pensión de sobrevivientes.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada: (i) la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, en forma correcta con los factores salariales que fueron nivelados por el proceso de homologación de cargos de los empleados administrativos del sector educativo, con el equivalente al 67% de los factores devengados los últimos diez años anteriores al fallecimiento del causante; (ii) pagar en forma indexada las diferencias entre lo reliquidado y lo pagado hasta el momento de inclusión en nómina; y, (iii) las costas del proceso.

§05. La parte demandante relató que su esposo, el señor José Giovany Largo Cruz, prestó sus servicios en el sector público como celador de la Institución Educativa Fundadores de Riosucio, entre el 01 de septiembre de 1991 hasta el 10 de abril de 2012.

§06. El señor Largo falleció el 11 de abril de 2012.

§07. Por medio de las Resoluciones 0399 de 2007, 0337 del 2 de diciembre de 2010, 0353 de 2010, 1895-6 del 22 de marzo de 2013 y 4227 del 26 de junio de 2013, la gobernación de Caldas reconoció al demandante y a sus causantes, como empleado administrativo del sector docente, la nivelación de los salarios, como efecto de la homologación de cargos hechas del nivel nacional a departamental.

§08. A través de la Resolución GNR 067380 del 19 de abril de 2013 COLPENSIONES reconoció y pagó una pensión de sobrevivientes a la actora en calidad de cónyuge y en representación de la menor Valentina Largo González, en cuantía de \$589.500,00, efectiva a partir de 11 de abril de 2012 y correspondiente al 45%.

§09. El 13 de noviembre de 2014, la demandante solicitó la revisión y reliquidación de la pensión.

§10. COLPENSIONES por medio de la Resolución No VPB 21831 del 09 de marzo de 2015, accedió a la reliquidación de la pensión, con una tasa de reemplazo del 67% del promedio de los factores salariales devengados los últimos diez años.

§11. Sin embargo, la reliquidación no fue matemáticamente correcta y no justificó el valor de la mesada pensional.

§12. Como fundamentos de derecho invocó los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, 10 de la Ley 57 de 1887, 138 de la Ley 1437 de 2011, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

§13. Como concepto de violación precisó que la cual la entidad debió promediar correctamente lo aportado por el causante en los diez años anteriores a su fallecimiento, conforme a lo dispuesto por el Decreto 1158 de 1994.

1.2. Colpensiones se opuso a las pretensiones²

§14. Aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que concedieron la pensión, resolvieron la petición de reliquidación, y se opuso a las pretensiones de la demanda.

§15. Informó que reliquidó en debida forma la pensión de sobrevivientes, mediante la Resolución GNR067380 del 19 de abril de 2013, a partir del 11 de abril de 2012 en cuantía de \$589.500, la cual fue modificada a través de Resolución VPB 21831 de marzo 09 de 2015 donde se le aplicó una tasa de remplazo del 67% conforme a los salarios cotizados.

§16. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§16.1. **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** Señaló que no existe obligación en reconocer la reliquidación, toda vez que su derecho fue reconocido conforme las normas legales vigentes aplicables al caso en particular.

§16.2. **Excepción de buena fe:** Manifestó que la entidad obró bajo el pleno convencimiento de negarlos conforme a la Ley, teniendo en cuenta los aspectos fácticos y jurídicos aplicables para la situación particular.

§16.3. **Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas:** Afirmó que la institución estatal no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

§16.4. **Excepción de innominada**

§16.5. **Prescripción:** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 151 del C.P.T y 102 del Decreto 1848 de 1969.

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones³

§17. El Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resoluciones GNR 67380 del 19 de abril de 2013 y VPB 21831 del 09 de marzo de 2015, con las cuales se reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de la señora IRMA YANETH GONZÁLEZ RAMÍREZ, conforme a la parte motiva de esta decisión.

² 13ContestacionDemanda.pdf

³ 39Sentencia.pdf

TERCERO: Como consecuencia de esta declaración, a título de restablecimiento del derecho se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, reliquidar la pensión de sobrevivientes de la demandante teniendo en cuenta aquellos factores por los cuales el Departamento de Caldas realizó las cotizaciones al sistema de pensiones y que aún no han sido incluidos en el Ingreso Base de Liquidación I.B.L. Para el efecto tomará como base para liquidar los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable a la pensión de sobrevivientes. Los efectos de la reliquidación operan a partir del 11 de abril de 2012, según lo indicado en esta providencia.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes, incluyendo los descuentos por aportes que no hubiere efectuado la parte demandante.

CUARTO: EJECUTORIADA la presente providencia, por la **SECRETARÍA** se dará **CUMPLIMIENTO** a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.”.

§18. El Juez de primera instancia definió como problema jurídico el siguiente:

¿Procede el reajuste de la pensión de sobrevivientes de la parte demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos diez años de servicio?

§19. Determinó que al momento del deceso se aplicaban los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, conforme a la modificación dispuesta por la Ley 797 de 2003, el cual exige que se hubiera cotizado 50 semanas antes del fallecimiento.

§20. En cuanto a la cuantía, el artículo 48 de la ley 100 señala un monto del 45% del ingreso base de liquidación, más 2% por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500 semanas de cotización sin exceder el 75%.

§21. A su vez el artículo 21 de la ley 100 prevé que se toma en cuenta lo cotizado los últimos diez años, o toda la vida si se cotizó más de 1250 semanas.

§22. Y los factores salariales a tenerse en cuenta son los previstos en el Decreto 1158 de 1994.

§23. El juzgado aclaró que “... la discusión planteada por la parte actora, gira en torno a si se tuvo en cuenta los pagos realizados por el ente territorial por concepto de aportes a pensión en el momento en que fue reconocida la nivelación y homologación salarial del causante; estos incrementos fueron reconocidos para el periodo comprendido entre el 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009.”-rft-

§24. Una vez confrontados, en una tabla, los datos informados por los documentos sobre los aportes realizados por la gobernación de Caldas y los registrados tenidos en cuenta por COLPENSIONES en la liquidación de la Resolución VPB 21831 del 09 de

marzo de 2015, el juzgado concluyó que había una diferencia superior a los reportados por la entidad territorial.

§25. Por ello, el juzgado infirió: *“Los certificados de salarios para bonos pensionales y pensiones aportados por la parte actora evidencian que se cotizaron aportes no solamente para la asignación básica; también se realizaron aportes que corresponden bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos liquidadas en nómina de homologación y nivelación salarial, pero estos valores no fueron tenidos en cuenta por la accionada.”*

§26. De esta manera, accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a COLPENSIONES.

1.4. La apelación de la demandada donde ⁴

§27. COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia.

§28. Enfatizó que en el texto de la Resolución VPB 21831 del 09 de marzo de 2015 se afirmó que se tuvo en cuenta los salarios nivelados por el proceso de homologación que hizo la gobernación de Caldas.

§29. Refirió que no es posible reliquidar nuevamente la prestación del accionante toda vez que la misma se liquidó conforme a lo estipulado en los artículos 21 y 40 de la Ley 100 de 1993, es decir, se encuentra ajustada a derecho.

§30. Concluyó que la liquidación del IBL de las pensiones reconocidas conforme al régimen de transición se deberá realizar teniendo en cuenta el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 *ibidem* según corresponda, así como los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

1.5. Actuación de segunda instancia⁵

§31. Mediante proveído del 30 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

§32. La parte demandante⁶ se pronunció extemporáneamente el 13 de agosto de 2021, con memorial visible a archivo en PDF 48 y 49 del expediente digital⁷.

§33. Parte demandada y el Ministerio Público⁸ permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

⁴ 41Apelación.pdf

⁵ 46AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁶ 48AlegatosConclusionDemandante.pdf

⁷ 50ConstanciaDespacho.pdf

⁸ 50ConstanciaDespacho.pdf

§34. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problema Jurídico

§35. Conforme a los argumentos de la apelación, y debido a que ambas partes están conformes en: (i) el régimen pensional aplicable a la parte demandante; (ii) la tasa de reemplazo (67%); (iii) los factores salariales a tomarse en cuenta – los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994 de los últimos diez años; y, (iv) que dichos factores fueron nivelados por el proceso de homologación de cargos administrativos de los establecimientos públicos docentes, el problema jurídico se formula como:

§36. ¿La reliquidación de la pensión de sobrevivientes José Giovany Largo Cruz efectuada por la Resolución VPB 21831 del 09 de marzo de 2015 tuvo en cuenta los aportes realizados por la gobernación de Caldas en el proceso de homologación de cargos administrativos de los establecimientos públicos docentes?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§37. El señor José Giovany Largo Cruz, causante, **nació el 2 de noviembre de 1968**, por lo que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 para los empleados territoriales, 30 de junio de 1995, no tenía más de 40 años de edad

§38. **El 23 de abril de 1990**, la actora contrajo matrimonio con el causante, de dicha unión nacieron, Juan David, José Daniel y Valentina Largo González⁹.

§39. El señor José Giovany Largo Cruz prestó sus servicios en el sector público como celador de la Institución Educativa Fundadores de Riosucio entre el **01 de septiembre de 1991 hasta el 10 de abril de 2012**¹⁰.

§40. El causante falleció el **11 de abril de 2012**¹¹.

§41. Mediante las **Resoluciones 1895-6 de marzo 22 de 2013 y 4227 del 26 de junio de 2013** la gobernación de Caldas se reconoció a favor del causante el pago por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, desde el 10 de febrero de 1997 al **31 de diciembre de 2009**.^{12,13}

§42. Conforme al Formato No. 3 (B) Certificación de salarios mes a mes expedido por el Fondo Educativo Departamental -FED- de Caldas, en el proceso de nivelación por homologación de los cargos administrativos de los establecimientos educativos, se hicieron a nombre del causante aportes entre los años 2002 a 2009, que incluyeron bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos, que son factores salariales conforme al Decreto 1158 de 1994¹⁴.

⁹ 03AnexosDemanda.Fl.3/54pdf

¹⁰ 03AnexosDemanda.Fl.9-24/54pdf

¹¹ 03AnexosDemanda.Fl.6/54pdf

¹² 03AnexosDemanda.Fl.9-10/54pdf

¹³ 03AnexosDemanda.Fl.17-20/54pdf

¹⁴ 03AnexosDemanda.Fl.26-31/54pdf

§43. El **19 de abril de 2013**, Colpensiones a través de la **Resolución No. GNR 067380** le reconoció y pagó una pensión de sobrevivientes a la actora, en calidad de cónyuge y en representación de la menor Valentina Largo González, en cuantía de \$589.500,00, efectiva a partir de 11 de abril de 2012 y correspondiente al 45%¹⁵.

§44. El **13 de noviembre de 2014**, presentó solicitud de reliquidación de la pensión de sobrevivientes, que fue decidida por la Resolución VPB 21831 del 09 de marzo de 2015, donde se reliquidó con una tasa de reemplazo del (67%)¹⁶.

2.4. De la reliquidación de la pensión de la parte demandante con los factores salariales percibidos durante los últimos 10 años de servicios.

§45. El artículo 48 de la Constitución Política de 1991 expresamente dispuso que “... *Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.*”

§46. El Consejo de Estado aclaró que “... *en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante, pues es en este momento en que se causa el derecho a la sustitución pensional.*”¹⁷

§47. Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁸ quienes para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, la edad para acceder a la prestación pensional, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

§48. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1° de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales), conforme a lo probado el señor José Giovany Largo Cruz, causante, nació el 2 de noviembre de 1968, por lo que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 para los empleados territoriales, 30 de junio de 1995, no tenía más de 40 años de edad.

¹⁵ 03AnexosDemanda.FI.32-39/54pdf

¹⁶ 03AnexosDemanda.FI.45-53/54pdf

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- BogotáD.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018).- Radicación número: 68001-23-33- 000-2014-00062-02(1412-17) Postura reafirmada en la sentencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A- CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de 2021- Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- Radicación: 73001-23-33-000-2015-00165-01 (5095-2018)

¹⁸ El ingreso base para liquidar la pensión de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

§49. Por lo que la pensión de la parte demandante se guía por las modificaciones que hizo la Ley 797 de 2003 y la Ley 100 de 1993.

§50. Respecto del monto de esta prestación el artículo 48 de la misma Ley señala:

ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.*

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante, lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.

§51. En lo que refiere al Ingreso Base de Liquidación el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe ajustarse a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993:

ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. *Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

§52. Conforme a esta norma para la liquidación de la prestación sólo debe tomarse en cuenta los conceptos salariales sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes, sin que en ningún caso esta pueda ser inferior al salario mínimo.

§53. Y los factores salariales a tenerse en cuenta son los previstos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994: “

ARTICULO 1o. *El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".*

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

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

2.5. Del caso concreto

§54. El señor José Giovany Largo Cruz prestó sus servicios en el sector público como celador de la Institución Educativa Fundadores de Riosucio entre el **01 de septiembre de 1991 hasta el 10 de abril de 2012**¹⁹.

§55. Mediante las **Resoluciones 1895-6 de marzo 22 de 2013 y 4227 del 26 de junio de 2013** la gobernación de Caldas se reconoció a favor del causante el pago por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, desde el 10 de febrero de 1997 al **31 de diciembre de 2009**.^{20,21}

§56. Conforme al Formato No. 3 (B) Certificación de salarios mes a mes expedido por el Fondo Educativo Departamental -FED- de Caldas, en el proceso de nivelación por homologación de los cargos administrativos de los establecimientos educativos, se hicieron a nombre del causante aportes entre los años 2002 a 2009, que incluyeron **bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos, que son factores salariales para calcular el IBL conforme al Decreto 1158 de 1994**²².

§57. El **19 de abril de 2013**, Colpensiones a través de la **Resolución GNR 067380** le reconoció y pagó una pensión de sobrevivientes a la actora, en calidad de cónyuge y en representación de la menor Valentina Largo González, en cuantía de \$589.500,00, efectiva a partir de 11 de abril de 2012 y correspondiente al 45%²³.

§58. Luego la Resolución VPB 21831 del 09 de marzo de 2015, donde se reliquidó con una tasa de reemplazo del (67%)²⁴.

¹⁹ 03AnexosDemanda.Fl.9-24/54pdf

²⁰ 03AnexosDemanda.Fl.9-10/54pdf

²¹ 03AnexosDemanda.Fl.17-20/54pdf

²² 03AnexosDemanda.Fl.26-31/54pdf

²³ 03AnexosDemanda.Fl.32-39/54pdf

²⁴ 03AnexosDemanda.Fl.45-53/54pdf

§59. En atención a la prueba de oficio ordenada por el juzgado, COLPENSIONES allegó los factores tenidos en cuenta en el **cálculo de la reliquidación** hecha por la Resolución VPB 21831 del 09 de marzo de 2015.

§60. Tal como lo hizo el juzgado de primera instancia, al confrontar dicha **reliquidación**, con el Formato 3 (B) del Fondo Educativo Departamental -FED- de Caldas, donde constan los aportes hechos a favor del causante por salario básico, bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos, emerge claramente las diferencias de las sumas consideradas:

Formato certificación de salarios para liquidar pensiones en el régimen de prima media		Liquidación Colpensiones I.B.L
2002 (a partir del 24-03-2002)	7.501.679	6.928.546
2003	9.578.026	9.544.884
2004	10.674.328	10.117.572
2005	10.704.396	11.357.291
2006	12.156.948	11.346.660
2007	12.924.854	11.970.732
2008	13.459.254	12.668.968
2009-01-01 a 2009-06-30	6.871.309	6.838.068
2009-07-01 a 2009-07-30	1.139.678	1.050.000
2009-08-01 a 2009-08-30	1.139.678	887.000
2009-09-01 a 2009-09-30	1.139.678	1.014.000
2009-10-01 a 2009-10-30	1.139.678	980.000
2009-11-01 a 2009-11-30	1.139.678	1.070.000
2009-12-01 a 2009-12-30	2.108.535	1.127.000

§61. Así las cosas, la Sala observa que en la reliquidación hecha por COLPENSIONES como base de la **Resolución VPB 21831 del 09 de marzo de 2015** no se tomaron en forma completa las sumas por las que realmente se hicieron los aportes de los salarios nivelados por la homologación de cargos del causante, desde— diez años de la muerte — hasta el 31 de diciembre de 2009 — data hasta la cual se hizo la nivelación salarial—.

§62. Además, la parte apelante no señaló si el cálculo efectuado por el juzgado adolecía de alguna incorrección.

§63. Por lo que se ha de confirmar la sentencia de primera instancia.

2.6. Costas

§64. De conformidad con el artículo 365 numeral 1 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta que no se generaron costas ni la parte actora intervino en esta instancia, no se condenará en costas de la apelación.

§65. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **Irma Yaneth González Ramírez**, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**.

SEGUNDO: No se impondrá condena en **COSTAS** en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Primera Instancia
Procesos acumulados

ACCION: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laboral
RADICADO 1: 170001-23-33-000-2016-00666-00
DEMANDANTE: María Nelly Vásquez de Moreno
RADICADO 2: 170001-23-33-000-2017-00228-00
DEMANDANTE: Luz Marina Luna Monsalve
DEMANDADO: Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP
Acto judicial: Sentencia 22

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** Se reconoce la sustitución de la pensión gracia a las cónyuge y compañera supérstite, en proporción a la convivencia con el causante.

§02. La Sala dicta sentencia de primer grado en el medio de control de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** de carácter laboral dentro de los procesos acumulados promovidos por **María Nelly Vásquez de Moreno** y **Luz Marina Luna Monsalve**, demandantes, contra la **Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP**, demandada.

1. Antecedentes

1.1. PROCESO (1) 2016-00666 DE MARÍA NELLY VÁSQUEZ DE MORENO, CÓNYPGE SUPÉRSTITE¹

1.1.1. La demanda de la esposa sobreviviente

§03. La señora María Nelly Vásquez de Moreno solicitó que se declare la nulidad de la **Resolución RDP 022253 del 18 de julio de 2014**, que dejó en suspenso el

¹ Fl. 2 a 14 C1

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que le pueda corresponder a la esposa y a la compañera del causante, señor José Javier Moreno.

§04. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad reconocer la sustitución pensional a la demandante a partir del 12 de abril de 2014 con los respectivos ajustes de ley.

§05. Como hechos la demanda describió: (i) la actora contrajo matrimonio con el señor José Javier Moreno el 21 de marzo de 1969, y nunca hubo separación de bienes ni se divorciaron; (ii) procrearon dos hijos; (iii) convivieron en forma ininterrumpida por más de 24 años hasta la muerte del esposo, el 12 de abril de 2014; (iv) desde el 27 de octubre de 1993 el señor José Moreno sostuvo una relación extramatrimonial; (v) a pesar de ello el esposo continuó cumpliendo con sus deberes conyugales, compartiendo, techo, mesa y lecho, prestando auxilio mutuo, incluso en la última enfermedad del cónyuge; (vi) la demandante siempre tuvo dependencia económica de su cónyuge causante.

§06. Mediante la Resolución 9296 del 05 de junio de 1997 la UGPP otorgó la pensión de gracia al señor Moreno. La Resolución 16610 del 01 de septiembre de 2003 reliquidó la pensión gracia.

§07. Con motivo del fallecimiento del señor Moreno, la demandante cónyuge supérstite y la compañera permanente solicitaron la sustitución de la pensión.

§08. La UGPP mediante Resolución 022253 del 18 de julio de 2014 dispuso dejar “... *en suspenso el posible derecho y porcentaje que les pudiera corresponder respecto a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del causante (...)*”. Esta decisión fue confirmada mediante Resolución RDP 026793 del 02 de septiembre de 2014.

§09. La accionante invocó como normas violadas los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Constitución Política; las leyes 33 de 1973, 4 de 1976, 71 de 1988; y los decretos 434 de 1971, 690 de 1974 y 1160 de 1989.

§10. Realizó un recuento normativo y jurisprudencial de la figura de sustitución pensional, para concluir que deberá concederse el beneficio prestacional a la cónyuge supérstite del causante, en virtud de que al momento de fallecimiento el esposo seguía conviviendo con ella, a pesar de que él sostuviera una relación extramatrimonial.

1.1.2. Contestaciones de la demanda

1.1.2.1. De la UGPP²

§11. Se opuso a las pretensiones formuladas por la parte accionante. Admitió solo los hechos referidos a la expedición de los actos demandados.

§12. Mencionó como fundamentos de derecho los artículos 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, la Ley 1204 de 2008; y los decretos 806 de 1998, 01 de 1984 y 1848 de 1969.

² Fl. 115 a 121 C1

§13. Propuso las siguientes excepciones:

§13.1. **Proceder legal de la entidad demandada**, quien ilustró que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 permite la pensión compartida entre la cónyuge y la compañera permanente de un causante. Pero como se presentó controversia entre las accionantes, el litigio debe ser resuelto por la jurisdicción.

§13.2. **Prescripción** trienal según lo previsto en los artículos 488 del C.S. del T. y el 151 del C.P. del T.

§13.3. **Genérica.**

1.1.2.2. Contestación de la compañera, señora Luz Marina Luna Monsalve a la demanda³

§14. Se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la relación matrimonial del causante con la señora Vásquez de Moreno. Pero aclaró que el señor Moreno tramitó ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Riosucio una demanda de divorcio contra la señora María Nelly Vásquez, con la causal de separación de hecho por más de 18 años.

§15. Como fundamentos de derecho se refirió al artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que permite la sustitución pensional en cabeza de la compañera.

§16. Propuso las siguientes excepciones:

§16.1. **Inexistencia del derecho a la sustitución pensional de la cónyuge:** El causante tramitó una demanda de divorcio en contra de la esposa, en la cual aseguró que hubo una separación de hecho de los cónyuges por más de 18 años.

§16.2. **Mala fe de la parte demandante:** La compañera argumentó que la esposa actuó de mala fe al reclamar la sustitución pensional, pues ya no convivía con el señor Moreno.

1.2. PROCESO 2017-228 DE LA COMPAÑERA, SEÑORA LUZ MARINA LUNA MONSALVE

1.2.1. La demanda de la compañera supérstite⁴

§17. La señora Luz Marina Luna Monsalve solicitó que se declare la nulidad de las **Resoluciones RDP 022253 del 18 de julio de 2014, RDP 026793 del 02 de septiembre de 2014, y RDP 032577 del 28 de octubre de 2014**, que dejaron en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en sedes administrativa y de los recursos de reposición y apelación.

³ Fl. 143 a 150 C1

⁴ Fl. 294 a 303 C1

§18. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la demandada reconocer la pensión de sobrevivientes de la pensión gracia del señor José Javier Moreno a partir de su fallecimiento.

§19. En subsidio, y en caso de compartir la pensión, se le reconozca la pensión de sobrevivientes proporcionalmente al tiempo de convivencia de la que era titular el causante, a partir del 12 de abril de 2014.

§20. Como hechos describió que el señor José Javier Moreno contrajo matrimonio con la señora María Nelly Vásquez y que procrearon 2 hijos.

§21. Posteriormente, el señor Moreno tramitó el divorcio contra su esposa en el Juzgado Promiscuo de Familia de Riosucio, con la causal de separación de hecho por más de 18 años.

§22. El señor Moreno convivió en unión marital de hecho con la compañera demandante por más de 23 años, de manera ininterrumpida, bajo el mismo techo y lecho. La actora dependía económicamente del causante y estaba afiliada al servicio médico como beneficiaria en calidad de compañera permanente.

§23. El causante devengaba una pensión gracia otorgada a través de la Resolución 9296 del 05 de junio de 1997.

§24. El 6 de mayo de 2013 el señor Moreno, en comunicación dirigida a CAJANAL, designó como beneficiaria de su pensión de gracia a la demandante, en calidad de compañera permanente.

§25. El señor Moreno falleció el 12 de abril de 2014. En consecuencia, las señoras Luz Marina Luna Monsalve y María Nelly Vásquez presentaron ante la UGPP las solicitudes de pensión de sobrevivientes por la pensión gracia.

§26. La UGPP mediante Resolución 022253 del 18 de julio de 2014 dejó en suspenso el derecho reclamado hasta que la justicia ordinaria resolviera a quien le correspondía el derecho. Contra la mencionada Resolución 022253 del 18 de julio de 2014 la compañera permanente presentó los recursos de reposición y en subsidio de apelación.

§27. La UGPP confirmó el anterior acto en sedes de reposición y apelación mediante las Resoluciones RDP 026793 del 02 de septiembre de 2014 y 032577 del 28 de octubre de 2014.

§28. La actora invocó como normas violadas los artículos 2, 42 y 48 de la Constitución Política; como las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§29. Resaltó que la demandante acreditó su calidad de compañera permanente y su convivencia con el causante, por lo que cumple con los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

1.2.2. Tránsito procesal, irregularidad procesal, audiencia inicial, saneamiento del trámite y alegatos de conclusión⁵

§30. La demanda se admitió el 8 de junio de 2017.

§31. El 26 de abril de 2018 se decretó la acumulación de los procesos presentados por la esposa y la compañera supérstites.⁶

§32. Sin embargo, en dicho acto judicial de acumulación no se dispuso la notificación por estado del auto admisorio de la demanda 2017-228 a las demandadas en dicho proceso, la señora María Nelly Vásquez de Moreno y a la UGPP.

§33. Pese a lo anterior, el 4 de junio de 2019 se celebró la audiencia inicial⁷ en los procesos acumulados, con el siguiente desarrollo:

§33.1. Se reconoció personería para actuar a los apoderados de la cónyuge señora María Nelly Vásquez de Moreno y a la UGPP.

§33.2. Se decidió que la excepción de prescripción se resolvería en sentencia.

§33.3. Se fijó el litigio y el problema jurídico para determinar si las partes demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor José Javier Moreno.

§33.4. Se decretaron pruebas.

§34. En cuanto a la irregularidad procesal sobre la notificación del auto admisorio de la demanda en el proceso 2017-228 a las demandadas, el artículo 301 del CGP, el cual regula la notificación por conducta concluyente señala: *“Quien constituya apoderado judicial se entenderá notificado por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado en el respectivo proceso, inclusive del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo, el día en que se notifique el auto que le reconoce personería...”*

§35. De esta manera, los apoderados de la cónyuge y la UGPP fueron notificados en la audiencia inicial del 4 de junio de 2019 del reconocimiento de personería para actuar, por lo que en dicha fecha se entiende notificados por conducta concluyente de todos los autos, incluso el auto admisorio del proceso 2017-228.

§36. Y en la audiencia inicial las partes no denunciaron la existencia de la irregularidad procesal.

§37. Entonces, se entiende saneada la citada irregularidad procesal.

§38. Luego, durante la audiencia de pruebas se recibieron los testimonios y se dispuso la presentación de los alegatos de conclusión de manera escrita.

⁵ Fl. 294 a 303 C1

⁶ Fl. 316-318-, c1a.

⁷ Fl. 351 a 354, 308 a 310 C1A

§39. Las partes demandantes y la UGPP presentaron sus alegatos en término. El Ministerio Público no se pronunció⁸.

1.5.1. Alegatos de la cónyuge, señora María Nelly Vásquez:⁹ Reiteró los argumentos y las pretensiones de la demanda. Resaltó la permanencia del vínculo matrimonial del causante con la demandante. Solicitó que se le otorgue el 100% de la sustitución pensional. En su defecto, tener en cuenta los 24 años de convivencia interrumpida y posterior convivencia simultánea con la compañera permanente.

1.5.2. Alegatos de la compañera, señora Luz María Luna Monsalve:¹⁰ Rememoró los argumentos expuestos en la demanda. Hizo hincapié en las pruebas documentales que demuestran su dependencia económica del causante, y la existencia de una unión marital de hecho. Destacó que los testimonios de cargo de la cónyuge carecen de objetividad por lo que solicitó declarar próspera la tacha en su contra. Resaltó la idoneidad, objetividad e imparcialidad de sus testigos de cargo. Concluyó que, en el interrogatorio de parte, la esposa aceptó la convivencia del causante con la compañera por el término de 23 años.

1.5.3. Alegatos de la UGPP:¹¹ Insistió en los argumentos de la contestación de la demanda, y dejó a consideración del tribunal la decisión del caso. Apoyó la tacha contra los hijos del matrimonio.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§40. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. Cuestión previa, la esposa solo demandó la resolución que dejó en suspenso la pensión y no interpuso el recurso obligatorio de apelación

§41. La señora Vásquez de Moreno, esposa del causante, solo demandó la **Resolución RDP 022253 del 18 de julio de 2014**, que dejó en suspenso la sustitución de la pensión, y no interpuso el recurso de apelación. El artículo 161.2 del CPACA exige como requisito para demandar la nulidad de un acto administrativo que “... *deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios...*”, en este caso de apelación, que “... *cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.*” (Art. 76 del CPACA)

§42. La demanda fue admitida y la parte demandada no propuso la excepción de inepta demanda.

§43. Como otro elemento de juicio, se tiene que la compañera, señora Luz María Luna Monsalve sí presentó el recurso de apelación contra la citada resolución e integró la demanda con los actos que decidieron los recursos de reposición y apelación, las

⁸ Fls. 328 C1

⁹ Fl. 314 a 317 C1

¹⁰ Fl. 324 a 327 C1

¹¹ Fl. 318 a 323 C1

Resoluciones RDP 022253 del 18 de julio de 2014, RDP 026793 del 02 de septiembre de 2014, y RDP 032577 del 28 de octubre de 2014.

§44. En caso similar al presente, el Consejo de Estado¹² señaló que en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

“Se observa del aparte transcrito, que el Tribunal luego de hacer un exhaustivo análisis del material probatorio encontrado en el plenario, concluyó, que en efecto, la señora R-----, compartía vida en común con el causante, al igual que la señora L-----, por lo que le asistía a cada una el porcentaje del 25% de la pensión del causante; sin embargo, resolvió no reconocer a favor de la señora L-----, el porcentaje correspondiente, al señalar que esta nunca acudió a través de los medios judiciales, para formular las pretensiones individuales sobre el derecho pensional que allega en la contestación de la demanda, teniendo como opción procesal la demanda de reconvención. Siendo así, el tribunal dejó en suspenso el 25% del reconocimiento pensional, hasta tanto la interesada no incoara una demanda para ese efecto.

A juicio de la Sala, se incurre en un exceso de ritual manifiesto, pues visto es que dentro del expediente, la señora L-----, demandada dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, contestó la demanda, señalando que debía procederse a declarar la sustitución pensional de manera compartida con la señora R-----.

Bien puede evidenciarse en la contestación presentada, que la señora L----- manifestó no oponerse a la petición subsidiaria presentada por la demandante, (...)

(...)

Dentro de la contestación de la demanda de nulidad y restablecimiento, la señora L----- manifestó de manera clara no oponerse a la petición subsidiaria, presentada por la demandante, R-----, teniendo en cuenta que la diferente jurisprudencia ha señalado la posibilidad de la sustitución pensional compartida entre compañeras permanentes (Fl.1038 Cdo anexo).

Además de lo anterior, se observa que la señora L----- procedió al no estar de acuerdo con lo decidido en primera instancia, a apelar la decisión y a solicitar de manera expresa en el último considerando, que se procediera a su reconocimiento pensional de manera compartida con la señora R-----, lo cual reiteró en los alegatos de conclusión presentados en segunda instancia, insistiendo en que se acogiera la pretensión subsidiaria presentada por la señora L----- (Fls. 1174 y 1234 Cuaderno anexo).

*Debe traerse a colación lo señalado por el artículo 281 (inciso 3) del Código General del Proceso, donde se señala que en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, **siempre que aparezca probado y haya sido alegado** por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.*

¹² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA-SUBSECCION A- Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO- Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016)- Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00720-00(AC)

Si bien es cierto, se duele el Tribunal en este caso, de que la demandada L----- no haya presentado demanda de reconvención, solicitando de manera expresa su reconocimiento pensional, visto es que de las actuaciones desplegadas por esta, se dio a conocer su intención de reconocimiento pensional, por lo que no podía el Tribunal bajo dicho argumento, dejar en suspenso el 25% al que aludió tener derecho, cuando su función, es precisamente, definir de manera clara, concreta y definitiva los derechos en litigio.”

§45. De esta manera, puede entrarse a decidirse de fondo este proceso acumulado, a pesar que la demanda de la esposa era inepta por adolecer del requisito formal de agotar los recursos administrativos obligatorios, debido a que de todos modos se acumuló el proceso con el regularmente presentado por la compañera, y la cónyuge alegó en todo momento su derecho a percibir la prestación social, y no se presentó la excepción de inepta demanda.

2.3. Problemas jurídicos

§46. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la sustitución de la pensión gracia?

§47. ¿Las señoras Luz Marina Monsalve y María Nelly Vásquez de Moreno, en sus calidades de compañera permanente y cónyuge, cumplen con los requisitos para acceder a la sustitución de la pensión gracia que devengaba en vida el señor José Javier Moreno?

2.4. De la sustitución de la pensión gracia se rige por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993

§48. La pensión gracia fue consagrada en el artículo 1º de la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales, que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años. La Ley 116 de 1928 extendió el beneficio a los docentes de las escuelas normales y a los inspectores. El artículo 3º de la Ley 37 de 1933 permitió que se completara el tiempo de servicios en establecimientos de secundaria. El artículo 15.2.a de la Ley 91 de 1989 limitó la pensión gracia a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980.

§49. La pensión sustitutiva fue prevista con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte de una persona, para suplir la ausencia económica que daba el afiliado al grupo familiar y evitar un cambio de las condiciones de subsistencia de las personas beneficiarias de la prestación. (S. C. Const. T-701/2006¹³)

§50. A la sustitución de la pensión gracia se le aplica la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, pues los docentes beneficiarios de esta prestación se excluyen del Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, según el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

§51. A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia del 27 de mayo de 2019¹⁴, y reiterada por dicha Corporación como por este Tribunal en las sentencias del

¹³ Corte Constitucional. sentencia T- 701/06. MP. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1.339.938, del 22 de agosto de 2006. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-701-06.htm>

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B"- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00413-01(3114-15)

11 de septiembre de 2020 con ponencia del Doctor Augusto Morales¹⁵ y del 27 de junio de 2019 con ponencia del Doctor Dohor Edwin Varón Vivas¹⁶:

“... se concluye la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia sujeta a los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias...”

... La aplicación del anterior régimen de sustitución pensional frente a los trabajadores y servidores excluidos de la Ley 100 de 1993, como es el caso de los docentes en virtud de su artículo 279, fue definida por esta Sección desde la sentencia de 10 de octubre de 1996 al realizar el estudio de legalidad del artículo 6° del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988.”

§52. El artículo 3 de la citada Ley 71 de 1988 establece:

“Artículo 3°.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tenga extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.”.

§53. Los artículos 5 y 6 del Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la citada Ley 71 de 1988 prescriben:

“Artículo 5°.- Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

- a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;*
- b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.*

Artículo 6°.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:

1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a). Por muerte real o presunta;*
- b). Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*

¹⁵ Expediente 7001-33-33-003-2013-00648-02

¹⁶ Expediente 17001-23-33-000-2015-00582-00

c). *Por divorcio del matrimonio civil.*

2o. *A los hijos menores de 18 años, inválidos o cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.*

3o. *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.*

[...]."

Artículo 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. (...)*

Parágrafo. 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."

§54. Aunque el citado artículo 6º solo otorgaba derecho a la sustitución a la compañera permanente a falta de la cónyuge, actualmente existe igualdad de las familias matrimonial y extramatrimonial a partir del artículo 42 de la CP como de las sentencias C-081 de 1991 y C-1126 de 2004 de la Corte Constitucional.

§55. Para tener derecho a la sustitución de la pensión debe demostrarse la convivencia que se integra por: *"i) el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte y ii) la dependencia económica de las personas potencialmente beneficiarias, para efectos del reconocimiento de la prestación."*¹⁷

§56. La convivencia debe acreditarse por un período *"... no inferior a 5 años (...) excluyendo los encuentros pasajeros, casuales, esporádicos, e incluso las relaciones que a pesar de ser prolongadas no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida."*¹⁸

§57. La cónyuge solo está obligada a demostrar la convivencia en cualquier tiempo, pero la compañera permanente debe evidenciarla cinco años antes del deceso: *"... los 5 años de convivencia singular de la cónyuge con el finado puede ocurrir en cualquier tiempo, y tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre que mantenga vigente el vínculo conyugal, aun separada de hecho o de cuerpos, o de tener disuelta o liquidada la sociedad conyugal, es decir, que no es necesario acreditarla durante los últimos 5 años a la muerte del causante. (...) frente a la compañera permanente, la convivencia con el causante debe verificarse dentro de los 5 años anteriores a su deceso..."*¹⁹-sft-

¹⁷ Sentencia citada en nota al pie 14.

¹⁸ Sentencia citada en nota al pie 14.

¹⁹ Sentencia citada en nota al pie 14.

§58. La dependencia económica “... *significa haber necesitado de la protección del causante de la pensión o asignación de retiro para la congrua subsistencia y que tal condicionamiento debe estar presente al momento del fallecimiento del pensionado...*”²⁰

§59. Además, se reconocerá la sustitución en un porcentaje equivalente al tiempo de convivencia, si la cónyuge y la compañera tuvieren derecho a la sustitución, como lo estableció esta Corporación en antecedente analógico cerrado con el presente caso, en sentencia del 11 de septiembre de 2020, con ponencia del Magistrado Augusto Morales Valencia²¹, que estimó: “... *este Juez Colegiado halla acertada por parte de la operadora judicial de primera instancia la aplicación de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues dicho precepto normativo permite reconocer la sustitución pensional en porcentaje equivalente al tiempo de convivencia...*”

2.4. Lo demostrado en el proceso y caso concreto

§60. Con respecto al reconocimiento de la pensión gracia y los actos demandados, está demostrado:

§60.1. CAJANAL expidió la Resolución 000400 del 13 de marzo del 2000 que reconoció la pensión vitalicia de jubilación al señor José Javier Moreno, en cuantía de \$637.916, a partir del 12 de enero del 2000.²²

§60.2. El señor José Javier Moreno falleció el 12 de abril de 2014²³.

§60.3. Por medio de la **Resolución 022253 del 18 de julio de 2014**, la UGPP dejó en suspenso una pensión de sobrevivientes del causante, José Javier Moreno, solicitada por las señoras María Luna Monsalve, compañera, y María Nelly Vásquez de Moreno, esposa²⁴.

§60.4. Mediante la **Resolución RDP 026793 del 02 de septiembre de 2014** la UGPP confirmó el anterior acto en sede de reposición, y concedió el recurso de apelación.²⁵

§60.5. A través de la **Resolución RDP 032577 del 28 de octubre de 2014** la UGPP reafirmó el acto que dejó en suspenso la pensión de sobrevivientes, en sede de apelación.

§61. La controversia bajo examen radica en determinar a quién le corresponde la sustitución de la pensión gracia del señor José Javier Moreno, para lo cual se analizarán las pruebas sobre la convivencia.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 27 de julio de 2006, Demandante: Elvira Elizabeth Cantillo Prado. Radicación 47001-23-31-000-2002-00089-01

²¹ Tribunal Administrativo de Caldas, MP. Augusto Morales Valencia, sentencia del 11 de septiembre de 2020. R. 7001-33-33-003-2013-00648-02

²² Fl. 157 a 158; 229 a 230 C1

²³ Fl 16; 151; 216; 223 C1

²⁴ Fl. 21 a 23; 161 a 163; 239 a 241; C1

²⁵ Fl 25 a 29; 168 a 170 C1

2.3.1. La convivencia del señor Moreno con la esposa, señora María Nelly Vásquez de Moreno

§62. Como se verá, la cónyuge señora Vásquez de Moreno demostró los cinco años de convivencia en cualquier tiempo con el causante, tampoco se divorció, ni cesó los efectos civiles ni se separó de bienes o de cuerpos, y convivió con su esposo por 45 años, desde el matrimonio, 21 de marzo de 1969, hasta el deceso del esposo, 12 de abril de 2014:

§63. El 21 de marzo de 1969 la señora María Nelly Vásquez Henao y el señor Javier Moreno contrajeron matrimonio.²⁶⁻²⁷ Y tuvieron los siguientes hijos, Julián Andrés²⁸ el 01 de julio de 1977²⁹ y Lina María el 11 de diciembre de 1970³⁰.

§64. Consta la sentencia del 22 de octubre de 2010 el Juzgado Promiscuo de Familia de Riosucio – Caldas-, donde no se accedió a la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso interpuesto por el esposo, señor Moreno, contra su esposa, señora Vásquez. En los razonamientos de la sentencia se plasmó: “... *el demandante jamás ha dejado de convivir con su esposa, que él haya tenido una vida desordenada ... no indica para nada que se haya configurado la ruptura del vínculo matrimonial... no ha querido abandonar su hogar, pues allí siempre regresa...*”³¹

§65. Los testimonios recogidos en este proceso de los hijos **Lina María Moreno Vásquez**³² y **Julián Andrés Moreno Vásquez**³³ fueron tachados por sospecha. Al respecto, se analizarán con mayor rigor y en conjunto con las demás pruebas allegadas, según lo exige el artículo 211 del CGP.

§66. Los declarantes afirmaron en cada una de sus declaraciones: (i) su padre nunca se separó del hogar hasta el fallecimiento, veló con todas las obligaciones, siempre sostuvo económicamente el hogar, compartía con sus hijos y su esposa, y el trato con la esposa fue respetuoso; (ii) en el día permanecía en la casa de su esposa, pero en la noche él tenía encuentros con la señora Luz María Luna y otra señora Martha; (iii) el señor Moreno era un hombre promiscuo y por la noche no estaba en la casa; (iv) en la hospitalización del padre lo atendió la esposa; (v) el hijo Julián Andrés aceptó que entre 2009 a 2014 su padre convivió con la señora Luna Monsalve, compañera, y le colaboraba económicamente.

§67. Para el análisis se tiene: (i) los deponentes son hijos del causante y la esposa demandante; (ii) aceptaron la convivencia que tuvo el padre con la señora Luna Monsalve, compañera; y, (iii) su dicho de la continuación de la convivencia del causante con su esposa coincide con la conclusión a la cual llegó el juzgado de Familia de Riosucio. De esta manera, se encuentra que sus declaraciones son claras y confiables, por lo que no se accederá a desechar sus dichos por la tacha.

²⁶ Fl. 30 C1

²⁷ Fl. 17 C1

²⁸ Fl. 15 C1

²⁹ Fl. 48 C1

³⁰ Fl. 18 C1

³¹ Fl. 3 a 11 C3

³² Fl. 308-309, c1. Cd, grabación 170012333006_02. Minuto 00:13:24 a 00:41:30.

³³ Fl. 308-309, c1. Cd, grabación 170012333006_02. Minuto 00:13:24 a 00:41:30.

§68. **La señora Jimena Bornacelli García** testificó que conoció a la pareja de casados desde hace 10 años, y le consta cuando el señor viajaba pernoctaba en la casa de la esposa, pero ya no pernoctaba desde el año 2011.

2.3.2. La convivencia con la compañera, señora Luz María Luna Monsalve

§69. A continuación, se puede establecer que el causante y la señora Luna Monsalve, compañera, tuvieron una convivencia por 20 años, desde el 12 de abril de 1994 al 12 de abril de 2014.

§70. Se adjuntó la declaración ante la Notaría del círculo de Supía – Caldas- del 16 de junio de 2004 donde el causante, señor Moreno, afirmó “... *que hace 10 años convivo en unión libre y bajo el mismo techo con la señora Luz María Luna Monsalve... quien depende económicamente de mí.*”³⁴

§71. Se allegó copia del documento declarativo privado suscrito por la compañera, señora Luna Monsalve y el causante, fechado el 06 de mayo de 2013, en la cual manifestaron que convivieron por más de 20 años como compañeros permanentes, que residen en el barrio Popular de Supía, Caldas, que la señora Luz María depende del señor Moreno y que sus servicios médicos los recibe como beneficiaria del mismo. De acuerdo con el artículo 244 del CGP³⁵, esta copia se presume auténtica por no haber sido tachado o desconocido. Conforme al artículo 253 del CGP, **se tendrá como su fecha cierta, el día de fallecimiento del señor Moreno, 12 de abril de 2014.**³⁶

§72. Declaraciones conjuntas extrajuicio del 29 de abril de 2014 rendidas por Luz Mery Rivera Miranda y el señor Gildardo Vélez Ramírez ante la Notaría Única de Supía, Caldas. Los declarantes manifestaron que la señora Luna Monsalve convivió 23 años con el causante, en unión libre y permanente, compartiendo techo, lecho y mesa. Además, la compañera dependió económicamente del señor Moreno hasta su fallecimiento. Esta declaración, aparte de ser conjunta, es llana y no describe los hechos ni la razón de su dicho.³⁷

§73. El testigo en el proceso señor **Gildardo Vélez Ramírez**³⁸, conductor del causante, expresó sobre el señor Moreno: (i) fue docente por 25 años; (ii) convivió por más de 20 años con su compañera, la señora Luna Monsalve, porque el testigo vivía en el mismo barrio, los visitaba en el hogar, e iba con ellos a cobrar la pensión; (ii) trataba a la compañera con cariño, la presentaba como su esposa, le sostenía económicamente; (iii) el causante tenía una esposa, la señora María Nelly, pero se separaron.

§74. El testigo señor **Eduardo Humberto Muñoz Villa**³⁹ describió del causante, señor Moreno: (i) fue profesor hace 25 años en el municipio de Supía; (ii) convivió con la compañera, señora Luna Monsalve, en el barrio Renán Barco, hasta la fecha que el señor falleció; (iii) que los conoció porque eran vecinos y se veían como esposos.

³⁴ Fl. 272 C1

³⁵ Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

³⁶ Fl. 246 C1

³⁷ Fl. 225 a 226 C1

³⁸ Fl. 308-309, c1. Cd, grabación 170012333006_02. Minuto 01:53:47 a 01:58:58

³⁹ Fl. 308-309, c1. Cd, grabación 170012333006_02. Minuto 01:58:0 a 01:58:58

§75. Consta la ya citada sentencia del 22 de octubre de 2010 del Juzgado Promiscuo de Familia de Riosucio – Caldas-, en donde en el interrogatorio de parte la cónyuge aceptó que el señor Moreno desde hace 17 años se fue a vivir con otra señora. A su vez, en la misma sentencia citó a la hija Lina María quien afirmó que su padre desde hace 17 años convive con su progenitora y su compañera.⁴⁰

§76. La compañera, señora Luna Monsalve, aparece como beneficiaria del servicio de salud en COSMITET, desde el 01 de octubre de 2004 hasta el 06 de mayo de 2014.⁴¹

§77. El 13 de agosto de 2013 la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas le contestó al señor Moreno que la señora Luz María Luna Monsalve se inscribiría como compañera permanente y beneficiaria de la sustitución pensional.⁴²

2.3.3. Análisis

§78. Las demandantes deben demostrar los elementos de la convivencia para tener derecho a la sustitución de la pensión gracia del señor Moreno: “i) *el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte y ii) la dependencia económica de las personas potencialmente beneficiarias, para efectos del reconocimiento de la prestación.*”⁴³

§79. En el caso de la esposa, señora Vásquez de Moreno, los hijos de la pareja e incluso la sentencia que negó la cesación de efectos civiles son acordes en que los esposos no dejaron de convivir, mientras duró el vínculo matrimonial por más de 20 años. Además, los testimonios fueron claros en que el causante siempre sostuvo el hogar económicamente.

§80. Referente a la compañera, señora Luna Monsalve, tanto la declaración notarial del señor Moreno, como los testigos y los documentos prueban que tuvo una convivencia con el causante, mayor a los cinco años anteriores al deceso, quien la sostenía económicamente, y compartían el mismo hogar.

§81. De esta manera, se demostró que el señor Moreno convivió simultáneamente con las señoras Vásquez de Moreno, esposa, y Luna Monsalve, compañera, durante los últimos cinco años de su vida.

§82. El porcentaje de sustitución se reconoce de acuerdo a la convivencia demostrada: (i) a favor de la esposa, señora Vásquez de Moreno, en un 70%, que corresponde desde 21 de marzo de 1969 al 12 de abril de 2014; (ii) a favor de la compañera, señora Luna Monsalve, en un 30%, desde el 12 de abril de 1994 al 12 de abril de 2014.

§83. En cuanto a la prescripción trienal, debido que entre las fechas del deceso del señor Moreno, 12 de abril de 2014, las peticiones de la sustitución pensional incoadas el 19 de mayo de 2014⁴⁴, y la presentación de la demanda inicialmente ante la jurisdicción laboral del 5 de julio del 2016, no se configuró el fenómeno prescriptivo, según los

⁴⁰ Fl. 3 a 11 C3

⁴¹ Fl. 189; 271; 274 C1

⁴² Fl. 160; 232; 248 C1 oficio P.S.899

⁴³ Sentencia citada en nota al pie 14.

⁴⁴ Folio 21, c1.

artículos 488, 489 CST, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.⁴⁵

§84. A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la UGPP reconocer la sustitución pensional a las señoras María Nelly Vásquez de Moreno, en calidad de cónyuge en un 70%, y Luz Marina Luna Monsalve, en condición de compañera permanente del causante, en 30%, a partir del 13 de abril de 2014.

§85. 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:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

§86. De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por las demandantes desde el 13 de abril de 2014, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, 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.

§87. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

§88. **NO SE CONDENARÁ EN COSTAS**, porque la entidad demandada se ajustó a la orden dispuesta en el artículo 6° del Decreto 1204 de 2008 que dispone: *“En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios a la pensión de sustitución (...) Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente decida el conflicto.”*

§89. Es por lo expuesto que la Sala Sexta de Decisión, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

Primero: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones de prescripción y genérica, propuestas por la UGPP, e inexistencia del derecho a la sustitución pensional de la cónyuge y mala fe de la parte demandante presentadas por la señora Luna Monsalve.

⁴⁵ Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Artículo 102. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Segundo. DECLÁRASE la nulidad de las **Resoluciones RDP 022253 del 18 de julio de 2014, RDP 026793 del 02 de septiembre de 2014, y RDP 032577 del 28 de octubre de 2014** emitidas por la UGPP.

Tercero. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la UNIDAD ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- reconocer y pagar la sustitución de la pensión gracia del José Javier Moreno a: (i) la señora María Nelly Vásquez de Moreno, en calidad de cónyuge, en un 70%; y, (ii) la señora Luz Marina Luna Monsalve, en condición de compañera permanente, el otro 30%, a partir del 13 de abril de 2014, con los reajustes previstos legalmente. Las sumas a pagarse deberán ser indexadas en la forma prevista en esta sentencia.

Cuarto. La parte demandada DARÁ cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

Quinto. SIN COSTAS.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

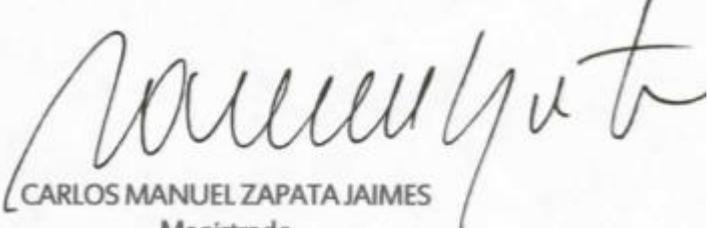
Séptimo: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES

Magistrada

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 3 cuadernos.

Manizales, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2017-00234-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Miguel Ángel Escobar Cardona
Accionado: Nación – Fiscalía General de la Nación

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 10 de diciembre de 2021 (fls. 297 a 300 del cuaderno 1), la cual declara que la competencia para continuar con el trámite de la demanda corresponde al Tribunal Administrativo de Caldas.

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, continúese con el trámite de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 57 de fecha 31 de marzo de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Informando a la señora Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** que ya se cumplió el término de ejecutoria de la sentencia, al paso que no se presentó formula de arreglo por ninguna de las partes y mucho menos solicitud para la realización de la audiencia de conciliación, conforme lo dispone el n° 2 del artículo 247 del CPACA. La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de 1° instancia, proferida por este Despacho.

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)



CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Procede el Despacho a estudiar la legalidad del recurso de apelación instaurado por la parte demandada en contra de la sentencia n° 032 de 7 de diciembre de 2021, con ocasión del medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demandante **LILIA PAHOLA PUENTES LOPEZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIOR DE JUSTICIA-EJERCITO NACIONAL-JUSTICIA PENAL MILITAR**.

Conforme la constancia secretarial que antecede esta providencia, ninguna de las partes manifestó su voluntad de arreglo y mucho menos, existe solicitud alguna para realizar audiencia de conciliación conforme lo ordena el numeral 2° del artículo 247 del CPACA;

“Art. 247. Modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo a las siguientes reglas:

1)., 2). Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente, citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan formula conciliatoria. 3)., 4)., 5)., 6)., y 7).” (subrayas del Despacho).

Conforme la norma anterior, dada la falta de ánimo conciliatorio entre las partes, el Despacho se abstiene de celebrar la diligencia de conciliación del fallo primario y procede a realizar el estudio de legalidad del recurso presentado por la parte demandada.

Así las cosas, la Sala de Conjuces, con ponencia de la suscrita emitió sentencia de 1° instancia, el 7 de diciembre de 2021, fue notificada a los correos de las partes, demandante y demandada, del Ministerio Público y de la Agencia Territorial para la Defensa Jurídica del Estado el 10 de diciembre de 2021. El término de ejecutoria de la sentencia se cumplió el 19 de enero de 2022 y la parte demandada allegó al correo institucional de esta Sala de Conjuces, el recurso de alzada el 13 de enero de 2022, lo que indica que el recurso fue interpuesto dentro del término de ejecutoria de la sentencia.

Por último, el recurso de apelación estructura los argumentos que soportan su desacuerdo y concuerdan con la tesis central de la demanda y del proceso. En consecuencia; **SE CONCEDE**, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia 032 de 7 de diciembre de 2021, que decidió la primera instancia.

Ejecutoriada esta providencia y por Secretaria, envíese el expediente electrónico al Consejo de Estado, para que se resuelva el recurso de alzada.

Notifíquese y Cúmplase.



LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Conjuez.



República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: Martha Adíela Marín de Moreno
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG
Radicado: 17001-33-33-004-2019-00209-02
Acto judicial: Sentencia 30

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora pretende se aplique la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías que fueron reajustadas con la inclusión de la prima de servicios y bonificación. La primera instancia negó el reconocimiento de la sanción. La Sala confirma la decisión.

§02. La Sala Sexta del Tribunal Administrativo de Caldas resuelve la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 03 de marzo de 2020 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **Martha Adíela Marín de Moreno**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio**, en adelante FOMAG, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicitó la sanción por la mora en el pago de las cesantías reajustadas¹

§03. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§04. La parte demandante pretende la nulidad del acto ficto surgido del silencio de la demandada a la petición del **02 de octubre de 2018**, que solicitó el pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías reajustadas con la inclusión de la

prima de servicios y la bonificación mensual, conforme a la Ley 1071 de 2006. A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la demandada al pago de dicha sanción en forma indexada.

§05. La demanda en los hechos explicó que mediante la Resolución 215 del 27-04-2015 el FOMAG reconoció a la señora MARTHA ADIELA MARÍN DE MORENO las cesantías definitivas.

§06. El 19 de octubre de 2017 la parte demandante solicitó a la accionada el reajuste de las cesantías con la inclusión de la bonificación mensual y la prima de servicios.

§07. La demandada accedió al reajuste mediante la Resolución 129 del 21 de febrero de 2018.

§08. El reajuste de las cesantías fue pagado el **21 de julio de 2018**, 181 días de mora después de los 60 días que tenía para cancelarlas.

§09. El **02 de octubre de 2018** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, pero la demandada no contestó la solicitud.

§10. La demanda invocó como violados los artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006; y el Decreto 2831 de 2005.

§11. Como concepto de la violación señaló que conforme a los artículos 1, 2 de la Ley 1995, 4, 5 de la Ley 1071 de 2006, y la sentencia de unificación SUJ-012-S2 del 28 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado, las cesantías de los docentes deben ser reconocidas a los 15 días de ser solicitadas y pagadas en los 45 días siguientes, so pena de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG no contestó la demanda ²

§12. El FOMAG permaneció silente.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones³

§13. El Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 03 de marzo de 2020, luego de agotadas las etapas establecidas en el artículo 180 de la Ley 1437 dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante y en favor de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuya liquidación y ejecución se hará de la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

§14. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguientes:

1. *¿Hay lugar al reconocimiento de la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas a los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial, con sustento en la Ley 1071 de 2006?*

2. *¿El pago inoportuno de la diferencia o ajuste de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial tiene la magnitud de generar la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006?*

§15. Realizó un análisis normativo aplicable al caso, citando la sentencia SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018 que unificó el criterio de que en caso de mora en el pago de las cesantías de los docentes es aplicable la sanción prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

§16. Con apoyo en pronunciamientos del Consejo de Estado, el juzgado concluyó que la sanción por mora en el pago de las cesantías no se causa por el pago tardío en una diferencia causada por una indebida liquidación de esta prestación.

§17. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y condenó al pago de las costas.

1.4. La apelación de la parte demandante donde reiteró que en este caso sí se genera la sanción moratoria⁴

§18. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones. Al efecto, reiteró que tiene derecho a la sanción porque las cesantías fueron reconocidas mediante dos actos administrativos, no fueron debidamente pagadas en la primera ocasión, y se cancelaron en debida forma extemporáneamente.

1.4. Actuación de segunda instancia ⁵

§19. Mediante proveído del 09 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

1.5. Alegatos de Conclusión⁶

§20. **La parte demandante⁷** instó nuevamente por la revocatoria de la sentencia de primera instancia con los argumentos de la demanda y la apelación, y adicionó que el pago de las cesantías debe ser inmediato e imperativo.

§21. **Parte demandada⁸**: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

§22. **Ministerio Público⁹**: Señaló que no se configura el derecho a la sanción moratoria pretendida. Respaldó la decisión de primera instancia, y afirmó que la sanción moratoria es una sanción pecuniaria a la entidad que debía pagar oportunamente. Pero no puede extenderse al pago de reajustes, vía interpretación, porque es una situación no prevista claramente en las normas.

⁴ Fls. 144 a 150, c1.

⁵ 08AutoAdmisiónYTraslado.pdf

⁶ 04Exp.pdf

⁷ 10AlegatosDemandante.pdf

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§23. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§24. ¿Se causó la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías reajustadas?

§25. ¿En caso afirmativo, desde que momento se hizo exigible la sanción moratoria por el no pago de las cesantías reajustadas?

§26. ¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho a la sanción moratoria por razón del no pago oportuno de las cesantías reajustadas?

§27. ¿La condena al pago de la sanción moratoria a reconocer al demandante se debe ajustar tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?

2.3. No se causa la sanción moratoria contemplada en la ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno del reajuste a las cesantías

§28. En este punto vale la pena aclarar que se solicita el pago de la sanción moratoria generada por la reliquidación de las cesantías definitivas reajustadas a la parte demandante.

§29. El artículo 4º de la ley 1071 de 2006, por la cual se adiciona la ley 244 de 1995, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, precisa el plazo para su cancelación:

«[...] Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo [...]»

§30. Por su parte el artículo 5 ibídem, en relación a la mora estipuló:

“(...) Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta días hábiles para el pago de las cesantías definitivas o parciales reajustadas a la parte demandante.”

cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este (...)” resaltado por la Sala.

§31. De la preceptiva normativa se establece que la misma reguló la mora en el pago de las cesantías, como el término que la entidad cuenta para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

§32. Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan.

§33. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

§34. . Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

§35. Resalta el Tribunal que la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

§36. Vale la pena recordar que la parte actora deprecia la sanción moratoria con motivo del pago tardío que se hizo del **reajuste de las cesantías**, al no haberse incluido en la liquidación inicial algunos rubros. Sobre el particular el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en sentencia del 13 de agosto de 2018¹⁰, sobre la improcedencia del pago de la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, referido a la reliquidación de las cesantías, al respecto anotó:

“Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

*51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías **con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones**. Al respecto, la corporación ha efectuado pronunciamientos en los cuales ha señalado que la finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe **reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la***

¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15). Actor: José Elver Hernández Casas. Demandado:

liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial.” /Resalta la Sala/.

§37. En igual sentido se pronunció esa Corporación en sentencia del 4 de octubre de 2018¹¹.

2.3 Lo demostrado en el proceso

§38. La parte actora, laboró como docente en los servicios educativos estatales desde el 30 de abril de 1980 al 31 de diciembre de 2014¹².

§39. A través de la **Resolución 0215 del 27 de abril de 2015** le fue reconocida las cesantías definitivas¹³.

§40. Luego, el **19 de octubre de 2017** la demandante solicitó al FOMAG el ajuste de las cesantías con la inclusión de la bonificación mensual y la prima de servicios, como su pago y el reconocimiento de intereses o de la indexación.¹⁴

§41. Mediante la **Resolución 129 del 21 de febrero de 2018** la demandada reajustó las cesantías con la inclusión de lo correspondiente a la prima de servicios, y fueron pagadas el **21 de julio de 2018**; por lo que transcurrieron 181 días de mora después de los 60 días que tenía para cancelarlas¹⁵.

§42. **El 14 de noviembre de 2017** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud.

§43. Según certificación de pago de cesantía expedido por Vicepresidencia Fondo de Prestaciones Del Magisterio - Fiduprevisora S.A, los fondos se pusieron a disposición en el banco el **21 de julio de 2018**, a través del Banco BBVA por valor de \$2.918.544¹⁶.

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: César Palomino Cortés. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15). Actor: Yesenia Margarita Ocampo Barrios. Demandado: Departamento del Atlántico, Contraloría Del Departamento del Atlántico. “Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en el pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada. (...) La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley”

¹² Fl. 43, c1.

¹³ Fls. 23 a 25, c2.

¹⁴ Fl. 15, c2.

2.4. Caso concreto

§44. Ante el panorama identificado y de conformidad con las probanzas allegadas es diáfano para este Tribunal que la parte nulidisciente solicita el reconocimiento de la sanción por mora, al estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

§45. Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, el reajuste de las cesantías o la diferencia que se cause por la liquidación de las mismas no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o tardía; por el contrario, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que se dio a conocer a la parte actora.

§46. Esto es así, pues la administración en el acto de reconocimiento de las cesantías definitivas consignó los rubros a tener en cuenta, sin que la parte interesada haya refutado dicha decisión con el recurso de reposición que procedía contra el mismo, pese haber sido notificada en debida forma.

§47. En efecto, después de haberse reconocido las cesantías, la parte demandante solicitó la reliquidación de esta prestación, por lo que el reconocimiento se encontraba en firme y no sería razonable, ni ajustado a derecho imponer al Estado una punición económica por el tiempo durante el cual la actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

§48. De otro lado, debe tenerse en cuenta que, por tratarse de una sanción, la misma debe estar expresamente prevista en la ley, y por ende no es posible extender o aplicar por analogía de supuestos de hecho o de derechos distintos a los que prevé la ley explícitamente.

§49. Todo lo expuesto se erige con suficiencia para negar las pretensiones de la demanda, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

§50. Por sustracción de materia no se hará pronunciamiento sobre los demás problemas jurídicos.

2. Costas en primera y segunda instancia

§51. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

§52. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena en costas de primera instancia.

§53. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida

accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§54. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§55. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia dictada el 03 de marzo de dos mil veinte (2020) de por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARTHA ADIELA MARÍN DE MORENO** contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Uriel Carmona López
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR
Radicación: 17001-33-39-006-2019-00312-02
Acto judicial: Sentencia 31

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

§01. **Síntesis:** El demandante solicita se reajuste la asignación de retiro, con el reconocimiento del incremento de la prima de actividad al Decreto 2070 de 2003. El juzgado accedió a las pretensiones porque estima que el aumento de la tasa dispuesto por el decreto 2070 se aplica a todas las partidas computables. La Sala revoca la sentencia, porque el incremento de la tasa se aplica a la suma de todas las partidas básicas computables y no a cada una.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 18 de agosto del 2020 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **José Uriel Carmona López** en contra de la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR**, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reajuste de la asignación de retiro con base en la Ley 2070 de 2003, con el incremento de la totalidad de la Prima de Actividad ¹

§03. Se pretende la nulidad del acto administrativo **E-00003-201717342** emitido el **10 de agosto de 2017** por CASUR que negó el reajuste de la asignación de retiro “... *en*

¹ 01Exp.pdf

virtud del incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD conforme a lo establecido en el Decreto 2070 de 2003”.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reajustar y pagar la asignación mensual de retiro, con la inclusión de la **totalidad de la prima de actividad**. Así como el pago del retroactivo de las sumas dejadas de percibir, en forma indexada, desde la fecha en que se le reconoció la asignación mensual o desde cuando produzca efectos fiscales, hasta la fecha en que se incluya en la nómina.

§05. La parte demandante en los hechos relató que fue retirado del servicio mediante la **Resolución 420 del 2 de marzo de 2004**.

§06. El 25 de junio de 2004, mediante la **Resolución 3223**, CASUR reconoció asignación mensual de retiro al señor AG (r) José Uriel Carmona López, con fundamento en el decreto 1213 de 1990.

§07. CASUR reconoció al actor, la prima de actividad en cuantía equivalente al 20% del sueldo básico.

§08. La parte demandante precisó que, para la fecha de retiro, es decir el **12 de marzo de 2004**, se encontraba vigente el **Decreto Ley 2070 de 2003**.

§09. El decreto 2070 de 2003 mantuvo su vigencia hasta el 03 de junio de 2004, fecha en que se desfijó el edicto que notificó la sentencia C-432 de 2004 que lo declaró inexecutable.

§10. El **02 de agosto de 2017** el actor solicitó a CASUR la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la totalidad de la prima de actividad, con fundamento en el decreto 2070 de 2003.

§11. El 10 de agosto de 2017, CASUR negó dicha solicitud mediante el oficio **E-00003- 201717342-CASUR Id: 254419**.

§12. El demandante señaló que el Decreto 2070 de 2003, era la norma vigente en la fecha en que adquirió la calidad de retirado, el **12 de marzo de 2004**.

§13. Como fundamentos de derecho invocó los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58, 217, 218 de la Constitución Política, 34 de la Ley 2ª de 1945; 169 y 174 del Decreto 1211 de 1990; 151 y 155 del Decreto 1212 de 1990; 110 y 113 del Decreto 1213 de 1990; 24, 25 del Decreto reglamentario 2070 del 2003; 2, 4, 10 y 13 de la Ley 4ª de 1992; 45 de la Ley 270 de 1996; y la Ley 797 de 2003.

§14. El actor señaló como fundamentos de derecho que, para la fecha en que se produjo el retiro del servicio de la parte actora, esto es, el 12 de marzo de 2004, se encontraba vigente el Decreto 2070 de 2003, con el cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y accionó el principio de oscilación.

§15. Debido a dicho principio de oscilación, al actor se le debe reajustar la prima de actividad, por cuanto le fue reconocida tan solo en un 20% mientras que para el personal en servicio activo es del 50%.

§16. El decreto 2070 se expidió el 25 de julio de 2003 y generó efectos jurídicos hasta el 3 de junio de 2014 cuando fue desfijado el edicto de la sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional que lo declaró inexecutable.

§17. Indicó que el artículo 23 del Decreto 2070 de 2003 señaló que la asignación de retiro del personal de la Policía Nacional se liquidaría, entre otros, sobre las siguientes partidas: sueldo básico, prima de actividad y prima de antigüedad.

§18. Expuso que el artículo 24 del citado decreto previó que por los primeros 18 años de servicio, la asignación de retiro se reconocería en un porcentaje del 62% del monto de las partidas computables, y que por cada año que excediera de los 18 hasta los 24 años, se adicionaría un 4%, sin pasar de un monto del 85%.

§19. Manifestó que el acto de reconocimiento de la asignación de retiro se expidió con base en dos normas derogadas (Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000), desconociendo el derecho adquirido que le asistía a la parte demandada de que su prestación le fuera reconocida con base en el Decreto 2070 de 2003, lo que vulnera los principios del Estado Social de Derecho y los derechos a la igualdad, seguridad social, favorabilidad y el respeto a los derechos adquiridos.

1.2. Contestación de CASUR²

§20. La demandada negó las pretensiones, y solo admitió los hechos relacionados con los actos administrativos expedidos durante el trámite administrativo de la asignación de retiro y la reclamación del demandante.

§21. Argumentó que el **Decreto 2070 de 2003**, tuvo una vida jurídica **entre el 25 de julio de 2003 al 6 de mayo de 2004**, por su declaración de inexecutable.

§22. Afirmó que a la fecha de la inexecutable del Decreto 2070 de 2003 el demandante se encontraba en servicio activo en la Policía *en los tres meses de alta*, que trata el artículo 104 del decreto 1213 de 1990.

§23. De igual forma señaló que el **Decreto 4433 de 2004**, comenzó a regir para la fecha de su publicación es decir el **31 de diciembre de 2004**, fecha para la cual el demandante, ostentaba la calidad de retirado la cual se produjo mediante la **Resolución 3223 del 25 de junio de 2004**.

§24. Adujo que los precitados decretos en ningún momento establecieron un aumento en la prima de actividad para el personal con asignación de retiro de la Policía, para que se va reflejado en un aumento, por lo que la prima de actividad se le liquida en estricto cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 33, 100, 101, 104 y 106 del decreto 1213 de 1990.

§25. Propuso los siguientes medios exceptivos:

² 015.Contestación.pdf

§25.1. **Cobro de lo no debido:** Afirmó que al demandante no le asiste el derecho respecto de las pretensiones solicitadas, pues CASUR reconoció la asignación de retiro de conformidad con la norma vigente para el momento de la desvinculación del actor

§25.2. **Inexistencia del derecho - falta de fundamento jurídico de las pretensiones:** Fundamentó que los porcentajes de los rubros que fueron liquidados se calcularon en acatamiento del ordenamiento jurídico vigente, siendo procedente la nugatoria de las súplicas de la demanda.

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones ³

§26. El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de agosto de 2020, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE probada de oficio la excepción de PRESCRIPCIÓN, tal y como se expuso en la parte considerativa de la providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE no probadas las excepciones de “cobro de lo no debido” e “Inexistencia del Derecho – falta de fundamento jurídico de las pretensiones” formuladas por la parte demandada, según lo dispuesto en la parte motiva de este fallo.

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del Oficio Nro. E-00003-201717342- CASUR id. 254419 del 10 de agosto de 2017 proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por medio del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro al señor Agente ® JOSÉ URIEL CARMONA LÓPEZ.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL reajustar la asignación de retiro en el porcentaje reconocido a favor del señor JOSÉ URIEL CARMONA LÓPEZ, con la inclusión de la prima de actividad en el 50% del salario percibido, a partir del 2 de agosto de 2013, por prescripción cuatrienal, además de la asignación mensual y las partidas computables ya reconocidas en la resolución Nro. 3223 del 25 de junio de 2004.

En todo caso, las sumas derivadas de las diferencias entre las efectivamente canceladas y las que resulten tras darse cumplimiento a lo aquí ordenado, solo serán canceladas a la accionante respecto de las que se hayan causado a partir del 2 de agosto de 2013, por prescripción cuatrienal.

CUARTO: ORDÉNASE a la entidad demandada dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A., previniéndose a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada disposición normativa.

QUINTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR y a favor de la parte actora, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJASE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la entidad demandada y a favor de la accionante, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS (\$700.000)...”.

³ 023Sentencia.pdf

§27. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguientes:

¿Es el decreto ley 2070 de 2003 la norma aplicable para el cálculo de la mesada de la asignación de retiro del demandante?

En caso afirmativo

¿Cuál era la partida computable para el cálculo de la mesada de la asignación de retiro del demandante en relación a la prima de actividad?

De encontrarse procedente la nulidad de los actos demandados ¿se presentó el fenómeno de la prescripción cuatrienal?

§28. Después se hizo un recuento de la normativa aplicable al caso concreto, determinó que las disposiciones contenidas en **el Decreto 2070 de 2003** surtieron efectos hasta el **día 06 de mayo de 2004**, momento para el cual la norma fue declarado de inexecutable sin ningún efecto diferente al previsto por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

§29. Bajo esta premisa, para el juzgado es evidente que las asignaciones de retiro de los agentes de la Policía Nacional que se retiraron del servicio (no la terminación de los 3 meses de alta según la jurisprudencia trascrita) mientras el Decreto 2070 de 2003 todavía se encontraba vigente no podían ser reconocidas con los condicionamientos del Decreto 1213 de 1990, ya que este precepto normativo solo recobró sus efectos a partir de la sentencia C- 432 de 2004.

§30. En este sentido, concluye que no le asiste razón a la demandada en cuanto invoca en su defensa la aplicación del decreto 1213 de 1990, porque tal como lo ha definido la jurisprudencia, el decreto 2070 de 2003 se aplica a las situaciones que se consolidaron mientras estuvo vigente.

§31. Así, el juzgado estimó que el incremento en la asignación de retiro dispuesto por el decreto 2070 **debía aplicarse a los rubros señalados en el artículo 23 del mismo, por lo que accedió al incremento de la prima de actividad.**

1.4. La apelación de CASUR⁴

§32. Solicitó se revoque la sentencia.

§33. Al efecto, la entidad insistió en que el Decreto 2070 de 2003 tuvo una vida jurídica entre el 25 de julio de 2003 al 6 de mayo de 2004, y el Señor AG ® José Uriel Carmona López se encontraba en servicio activo en la Institución Policía Nacional en los tres meses de alta, que trata el artículo 104 del decreto 1213 de 1990.

§34. Adicionó que los incrementos de la asignación de retiro no se aplican para cada una de las partidas computables, sino para su total.

⁴018.Apelaciòn.Exp.pdf

§35. Concluyó que la condena en costas adolece de la motivación necesaria, esto es, del análisis de la actuación judicial de cada una de las partes.

1.5. Actuación de segunda instancia

§36. Mediante proveído del 26 de enero de 2021⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora⁶ y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

§37. **La parte demandante**⁷: Recordó los argumentos de la demanda y citó la sentencia de revisión del 07 de marzo de 2013⁸, a través de la cual el Consejo de Estado estimó que:

"Por ello, no queda duda, que el actor cuenta con el derecho a que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectúe con base en el Decreto 2070 de 2003, vigente a la fecha de retiro del actor, atendiendo al 55% de la prima de actividad, y que debido a esto, sea reajustada su asignación de retiro, efectiva desde el 13 de junio de 2004, como lo pidió en la demanda"

§38. Lo cual se ratificó en la sentencia del 04 de septiembre de 2017⁹⁻¹⁰.

§39. **La parte demandada**¹¹: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Explicó las posturas jurisprudenciales de algunos Tribunales Administrativos del país, en los cuales se ha denegado las pretensiones de la demanda, concernientes al incremento de la asignación de retiro por concepto de prima de actividad.

§40. **El Ministerio Público**¹²: Permaneció silente.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§41. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problema Jurídico

⁵ 20AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁶ 018.Apelación.Exp.pdf

⁷ 22.AlegatosConclusiónDemandante

⁸ - Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No: 11001 33 31 010 2007 00575 01 (2108-10)

⁹ Sentencia del 04 de septiembre de 2017, Actor: CARLOS HERNÁN AGUIRRE PARRA VS CASUR, Radicado N° 17001 – 23 – 33 – 000 – 2015 – 00061 – 01 (0256-16) C.P.: RAFAEL FRANCISCO.SUÁREZ VARGAS.

¹⁰ Sentencia del 1 de marzo de 2012, Actor: JOSÉ RICARDO BETANCOURTH GÓMEZ VS CASUR, Radicado N° 17001 – 23 – 31 – 000 – 2005 – 02204 – 01 (0702-09) C.P.: ALFONSO VARGAS RINCÓN.

¹¹ 25AlegatosConclusiónPolicíaNacional.Exp.pdf

¹² 27ConstanciaSecretarial

§42. ¿El señor AG (r) José Uriel Carmona López, en su calidad de agente retirado de la Policía Nacional, tiene derecho al reajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje que el determinado para la asignación de retiro dispuesto por el Decreto 2070 de 2003?

§43. ¿Procede en el caso concreto la condena en costas impuesta por el Juez de primera instancia?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§44. El señor AG @José Uriel Carmona López prestó servicios como agente en la Policía por espacio de 21 años, cinco meses y siete días. **Los tres meses de alta los cumplió entre el 12 de marzo de 2004 al 12 de junio de 2004.**

§45. En la misma hoja de servicios consta que además del sueldo básico y otros factores salariales, el actor devengó prima de antigüedad en un 21%, y prima de actividad en un 50%.

§46. El retiro del servicio se ordenó el **2 de marzo de 2004**, mediante la Resolución 420¹³.

§47. El 25 de junio de 2004, mediante **Resolución 3223**, CASUR reconoció asignación mensual de retiro al señor AG @José Uriel Carmona López, con fundamento en el decreto 1213 de 1990.¹⁴

§48. Se indicó en la parte motiva de dicho acto que de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1213 de 1990, 1791 de 2000 y demás normas concordantes, era procedente reconocer asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 74% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, incluido un 47% por concepto de subsidio familiar.

§49. Esta asignación de retiro fue calculada con el 74% de la suma del sueldo básico de actividad para el grado y partidas básicas, donde incluía el 20% de la prima de actividad, el 21% de la prima de antigüedad, el 47% de subsidio familiar y una duodécima parte de la prima de navidad.¹⁵

§50. El **02 de agosto de 2017**, con petición bajo el radicado **252130**, el actor solicitó a CASUR el reconocimiento y pago de la totalidad de la prima de actividad, con fundamento en el decreto 2070 de 2003.¹⁶

§51. El 17 de agosto de 2017, CASUR negó dicha solicitud mediante el oficio **E-00003- 201717342-CASUR Id: 254419**¹⁷.

¹³ 02Anexos.F15

¹⁴ 02Anexos.F11

¹⁵ 02Anexos.F11

¹⁶ ExpedienteAdministrativo.pdf.

¹⁷ ExpedienteAdministrativo.pdf. Fl.139-141/150

2.4. Régimen aplicable a la parte demandante

§52. Adujo la parte demandante que para el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro CASUR no tuvo en cuenta la norma que se encontraba vigente para el momento en el cual el accionante se retiró del servicio, esto es, el Decreto 2070 de 2003.

§53. Por lo anterior, pasa esta Sala a establecer de manera preliminar cuál es el régimen aplicable para el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro del demandante, para posteriormente determinar si aquél fue tenido en cuenta o no en la citada prestación.

§54. El Consejo de Estado¹⁸ ha señalado que el momento en que se produce el retiro del servicio, surge el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro.

§55. Conforme a la Hoja de Servicios del señor José Uriel Carmona López, se encuentra acreditado que éste se retiró del servicio el 12 de marzo de 2004, fecha a partir de la cual se contabilizaron los tres meses de alta¹⁹ para efectos prestacionales, y que además permite establecer la norma que rige el reconocimiento de la asignación de retiro.

§56. Para el 12 de marzo de 2004, el Decreto 2070 de 2003 reformó el régimen pensional propio de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, así como de los Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, derogando las disposiciones que le fueran contrarias y, en especial, entre otros, el artículo 125 del Decreto 1213 de 1990.

§57. El Decreto 2070 de 2003 tuvo vigencia entre el 25 de julio de 2003 y el 6 de mayo de 2004, fecha última en la que la Corte Constitucional declaró su inexecutable mediante sentencia C-432, en la que sostuvo:

24. Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que “la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta”²⁰.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 4 de septiembre de 2017. Radicación número: 17001-23-33-000-2015-00061-01(0256-16).

¹⁹ El Consejo de Estado ha indicado que los tres meses de alta corresponden a un período señalado por ley (artículo 106 del Decreto 1213 de 1990), durante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional conforma el expediente con el cual se procederá al reconocimiento de la asignación de retiro. Ha acotado que en ese lapso se perciben las partidas que se vienen devengando antes del retiro, y que su reconocimiento tiene efecto solamente en la parte prestacional (ver nota al pie n° 4).

²⁰ Cita de cita: T-024Ade 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia.

§58. La Corte Constitucional no señaló expresamente que la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 tuviera efectos retroactivos.

§59. Tal como se explicó en fallo de tutela T-401 de 1996, los efectos de las sentencias de inexecutable son en general hacia futuro, salvo que la misma Corte Constitucional determine lo contrario. Así lo indicó igualmente la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del 1º de marzo de 2012²¹, en la que analizó la vigencia del mencionado Decreto 2070 de 2003:

Es cierto que el Decreto 2070 de 2003 fue objeto de declaratoria de inexecutable a través de la sentencia C-432 de 2004, sin embargo, para cuando se profirió esta providencia, 6 de mayo de 2004, estaba vigente y el reconocimiento de la asignación de retiro había sido efectuado desde el 13 de abril de 2004.

Sin embargo, no era posible modificar el acto de reconocimiento de la asignación de retiro del actor con base en la declaratoria de inexecutable de la norma que le había servido de fundamento a la entidad, por cuanto los efectos de dichos fallos rigen hacia el futuro, salvo que la misma providencia determine lo contrario, criterio que no sólo está fundado en el principio de la presunción de legalidad, de respeto por los efectos que ya surtió la Ley y por las situaciones establecidas bajo su vigencia, sino también por el principio de seguridad jurídica.

Así lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, al decir:

ARTICULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. *Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.*

En consecuencia, por lo expuesto, la Caja de Retiro de la Policía Nacional no podía como lo hizo, modificar el régimen bajo el cual había reconocido la asignación de retiro y por tal razón se confirmará la providencia consultada, modificándola en el sentido de señalar que el porcentaje en que debe reconocerse la prima de actividad corresponde a un 54% más, como bien lo

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 1º de marzo de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-2005-02204-01(0702-09).

señaló el Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación en su concepto, por disposición del artículo 23 del Decreto 2070 de 2003.

§60. En ese orden de ideas, dado que la Corte Constitucional en la sentencia de inexecuibilidad no señaló algún efecto especial, se entiende que éstos son hacia futuro, y los derechos adquiridos bajo la norma declarada inexecutable conllevan una situación jurídica que debe respetarse.

§61. Se concluye entonces que para el reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro de la parte demandante, debía aplicarse el Decreto 2070 de 2003, pues para la fecha de retiro del actor (12 de marzo de 2004), aquella norma se encontraba vigente.

§62. Lo anterior no obsta, como se indicará más adelante, la aplicación del Decreto 1213 de 1990 en los aspectos no regulados por el Decreto 2070 de 2003 y que no le fueren contrarios.

2.5. Reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro con base en el Decreto 2070 de 2003

§63. Como se señaló anteriormente, el Decreto 2070 de 2003 reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de los oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional.

§64. En relación con la manera de reconocer y liquidar la asignación de retiro para los agentes de la Policía Nacional, los artículos 23 y 24 de la norma mencionada establecieron lo siguiente:

ARTÍCULO 23. PARTIDAS COMPUTABLES. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

23.1.8 *Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.*

23.1.9 *Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.*

(...)

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

ARTÍCULO 24. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL EN ACTIVIDAD. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

24.1 *El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.*

24.2 *El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).*

24.3 *A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.*

PARÁGRAFO 1o. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que hubieren ingresado al escalafón antes del 29 de julio de 1988, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinte (20) años, sin sobrepasar el setenta por ciento (70%). A partir de los veinte (20) años de servicio la asignación de retiro se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) primeros hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros

Sentencia de Segunda Instancia, 17001-33-39-006-2019-00312-02

veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 2o. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

§65. Analizados los Decretos 1213 de 1990 y 2070 de 2003 en lo que respecta a las partidas computables y a la manera de liquidar la asignación de retiro, se extraen los siguientes dos cambios fundamentales en la materia:

§65.1. La tasa de reemplazo que traía el Decreto 1213 de 1990, esto es, del 50% del monto de las partidas computables por los primeros 15 años de servicio, más un 4% por cada año que excediera los 15 años sin que el total sobrepasara el 85% de los haberes de actividad²², con el Decreto 2070 de 2003 pasó a ser del 62% del monto de las partidas computables por los primeros 18 años de servicio, adicionando un 4% por cada año que excediera de los 18 y hasta los 24 años, sin sobrepasar el 85%, y un 2% adicional por cada año después de los 24 años, sin que el total sobrepasara el 95% de las partidas computables.

§65.2. Mientras que el Decreto 1213 de 1990 consagró que para la liquidación de la asignación de retiro se tendría en cuenta la prima de actividad en un 20% del sueldo básico para los agentes con más de 20 años de servicios²³; el Decreto 2070

²² "ARTICULO 104. *Asignación de retiro.* Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARAGRAFO 1o. *La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.*

PARAGRAFO 2o. *Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación".*

²³ "Artículo 100. *Bases de liquidación.* A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

c. Prima de antigüedad.

d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 53 de este Decreto.*

de 2003 no fijó si la prima de actividad se computaría en un algún porcentaje específico en la citada prestación, sino que simplemente dispuso que **la tasa de reemplazo se aplicaría sobre el monto de las partidas computables enlistadas.**

§66. De acuerdo con lo anterior, considera el Tribunal que en los eventos en los que el régimen aplicable es el consagrado en el Decreto 2070 de 2003, la asignación mensual de retiro se liquida con la tasa de reemplazo que corresponda atendiendo el número de años de servicio, **sobre el monto de las partidas computables señaladas en el artículo 23.**

2.6. Examen del caso concreto

§67. Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que, dado que el régimen aplicable al señor José Uriel Carmona López era el contenido en el Decreto 2070 de 2003, la asignación mensual de retiro para dicho ex agente de la Policía Nacional que contaba con más de 21 años de servicio correspondía al 74% (62% por los primeros 18 años + 12% por los siguientes 3 años) del monto de los factores computables señalados en el artículo 23 *ibidem*.

§68. Revisada la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro del señor José Uriel Carmona López (fl. 17, C.1), en concordancia con la liquidación hecha por CASUR (fl. 23, *ibídem*), observa esta Sala que la prestación fue reconocida y liquidada atendiendo lo dispuesto por el Decreto 2070 de 2003, como quiera que la tasa de reemplazo para liquidar la prestación fue del 74% sobre el monto de las partidas computables que el demandante devengaba, esto es, sobre el sueldo básico, la prima de actividad, la prima de antigüedad, el subsidio familiar y la doceava parte de la prima de navidad.

§69. La demanda argumentó que como el Decreto 2070 de 2003 no indicó el porcentaje en el cual se computarían tanto la prima de actividad como la prima de antigüedad, éstas deben liquidarse en un 74% del sueldo básico, lo cual en criterio de esta Corporación es improcedente, por las siguientes razones.

§69.1. El artículo 23 del Decreto 2070 de 2003 establece las partidas computables que deben ser tenidas en cuenta para determinar el valor total de la asignación de retiro del personal adscrito a la Policía Nacional, mientras que el artículo 24 de la referida norma señala los topes de las tasas de reemplazo para reconocer esa prestación de conformidad con el tiempo de servicios.

§69.2. En ninguno de los citados artículos ni en los restantes del Decreto 2070 de 2003 se establece que la prima de actividad y la prima de antigüedad deban ser

Parágrafo. Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación.

ARTICULO 101. Cómputo prima de actividad. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico".

incluidas en la liquidación de la asignación de retiro en el mismo porcentaje con el cual se reconoce la prestación.

§69.3. Así el Decreto 2070 de 2003 no especifique que las primas de actividad y de antigüedad enlistadas como partidas computables son aquellas que estaban siendo devengadas por el ex agente de la Policía Nacional, ese es el entendimiento natural y obvio que este Tribunal le da a la norma, pues lo contrario implicaría que la citada norma introdujo no sólo una modificación al régimen pensional de la Fuerza Pública sino que también lo hizo respecto del salarial y prestacional.

§69.4. El Decreto 1213 de 1990 en sus artículos 30 y 33²⁴ previó los montos en los cuales se reconocen la prima de actividad y la prima de antigüedad en servicio activo, dependiendo del tiempo de servicios que lleve el respectivo agente de la Policía Nacional.

§69.5. Así, para el caso concreto, como el accionante llevaba 21 años, 2 meses y 13 días de servicio para cuando se retiró, para este Tribunal es claro que venía devengando un 21% del sueldo básico por concepto de prima de antigüedad y un 50% del sueldo básico por prima de actividad; porcentajes que no pueden ser incrementados a un 74% del sueldo básico como pretende la parte actora, pues como se dijo, equivaldría a modificar el régimen prestacional de la Fuerza Pública.

§69.6. La interpretación que sobre el Decreto 2070 de 2003 realiza la parte actora llevaría al extremo de, por ejemplo, incluir en la liquidación de la asignación de retiro, el subsidio familiar o la prima de navidad también en un 74%, por cuanto son igualmente partidas computables, lo que es claramente improcedente.

§69.7. Debe recordarse que el Decreto 2070 de 2003 derogó expresamente el artículo 125 del Decreto 1213 de 1990, quedando vigentes las demás disposiciones que no fueran contrarias a aquel decreto, dentro de las cuales se encuentran los artículos 30 y 33, que señalaron los montos en los cuales se reconocen las primas de actividad y de antigüedad en servicio activo.

§69.8. La anterior interpretación guarda armonía con el incremento que mediante Decreto 2863 de 2007 se hizo a la prima de actividad de que tratan los Decretos Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990; lo cual no hubiera acontecido en el evento de tener como monto de tal factor salarial el mismo porcentaje en el que se reconoce la asignación de retiro.

²⁴ **ARTICULO 30. Prima de actividad.** Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.

(...)

ARTICULO 33. Prima de antigüedad. Los Agentes de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan diez (10) años de servicio tendrán derecho a una prima mensual de antigüedad que se liquidará sobre el sueldo básico, así: a los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más”.

§69.9. Conviene anotar que en sentencia del 7 de marzo de 2013²⁵, el Consejo de Estado concluyó para el caso allí analizado que la prima de actividad que había sido incluida en la liquidación de la asignación de retiro en un 25% atendiendo lo dispuesto por el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, correspondía realmente al 55% del sueldo básico, conforme al régimen prestacional vigente en el momento del retiro.

§69.10. Lo anterior sustenta la posición de este Tribunal en el sentido que el porcentaje en el que el ex agente de la Policía Nacional devengue la prima de actividad o de antigüedad no se modifica ni corresponde a la tasa de reemplazo con la cual se calcula el valor de la asignación de retiro.

§69.11. De otra parte, en criterio de esta Corporación, concordante con el planteamiento que al respecto hace el Consejo de Estado en sentencia de tutela del 25 de julio de 2019²⁶, las providencias citadas por el recurrente²⁷ no constituyen precedente judicial que deba ser acatado, en tanto no existe criterio unificado en relación con la aplicación del Decreto 2070 de 2003 y, en tal sentido, no puede exigirse del Juez de conocimiento que hubiese fallado en el mismo sentido. Lo anterior, teniendo en cuenta además que en ninguna de las decisiones invocadas se hace una exposición motivada en relación con la procedencia de aplicar para las primas de actividad y de antigüedad el mismo porcentaje en que se reconoce la asignación de retiro, y además existen razones suficientes para fundamentar la posición que aquí se expone.

§70. Por las razones anteriormente indicadas, estima la Corporación que no hay lugar a reconocer un reajuste de la asignación de retiro en los términos solicitados en la demanda, esto es, con la inclusión en la base de liquidación del 74% de las primas de antigüedad y de actividad.

§71. Esta postura ha sido reiterada por este Tribunal en posiciones de esta sala como en la sentencia del 27 de agosto de 2021 con ponencia del Doctor Augusto Ramón Chávez Echeverry (Rad. 2017-00354-02)

§72. De esta manera, se revocará la sentencia de primera instancia y se declarará probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por CASUR.

§73. Como se accede a la defensa de la apelante, no se estudiará el segundo argumento de la apelación en torno a la condena en costas, por sustracción de materia.

§74. En cuanto a la condena en costas a la parte demandante, no se dispondrá porque la demanda se presentó con razonable sustento jurídico, conforme al artículo 47 de la Ley 2080 de 2021.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación número: 11001-33-31-010-2007-00575-01(2108-10).

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 25 de julio de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00103-01(AC).

²⁷ Sentencias del Consejo de Estado del 1º de marzo de 2012, 4 de septiembre de 2017 y 1º de marzo de 2018 (radicados: 2005-02204-01(0702-09), 2015-00061-01(0256-2016) y 2014-00342-01 (4311-2015)).

Sentencia de Segunda Instancia, 17001-33-39-006-2019-00312-02

§75. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: Revocar la sentencia proferida por la Señoría del Juzgado sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 de agosto del 2021 en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **José Uriel Carmona López** en contra de la **Caja de sueldos de retiro de la Policía Nacional -CASUR**.

Segundo: Declarar probada la excepción de *inexistencia del derecho* propuesta por CASUR.

Tercero: Negar las pretensiones de la demanda.

Cuarto: Sin costas en ambas instancias.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia para la Protección Jurídica del Estado. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Alba Cecilia Ramírez Ospina
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicación: 170013339001-2020-00026-02
Acto judicial: Sentencia 44

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **ALBA CECILIA RAMÍREZ OSPINA**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 09 de noviembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. La actora pretende la nulidad resolución 6911-6 del 29 de octubre de 2019 que negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley de 91 de 1989.

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

§05. Expuso que la demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución 1854-6 del 03 de marzo de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. Contestación de la Demandada

§10. Permaneció silente.

1.3. SENTENCIA ²

§11. En pasado 09 de noviembre 2021, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: PRIMERO. - DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO” propuesta por la parte demandada en los procesos 2020-00025, 2020-00026, 2020-00177, y oficiosamente en los procesos 2020 00028, 2020-00029.

SEGUNDO. - NEGAR las pretensiones de las demandas incoadas dentro de todos los cinco (05) procesos de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO indicados(sic) por LUZ STELLA PATIÑO FRANCO, ALBA CECILIA RAMÍREZ

² (Exp Esc 12)

OSPINA, LUZ STELLA HERRERA MARÍN, JOSÉ REINALDO RUIZ GARCES y ANA LIBIA OCAMPO JIMÉNEZ.

TERCERO. - TERCERO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación — Ministerio de Educación — Fondo Nacional de Prestaciones 365 y Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.”

§12. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“Determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos atacados y ordenar el pago de la prima de mitad de año solicitada?”

§13. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§14. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

§15. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§16. En consecuencia, como la parte accionante adquirió del estatus es posterior al 31 de julio de 2011 y su mesada pensional fue reconocida en una cuantía superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§17. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§18. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§19. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los

³ (Exp 14)

pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§20. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§21. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§22. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§23. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§24. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§25. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§26. “...*(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia*”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... *junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de*

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

*manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”*⁵

2.2. Problemas Jurídicos

§27. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

§28. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§29. Mediante la **Resolución 1854-6 del 03 de marzo de 2016**, se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a favor de Alba Cecilia Ramírez Ospina en cuantía de \$2.416.507 partir del **19 de octubre de 2015**.⁶

§30. Mediante la **Resolución 6911-6 del 29 de octubre de 2019** la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, como agente del FOMAG, negó la solicitud de reconocimiento de la mesada pensional (prima de mitad de año).

2.4. Fundamento Jurídico

§31. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§32. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§33. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁶ (Exp 01).

hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§34. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§35. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§36. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

“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 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. - Rft”

§37. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§38. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”

§39. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexequibles los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: “... *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados*”.

§40. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.*”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993... ”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981-

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales."

§41. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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".

(...) "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§42. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§43. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1°...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se

entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

“Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.”-sft-

§44. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§45. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§46. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁷

§47. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

§48. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación mediante la **Resolución 1854-6 del 03 de marzo de 2016**, en cuantía de \$2.416.507 partir del **19 de octubre de 2015**.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005.

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§49. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§50. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena e costas de primera instancia.

§51. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§52. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§53. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia dictada el 09 de noviembre de dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **ALBA CECILIA RAMÍREZ OSPINA** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

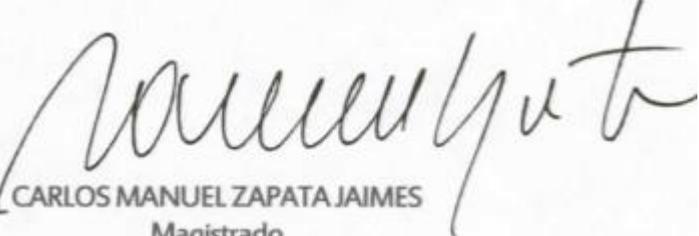
TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados**



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



**PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Martha Cecilia ARISTIZÁBAL Murillo
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicación: 170013339004-2020-00232-02
Acto judicial: Sentencia 32

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **MARTHA CECILIA ARISTIZÁBAL MURILLO**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. El acto pretende la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 03 de octubre de 2019 por el silencio a la petición presentada el día 03 de julio de 2019.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

§05. Expuso que a la demandante le fue reconocida pensión mediante por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. **Contestación de la Demanda del Ministerio de Educación**²

§10. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y admitió los hechos relacionados con los actos proferidos por la entidad.

§11. Como razonamientos de apoyo se indicó que *“... Con fundamento en la normatividad y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011”*

§12. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§12.1. **Legalidad de los Actos Administrativos Atacados de Nulidad:** En razón a que *“...Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna...”*

§12.2. **Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico:** *“los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen*

el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tiene derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 a ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención”

§12.3. **la condena en costas no es objetiva, se desvirtuar la buena fe de la entidad. La condena en** costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

§12.4. **Buena fe:** La entidad ha realizado los actos con el debido diligenciamiento.

§12.5. **Prescripción:** Que se declare la prescripción de aquellas reclamaciones económicas que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación, hasta que se radicó la demanda.

§12.6. **Compensación:** De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

§12.7. **Sostenibilidad Financiera:** Las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

§12.8. **Genérica**

1.3. SENTENCIA ²

§13. En pasado 23 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO, en los términos como fueron sustentadas, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por el(la) señor(a) MARTHA CECILIA ARISTIZÁBAL en contra de LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: Condenar en costas a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada, cuya liquidación y ejecución se hará conforme las normas del C.G. del P..

(...)

² (Exp Esc J4, 15)

§14. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“1. ¿Tienen derecho los(as) demandantes a que se les reconozca y pague una mesada adicional en el mes de junio con base en el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

Problema jurídico asociado:

¿La mesada adicional de junio, creada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, desapareció Del mundo jurídico con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 o, por el contrario, Permaneció incólume en virtud de lo consagrado en el párrafo primero transitorio de dicho acto?

Seguidamente el Despacho indagó a las partes asistentes si compartían el resumen de los hechos reseñados y la fijación del litigio, quienes aducen no tener observación alguna.

§15. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§16. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

§17. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§18. En consecuencia, como la parte accionante adquirió el estatus luego del 31 de julio de 2011 y su pensión es superior a los tres salarios mínimos (\$2.694.030), no tienen derecho a las pretensiones demandadas.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§19. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§20. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

³ (fs. 105 a 111, c. 1)

§21. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§22. Describió que la prima de mitad de año fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§23. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§24. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§25. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§26. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§27. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§28. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo,

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁵

2.2. Problemas Jurídicos

§29. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

§30. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§31. Mediante la **Resolución 4033-6 del 24 de junio de 2014** se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a favor de MARTHA CECILIA ARISTIZÁBAL MURILLO en cuantía de \$2.964.030 a partir del **8 de abril de 2014**.⁶

§32. Petición elevada 03 de octubre de 2019⁷.

2.4. Fundamento Jurídico

§33. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§34. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§35. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren*

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁶ (Exp 01).

⁷ (Exp 01)

pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§36. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§37. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§38. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

*“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 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una **pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.** - Rft”*

§39. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

***ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§40. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”

§41. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexequibles los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: “... *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados*”.

§42. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.*”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993... ”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981-

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales."

§43. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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".

(...) "Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§44. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§45. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1º...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.”-sft-

§46. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§47. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§48. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁸

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

§49. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

§50. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 4033-6 del 24 de junio de 2014; conforme en dicho acto adquirió el estatus pensional el 08 de abril de 2014; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$ 2.694.030 a partir del 08 de abril de 2014.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005.

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§51. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§52. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena e costas de primera instancia.

§53. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§54. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§55. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral Tercero de la sentencia dictada el 23 de septiembre de dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho interpuesto por **MARTHA CECILIA ARISTIZÁBAL MURILLO** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

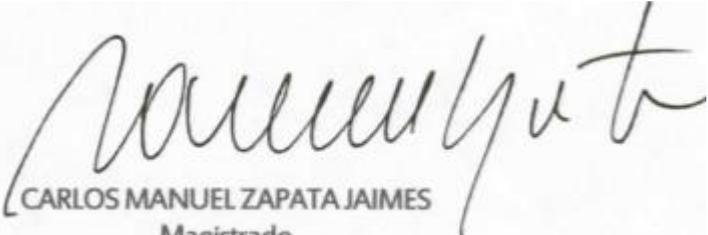
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Carmenza Osorio Ríos
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicación: 170013339008-2020-000262-02
Acto judicial: Sentencia 33

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **MARÍA CARMENZA OSORIO RÍOS**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. La parte demandante pretende la nulidad del acto ficto configurado el 28 de septiembre de 2019, frente a la petición presentada el 28 de junio de 2019, que solicitó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley 91 de 1989.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

§05. Expuso que la parte demandante le fue reconocida la pensión mediante Resolución 668 del 22 de octubre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, en representación del FOMAG.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, porque su nombramiento fue con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no se benefició de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. Contestación de la Demandada

§10. La entidad permaneció silente.

1.3. SENTENCIA ²

§11. El 29 de septiembre 2021 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: PRIMERO. DECLARAR PROBADAS la excepción de “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”, propuesta por el Ministerio de Educación Nacional en los procesos 2020-00174 2020-00181, 2020-00245, 2020-00246, 2020-00247, 2020-00251, 2020-00252, 2020-00255, 2020-00256, 2020-00257, 2020-00258, 2020-00259, 2020-00260, 2020-00261 y se declara la misma oficiosamente en los demás procesos.

SEGUNDO. - NEGAR las pretensiones de las demandas incoadas dentro de todos los veintiún (21) procesos de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO relacionados e identificados al inicio de esta sentencia y que para claridad se repiten en este apartado:

Se precisa que en todos los procesos la demandada es la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio —

² (Exp Esc 17)

FNPSM-, y que en todos los procesos el radicado comienza con el código 17001-33-33-001 y termina en 00, y el medio de control es nulidad y restablecimiento del derecho. A continuación, se identifican:

(...)

Caso 21: Rad: 2020-00262 Demandante: MARÍA CARMENZA OSORIO RÍOS.”

§12. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

¿Los demandantes se encuentran en alguno de los dos supuestos de hecho que establece la normatividad vigente para acceder a la reliquidación de su pensión con la inclusión del pago de pago de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional desde el momento de la adquisición del status de pensionados y hasta la inclusión en nómina, de acuerdo a lo consagrado en el literal b numeral 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989?

§13. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste último que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico que hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§14. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

§15. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§16. Como la parte accionante adquirió el estatus después del 31 de julio de 2011 y su mesada pensional fue superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se negaron las pretensiones.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§17. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§18. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§19. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los

³ (Exp 14)

pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§20. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§21. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§22. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§23. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§24. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§25. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§26. “...*(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia*”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... *junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.*”⁵

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

2.2. Problemas Jurídicos

§27. Para la formulación de los asuntos a dilucidar, se anota que la sentencia de primera instancia no condenó en costas a la parte apelante, toda vez que la demandada no contestó la demanda. Por substracción de materia, no se analizará el cargo de la apelación sobre las costas.

§28. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

2.3. Lo probado en el proceso

§29. Mediante la **Resolución 668 del 22 de octubre de 2015** se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación de la alcaldía de Manizales a favor de la parte demandante en cuantía de \$2.186.021 partir del **22/07/2015**.⁶

§30. El 28 de junio de 2019 la parte demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Manizales, el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley 91 de 1989.

2.4. Fundamento Jurídico

§31. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§32. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§33. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

⁶ (Exp 01).

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§34. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§35. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§36. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

“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 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. -Rft”

§37. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§38. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

*(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.
(...)"*

§39. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1° de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: “... *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados*”.

§40. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.*”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1° de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros

reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”

§41. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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".

(...) "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§42. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la

Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§43. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1º...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

“Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios

mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.”-sft-

§44. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§45. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§46. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁷

§47. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

§48. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación por la **Resolución 668 del 22 de octubre de 2015** por la Secretaría de Educación de la alcaldía de Manizales en cuantía de \$2.186.021 partir del **22/07/2015**.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, y su mesada superó los 3 smlmv, que era \$1.933.050, a razón de \$644.350 que era el smlmv.

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

2. Costas en segunda instancia

§49. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§50. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§51. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **María Carmenza Osorio Ríos** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

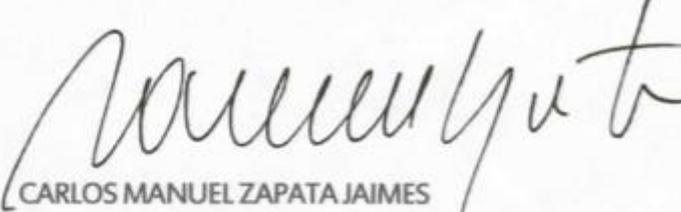
SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

Medio de Control: **Reparación Directa**
Radicado: **17-001-23-33-000-2017-00074-00**
Demandante: **Rigoberto Londoño Leiva**
Demandado: **Municipio de Salamina Caldas**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta (30) días de marzo de dos mil veintidós (2.022).

A.I. 105

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la liquidación realizada por el secretario de las costas y agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase

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

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **17001-23-33-000-2018-00429-01**
Demandante: **Bertha Libia Cortés Grajales**
Demandado: **Nación - Ministerio de Educación Nacional - FNPSM y
Departamento de Caldas - Secretaría de Educación**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la liquidación realizada por el Secretario de las costas y agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 057 del 31 de marzo de 2022.

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:

34a49b5bf8ab4d40cb34d2f80927b8d975ef9e3050707656c08ebbd0eb722072

Documento generado en 30/03/2022 09:39:26 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

ASUNTO: RESUELVE DESISTIMIENTO
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JULIAN DAVID PINEDA QUINTERO
DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS
RADICACIÓN: 17001-2333-0002019-00281-00
Acto judicial: Auto interlocutorio 69

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

ASUNTO

Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a resolver desistimiento presentado por el señor **JULIAN DAVID PINEDA QUINTERO**, frente a las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS.

1. ANTECEDENTES

La parte demandante Solicitó se declare la nulidad del acto administrativo ficto del día 06 de diciembre de 2018, que negó el reconocimiento de la correspondiente sanción por mora solicitada generada del ajuste a la cesantía definitiva, con la inclusión de la prima de servicios, como factor salarial para la liquidación, a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento y pago de sanción moratoria a la que tiene derecho por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

En los hechos precisó que, por medio de la **Resolución 00908 del 22 de noviembre de 2017**, le fueron reconocidas sus cesantías las cuales fueron canceladas el día 08 de agosto de 2018.

2. SOLICITUD DE DESISTIMIENTO

El 14 de enero de 2022 el apoderado judicial de la parte demandante allegó memorial donde solicitó el desistimiento de las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por el señor JULIAN DAVID PINEDA QUINTERO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, con fundamento en el artículo 314 de la ley 1564 de 2012, aplicable a esta jurisdicción por remisión del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

3. DESISTIMIENTO

La figura del desistimiento no fue objeto de regulación en la Ley 1437 de 2011, que apenas se limita a abordar esta figura cuando se produce de manera tácita (art. 178), por lo cual se hace menester acudir, por expresa remisión del artículo 306 de la misma obra al Código General del Proceso que sí regula dicha institución en el precepto 314, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante la apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia (...) /Líneas de la Sala/.

De acuerdo con las particularidades del caso sometido a estudio de esta Sala, se verifica que el apoderado de la parte actora cuenta con la facultad expresa para desistir /fls. 1 (art. 315 num. 2 ibídem) y no se ha proferido fallo que ponga fin al proceso, razones que tendrá en cuenta esta colegiatura para aceptar el desistimiento y dar por terminado el proceso, con efectos propios la providencia de cosa juzgada.

4. COSTAS PROCESALES

Teniendo en cuenta el artículo 316 del CGP, precisa que el auto que admite el desistimiento se condenará en costas a quien desistió del mismo, sin embargo dicho precepto, contiene diferentes excepciones para dicha condena como son: (i) cuando las partes así lo convengan; (ii) cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido; (iii) cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares; (iv) cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días, y en caso de oposición el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.

En el caso sub examiné, se tiene que por la Secretaría de la Corporación se procedió a dar traslado a la contraparte del escrito de desistimiento de las pretensiones; sin embargo, la actora no se pronunció sobre la misma, en este sentido y conforme a los presupuestos normativos enunciados en precedente no se condenará en costas a la parte actora.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento de las pretensiones de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentado por la señora **JULIAN DAVID PINEDA QUINTERO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: TERMINAR el presente proceso y con efectos de cosa juzgada esta providencia.

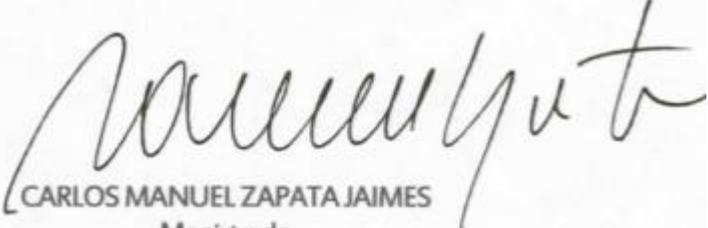
TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los anexos sin necesidad de desglose y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Acción: Popular
Demandantes: Enrique Arbeláez Mutis y Otros
Demandado: Concesión Pacífico Tres
Radicado: 17 001 23 33 000 2018-00471-00.
Vinculados: Martha Cecilia Cruz Campeón – Doris Galeano Agudelo – John James Galvis Galeano -María Soledad Ortiz Hincapié – Javier Pinilla Rocha – Jorge Iván Toro Jiménez - Francisco Gustavo Restrepo Osorio – Yuly Estela Arboleda Aguilar – Néstor Fabio Herrera Zapata – Gloria Inés Ortiz Hincapié – Luz Marina Giraldo Orrego

Acto judicial: Sentencia 34

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

§01. **Síntesis:** El demandante pretende que se ordene a la demandada cesar con las afectaciones que ponen en peligro el ambiente del aire, las inundaciones y grietas las generadas por las obras de la autopista Pacífico Tres. La sala niega las pretensiones porque no se demostraron las vulneraciones de los derechos colectivos.

§02. Esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de primer grado en el medio de control de **ACCIÓN POPULAR**, promovido por el señor **ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS Y OTROS** contra la **CONCESIÓN PACÍFICO TRES SAS**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. La parte accionante pretende la protección de los derechos colectivos del ambiente sano y la prevención de desastres previsibles técnicamente de los habitantes del sector *Curva las Cabras* de la Vereda las Juntas en el Municipio de Neira – Caldas.

§04. En consecuencia, se ordene a la Concesión Pacífico Tres: (i) que no afecte por inundaciones de pantano a las viviendas y negocios, como por el polvo ambiental, causados por las obras de la autopista Pacífico Tres; (ii) resolver las afectaciones en las

¹ Cuaderno 1, Fls. 1-80

paredes y techos de las viviendas; (iii) recuperación de las zonas verdes; y, (iv) se socialicen las obras que se realizan.

§05. La parte demandante indicó que la Concesión Pacífico Tres realiza en el sector *Curva las Cabras* de la Vereda las Juntas en el municipio de Neira – Caldas - el proyecto “Autopistas para la Prosperidad”, donde se afecta a los propietarios y establecimientos comerciales de los predios aledaños, de la siguiente manera: (i) inundaciones de pantano que entra a las propiedades en época de invierno; (ii) la gran cantidad de polvo que se genera en época de verano; y, (iii) pérdida de clientela por los constantes cierres de la vía.

§06. A pesar de las quejas de la comunidad, la demandada no ha dado solución a los problemas.

1.2. Tránsito procesal

§07. El 9 de octubre de 2018², se ordenó la admisión de la demanda, y la vinculación de las personas afectadas.

1.3. Contestaciones de la demandada y los vinculados

1.3.1. Concesión Pacífico Tres S.A.S³

§08. Se opuso a las pretensiones de la demanda, porque la obra *Autopista para la Prosperidad* se realiza en virtud de la declaratoria de utilidad pública e interés social, que implica el deber de los particulares de ceder ante el interés público, sin que signifique un atropello de la comunidad.

§09. En cuanto a los hechos expresó que no ha ocasionado perjuicios que a los propietarios y comerciantes.

§10. Como sustento de la defensa, la accionada explicó que desarrolla el contrato de concesión con la Agencia Nacional de Infraestructura -ANLA-, para la construcción del Proyecto Autopista Conexión Pacífico Tres Manizales, en la vía la Manuela-la Pintada, que pasa por el tramo Curva las Cabras, vereda la Juntas del municipio de Neira – Caldas,

§11. Sobre las pretensiones indicó:

§11.1. No han generado obstáculos o prohibiciones al ingreso de las viviendas y a los establecimientos comerciales, y solo se colocó un punto de PARE, de acuerdo a los parámetros definidos en el Plan de Manejo de Tránsito (PMT) aprobado para la ejecución de obras, ya que es el único tramo en recta que se presenta en ese sector.

§11.2. Las inundaciones o el polvo son independientes a la obra y atribuibles a: (i) al tráfico de carga pesada que pasa por la vía nacional; y, (ii) las propiedades

² Cuaderno 1, Fls.82-84

³ Cuaderno 1, Fls. 93-107

y los negocios se encuentran dentro de la franja de retiro de tránsito cedida por el INVIAS a Neira.

§11.3. El proyecto fue socializado a través de diversos comités con la comunidad desde el inicio de la obra y otros medios como volantes, boletín trimestral, programas de televisión y radio. Además, la comunidad puede presentar sus observaciones cada dos meses.

§12. Propuso las siguientes excepciones:

§12.1. **Inexistencia de responsabilidad por parte de la Concesión Pacífico Tres**, porque la obra se ejecuta en desarrollo de un contrato de concesión, con diseños aprobados por la interventoría.

§12.2. **Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos**. Las obras se desarrollan con el cumplimiento de los requisitos técnicos y ambientales y bajo supervisión continua de la Interventoría.

§12.3. **Inexistencia de nexo causal**: La demanda no acredita que la ejecución de la obra perjudique la actividad comercial en predios particulares.

§12.4. **Genérica**.

1.3.2. Las partes vinculadas no contestaron la demanda

§13. Los vinculados no intervinieron.

1.4. Tránsito procesal. Audiencia de Pacto de Cumplimiento⁴

§14. Las partes no llegaron a acuerdo en la audiencia celebrada el 19 de julio de 2019, y en la misma diligencia se decretaron pruebas.

1.5. Alegatos de conclusión e intervención del Ministerio Público

§15. La Concesión Pacífico Tres y el Ministerio Público, presentaron alegatos de conclusión. La parte actora permaneció silente.

§16. **Concesión Pacífico Tres⁵**: Se refirió que, de las pruebas recaudadas y en especial el informe de CORPOCALDAS, no se demostró la afectación ambiental ni económica de los habitantes del sector.

§17. **Ministerio Público⁶**: Conceptuó que no debe accederse a las pretensiones, pues de las pruebas allegadas no se demuestra la infracción ambiental o afectación económica de los habitantes. Por el contrario, las obras se realizan conforme a la normatividad técnica en materia de tránsito y transporte. Además, para el reclamo del pago de perjuicios por las obras la acción popular no es el medio de control idóneo.

⁴ Cuaderno 1, Fls.163-165

⁵ Cuaderno 1, Fls. 190-197

⁶ Cuaderno 1, Fls. 198-201

2. Consideraciones

§18. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998⁷ y 152 numeral 16 del CPACA.

2.1. Problemas jurídicos

§19. Se presenta la vulneración de los derechos colectivos del goce de un ambiente sano y a la prevención de desastres previsibles técnicamente, a los habitantes de la vereda Las Juntas en el Municipio de Neira – Caldas, por las obras que desarrolla la concesión Autopista Conexión Pacífico Tres, en el sector *Curva las Cabras* de la Vereda las Juntas en el Municipio de Neira – Caldas.

2.2. Lo demostrado

§20. Previamente, se indica que en la demanda se aportaron fotografías⁸, las cuales “... *son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.*”⁹ En el asunto en estudio, de las fotografías aportadas no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas y carecen de reconocimiento o ratificación.

§21. Por medio de la Resolución 713 del 26 de mayo de 2014 expedida por el Ministerio de Transporte, se declaró de utilidad pública e interés social el Proyecto Conexión Pacífico 3 La Virginia y la Manuela- La Pintada Autopistas para la Prosperidad, en la cual la ANLA cuenta con los estudios de prefactibilidad, para desarrollarse en esquema de asociación pública privada de cuarta generación.¹⁰

§22. El 10 de febrero de 2016 se suscribió un acta de información y participación comunitaria, entre la comunidad, la ANLA y la Concesión Pacífico tres, donde consta las reuniones de información y participación comunitaria¹¹, el cronograma del proyecto, la gestión predial que será manejada a través de actas de vecindad, el Plan de Manejo de Tráfico y la convocatoria del Comité de Participación, con el registro de asistencia a la reunión de socialización de inicio de obra firmada por algunos de los habitantes de la vereda Juntas¹².

⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#16

⁸ C1. Fs. 42-71.

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN C- Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz (E)- Bogotá, D.C, seis (6) de mayo de dos mil quince (2015) Radicación: 05001-23-31-000-1997-02667-01 (30.892)

¹⁰ Cuaderno 1. Fls 98-99

¹¹ C1, Archivo CD, FL.97

¹² Cuaderno 1. Archivo en CD. Acta de reunión Inicio de Obra UF3 La Manuela - Tres Puertas – Irra, páginas 1-12

§23. El 30 de junio de 2016 se realizó el acta de vecindad donde consta el estado antes del proyecto del predio denominado la Curva de la Cabra, junto con la evidencia fotográfica y de video.^{13-14—}

§24. El 21 de julio de 2016 se realizó la primera reunión del comité de participación entre la comunidad y la Concesión Pacífico Tres, donde se abordó el proceso de inventario, avalúo y pago de los predios, como las correcciones a los accesos a las fincas y condominios.¹⁵

§24.1. El 26 de febrero de 2017 se realizó la tercera reunión de comité de participación ciudadana donde no aparecen quejas de la comunidad acerca de las obras¹⁶.

§25. Los días 14 de diciembre de 2017¹⁷, 29 de agosto de 2018¹⁸, 9 de agosto de 2018¹⁹, 29 de julio de 2018²⁰ y 15 de abril 2018 los habitantes de la Vereda las Juntas en el Municipio de Neira – Caldas pusieron en conocimiento de la concesión Pacífico Tres y a CORPOCALDAS, las afectaciones por el polvo en época de verano o el pantano en el invierno, a las viviendas y comercios por las obras de la concesión. Para lo cual pidieron a CORPOCALDAS una visita técnica.

§26. Los días 31 de julio de 2018²¹, 10 de mayo de 2018²² y 29 de agosto de 2018²³ la Concesión Pacífico 3 contestó las peticiones de la comunidad donde informó: (i) los trámites para la enajenación voluntaria de los predios; (ii) socialización de actividades en las obras, instalación de punto de regulación de tránsito, mejora de seguridad, adecuación de acceso, las labores de limpieza y apoyo con ocasión al desborde de aguas.

§27. El 31 de mayo de 2018 la ANLA respondió a un habitante de la vereda las Juntas que realizó una visita los días 22 y 23 de mayo de 2018, y si hay lugar se iniciará proceso sancionatorio.²⁴

§28. El 20 de noviembre de 2018 CORPOCALDAS conceptuó sobre las afectaciones denunciadas por la comunidad: (i) que las incomodidades debidas a vibraciones al polvo y barro son causadas por el paso de maquinaria pesada, y la ubicación de un “pare y siga” en el sector; (ii) es posible que las vibraciones generadas por el paso de maquinaria pesada puedan generar patologías en las viviendas como grietas o desplazamientos en las tejas; (iii) para conocer el verdadero nivel de afectación en las viviendas se debe revisar las actas de vecindad antes de la obra para establecer cuál era el estado de las edificaciones; (iv) se requiere la evaluación detallada de las cargas y vibraciones actuantes, y si las técnicas de construcción de las viviendas cumplieron la normativa sismo resistente.²⁵

¹³ Cuaderno 1. Archivo en CD. Acta de vecindad 086 – Curva de las cabras (costado derecho)

¹⁴ Cuaderno 1. Archivo en CD. Registro de 232 fotografías

¹⁵ Cuaderno 1. Archivo en CD. Primera reunión comité de participación comunitario UF3, páginas 1-8.

¹⁶ Cuaderno 1. Archivo en CD. Tercera reunión comité de participación comunitario UF3, páginas 1-8

¹⁷ C 1, fs. 22-23

¹⁸ Cuaderno 1. Fl.33 Oficio CPT05-138-20180829003035

¹⁹ C1, fs. 4-5

²⁰ Cuaderno 1. Fl.33 CPT05-138-20180731002618

²¹ C1. Fs.11 vto. Oficio CPT05-138-20180731002614

²² C1. Fs.14-18. CPT05-136-20180510001442

²³ C1, fs. 14-18. Oficio CPT05-138-20180829003035

²⁴ Cuaderno 1. Fls.28 Rad. 2018070321-2-000

²⁵ C1. Fs. 8-10. Oficio 2018-IE-00021927

§29. Como prueba de oficio CORPOCALDAS presentó dos informes técnicos acerca de las afectaciones:

§29.1. En el informe del 30 de julio de 2019²⁶, con base en una inspección ocular a la zona, señaló que no encontraba evidencias que las obras generen inundación:

*“En el sitio se encontró que la mencionada obra se encuentra en construcción, por lo cual, actualmente no es posible determinar con exactitud el alcance de está, o si se contempla algún tipo de obra de manejo de aguas lluvias o revegetalización de los taludes conformados, en el costado correspondiente a la Curva de las Cabras, de los cuales en la actualidad, **no se observa evidencia y que serían recomendables llevar a cabo**; sin embargo, en revisión de fotos de diciembre de 2014 del sector, a través del programa de Google Earth, se identificó una alcantarilla transversal cuyo encole y descole actualmente se encuentra bajo el terraplén, situación que podría favorecer empozamientos en el sector.*

Tras la revisión en campo, se determinó que no es posible establecer con certeza mediante una inspección ocular, si a causa de la construcción de las obras viales por parte de la Concesión Pacífico Tres, se presentan las problemáticas denunciadas, ya que esta conclusión requiere de un levantamiento topográfico del sector, en donde se identifiquen posibles zonas deprimidas topográficamente o empozamientos que favorezcan la concentración de las aguas de escorrentía superficial en sitios puntuales que contribuyan a generar inundaciones. Así mismo, por la parte posterior de la Curva de las Cabras discurre el Río Tapias, el cual, se pudo determinar que con las obras en construcción, no se generan tiene -sic- ningún tipo de afectación que pudiera causar inundaciones, ya que estas se encuentran retiradas del río, y la presencia de las obras no genera invasión u ocupación de la mancha de inundación derivada de una creciente en este drenaje”. Rft.

§29.2. En cuanto a la afectación por polvo se solicitó una ampliación a la corporación autónoma, la cual presentó un informe del 2 de agosto de 2019²⁷ donde precisó:

“... ante Corpocaldas no se han presentado a la fecha, denuncias radicadas y relacionadas con afectaciones por parte del proyecto a nivel de emisiones atmosféricas en la ubicación mencionada (Vereda Juntas, curva Las Cabras Km 32 vía MANIZALES – Irra), en tal sentido, esta entidad, no puede conceptuar al respecto, hasta tanto personal técnico, verifique en campo, las presuntas afectaciones por material particulado, manifestadas en la acción popular.

Con respecto a dicho tramo vehicular a cargo de la Concesión Pacífico Tres SAS, es importante precisar como la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA por intermedio de la resolución No. 00704 del 8 de julio de 2016, estableció en el parágrafo del artículo primero y la parte motiva de la misma, que no se pronunciaba con respecto a solicitud de licencia ambiental para la Unidad Funcional UF 3.1 (Sector Las Cabras), toda vez que se corresponde con un mejoramiento vial que no requiere del licenciamiento ambiental y por tanto la gestión ambiental por parte de la Concesión Pacífico Tres SAS en dicho sector, estaría sujeta a la elaboración de un programa de Adaptación de la Guía Ambiental – PAGA (Numeral 2.2 CONSIDERACIONES SOBRE LA DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO).”

²⁶ C2, Fls. 6 vto.

²⁷ C2, fl. 9. Informe técnico 500-946

§30. La testigo Ingeniera Sanitaria Estefanía Lizarralde Martínez quien labora en la Concesión Pacífico Tres, señaló en su declaración²⁸: (i) en cuanto a la afectación del sector por calidad de aire, se ejecutaron acciones de control del material particulado, como son: la humectación de la vía, tapado de carpas de tránsito de volquetas, y humectación de las vías dependiendo consiste una aspersión de agua con un carrotanque; (ii) sobre las vibraciones, aclaró que se trata de una vía nacional de existe tráfico pesado y que no le consta esta situación; (iii) en cuanto a las inundaciones generadas por eventos de lluvias, se ha realizado la limpieza y el retiro de lodos; y, (iv) la concesión cuenta con aprovechamiento forestal, permisos de ocupación de cauce, concesión de agua y de aprovechamiento forestal.

2.3. Las acciones populares

§31. Los derechos colectivos son protegidos por las acciones populares cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. (arts. 78 a 82 CP, L.472/1998)

§32. El Honorable Consejo de Estado²⁹ indicó los siguientes supuestos para la prosperidad de las acciones populares:

“A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses”.

2.4. Inaplicabilidad del pago de perjuicios individuales en acciones populares

§33. En la demanda se pretende, entre otros aspectos, atender las solicitudes de los habitantes del sector para atender el deterioro en las viviendas y las afectaciones comerciales.

§34. Al respecto, el Consejo de Estado³⁰ ilustró que las acciones populares no son el mecanismo idóneo para buscar las reparaciones en los derechos individuales:

“La acción popular no es el medio procesal idóneo para acceder a la indemnización de perjuicios comoquiera que la misma se encuentra instituida para la protección de los derechos e intereses colectivos, con miras a evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre tales derechos e intereses, o restituir la cosas a su estado anterior cuando fuere posible, pero no para indemnizar los perjuicios que se hayan causado a una persona o a un grupo de personas determinadas.”

²⁸ C1, FL. 186, cd (minuto 11:42 a 32:51)

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

³⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. María Claudia Rojas Lasso, sentencia del 13 de mayo de dos mil diez (2010), radicado: 540001-23-31-000-00507-01 (AP).

§35. Por lo anterior, con las acciones populares no se puede buscar la reparación o indemnización de perjuicios individuales.³¹

2.5. Los derechos colectivos que se pretende se protejan

§36. El ambiente sano es el derecho que tienen todas las personas de gozar de un ambiente sano y el deber que tiene el estado de protegerlo y conservarlo fomentando la educación para su cuidado. (art. 79 CP)

§37. Como derecho colectivo, el goce al ambiente sano se refiere a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.³² (art. 4.a L.472/1998)

§38. El ambiente sano también tiene la connotación de derecho-deber:

“Bajo ese entendido, uno de los principios fundamentales del nuevo régimen constitucional es la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, en virtud de la cual, la Constitución recoge en la forma de derechos colectivos y obligaciones específicas las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Estas disposiciones establecen, por ejemplo, (i) el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, (ii) la obligación estatal y de todas las personas de proteger la diversidad e integridad del ambiente, (iii) la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar un desarrollo sostenible y (iv) la función ecológica de la propiedad.18 (...) De ahí que todos los habitantes del territorio colombiano tienen derecho a gozar un entorno o hábitat sano y el deber de velar por la conservación de éste.”-sft-

§39. El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente pretende garantizar que la sociedad no esté expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves causados *"por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva"*.³³

2.6. El caso concreto

§40. La parte demandante pretende que la parte demandada cese la vulneración de los derechos colectivos al goce a un ambiente sano y prevención de desastres previsibles técnicamente de los habitantes del sector denominado *Curva las Cabras* la Vereda la Juntas ubicado en el municipio de Neira – Caldas, al considerar que la obra vial del

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Diaz del Castillo, sentencia del 29 de abril de dos mil quince (2015), radicado: 25307-33-31-701-2010-00217-01 (AP).

³² Santofimio, Gamba- Jaime, “compendio de derecho administrativo” Universidad Externado de Colombia. Edición 2017, pág. 907.

³³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011)- Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)

proyecto Autopista Conexión Pacífico Tres, ha ocasionado afectaciones a las viviendas y establecimientos comerciales.

§41. Como antes se aclaró, con las acciones populares no se puede perseguir la reparación o indemnización de perjuicios individuales por daño directo a las viviendas o afectaciones en el comercio, por lo que no pueden ser motivo de análisis las reparaciones de los predios particulares.

§42. La demanda sintetizó las afectaciones a los derechos colectivos de la salud y la prevención de desastres que las obras producirían a la comunidad, en las siguientes: (i) en invierno las inundaciones generan con pantano que entra a las viviendas y negocios; (ii) en el verano se genera polvo que afecta la salud; (iii) las vibraciones producen grietas y patologías constructivas a las viviendas.

§43. Conforme a las pruebas allegadas, incluso a las decretadas de oficio, tal como lo señaló el concepto del Agente del Ministerio Público, no existen elementos de juicio suficientes para acreditar que las obras realizadas causen inundaciones, polvo y vibraciones tales que pongan en peligro los derechos de la salud y prevención de desastres, a los habitantes del sector La Cabras de la Vereda la Juntas del municipio de Neira- Caldas.

§44. En efecto, el informe de CORPOCALDAS de noviembre de 2018 señaló que es posible que las grietas en los pisos y paredes de las viviendas puedan ser generadas por el paso de maquinaria pesada, pero se necesitaría establecer el estado anterior de las construcciones, así como el cumplimiento de las normas constructivas.

§45. Y en los informes principal y aclaratorio de CORPOCALDAS presentados en 2019 se expresó que no era posible establecer mediante la inspección ocular las afectaciones por el polvo, y se pudo determinar que las obras no causan inundaciones ya que se encuentran retiradas del río.

§46. En cuanto a la carga de la prueba en las acciones populares, tanto los artículos 30 de la Ley 472 de 1998 y 167 del CGP refieren que “...*incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”; como lo reiteró el Consejo de Estado³⁴: “... *en materia de acciones populares es al actor popular a quien corresponde la carga de probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección reclama. Así las cosas, ciertamente se advierte que la parte demandante no aportó ningún elemento probatorio para acreditar idónea y válidamente la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, y tampoco manifestó la imposibilidad de allegar las pruebas respectivas, simplemente se limitó a aportar un material fotográfico que es insuficiente para demostrar la situación alegada.*”-sft-

§47. Toda vez que la parte demandante no demostró la vulneración de los derechos colectivos, se negarán las pretensiones.

§48. Conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, no se impondrán costas al no demostrarse que el actor popular actuó con temeridad o mala fe.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2012. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01459-01(AP).

§49. Por lo anteriormente expuesto, **esta Sala de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

SENTENCIA:

PRIMERO: DECLÁRESE probadas las excepciones de “Inexistencia de responsabilidad por parte de la Concesión Pacífico Tres” y de “Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos”, conforme a la parte considerativa.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, al no demostrarse la vulneración de los derechos colectivos, por parte de la accionada, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMITASE copia auténtica de esta decisión a la Defensoría del Pueblo

CUARTO: Sin costas.

QUINTO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes y al Ministerio Público.

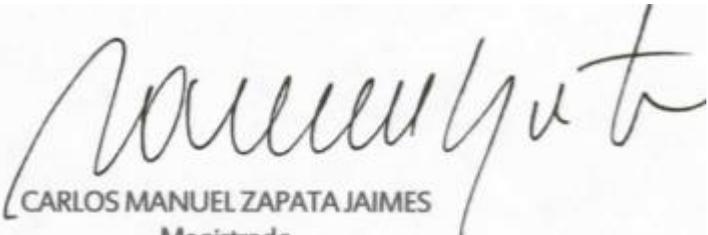
SEXTO: Una vez ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

Sentencia Acción Popular. RAD. 170012333000201800471-00.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto de mejor proveer

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Adalgiza González de Aristizábal
Demandado: Nación – Ministerio de educación nacional -
Departamento de Caldas.
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00318-00
Acto Judicial Auto interlocutorio 67

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

Asunto

Conforme al artículo 213 del CPACA se ordena que se oficie a la Gobernación de Caldas para que un plazo de cinco (05) días siguientes al recibo de la comunicación, informe;

- *Desde cuándo y hasta cuándo fue el tiempo de servicios prestados como docente por la señora Adalgiza González de Aristizábal identificada con c.c.25.126.601, por las autorizaciones 743 del 13-02-2001 y 1349 del 03-04-2003 suscritas por la gobernación de Caldas.*

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

PATRICIA VARELA CIFUENTES

Magistrada

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SECRETARÍA

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Informando a la señora Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** que el proceso identificado en la referencia, fue allegado procedente del H. Consejo de Estado, con decisión que resolvió la apelación de la sentencia de 1º instancia, proferida por la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas el 14 de diciembre de 2018.

CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-SALA DE CONJUCES-

Manizales, treinta (30) marzo de dos mil veintidós (2022).

A.S. 019

Radicación: 17001-23-33-000-2016-00567-02

De conformidad con la providencia emitida por el H. Consejo de Estado que resolvió los recursos de alzada que contra la decisión primaria impetró la demandada **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Estese a lo resuelto por el Consejo de Estado en Sentencia de 7 de diciembre de 2021 (fl. 233 a 239 vto C.1), que modificó el fallo proferido por esta Conjuez declarando la prescripción de parte del periodo reclamado y, en consecuencia, ordénese la liquidación de gastos y posteriormente el archivo del expediente.

Notifíquese y Cúmplase

LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Conjuez

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p> <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. <u>057 de 31 de marzo de 2022.</u></p> <p>CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS Secretario</p>

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SECRETARÍA

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Informando al señor Conjuez **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** que el proceso identificado en la referencia, fue allegado procedente del H. Consejo de Estado, con decisión que resolvió la apelación de la sentencia de 1º instancia, proferida por la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas el 3 de septiembre de 2019.

CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-SALA DE CONJUCES-

Manizales, treinta (30) marzo de dos mil veintidós (2022).

A.S. 020

Radicación: 17001-23-33-000-2016-00722-02

De conformidad con la providencia emitida por el H. Consejo de Estado que resolvió los recursos de alzada que contra la decisión primaria impetró la demandada **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Estese a lo resuelto por el Consejo de Estado en Sentencia de 7 de diciembre de 2021 (fl. 221 a 225 vto C.1), que modificó el fallo proferido por esta Conjuez declarando la prescripción de parte del periodo reclamado y, en consecuencia, ordénese la liquidación de gastos y posteriormente el archivo del expediente.

Notifíquese y Cúmplase

TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p> <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico nº 057 de 31 de marzo de 2022.</p> <p>CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS Secretario</p>
--

**EPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Asunto: Auto de mejor proveer
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Cielo Marcela Arias Gutiérrez
Demandado: Nación Ministerio de Educación - Fondo Nacional de prestaciones del magisterio - Municipio de Pensilvania.
Radicado: 17001-23-33-000-2019-00319-00
Acto judicial: Auto I 68

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

Estando el proceso a despacho para sentencia, se requiere aclarar si las cesantías de los años 1994 a 1995 que solicita la demandante, fueron consignadas o pagadas a la accionante, o si se hicieron los pagos correspondientes al FOMAG para que asumiera dicha prestación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 213 inciso 2° de la Ley 1437 de 2011, se decreta la siguiente prueba documental, con el objetivo que, por Secretaría, se exhorte a la alcaldía de Pensilvania y al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que en el término de diez (10) días a partir del recibo del respectivo exhorto, se sirva certificar:

1. Si se pagaron las cesantías correspondientes a los años 1994 y 1995 a la señora Cielo Marcela Arias Gutiérrez, identificada con la C.C 24.870.461.
2. Si conforme al Decreto 196 de 1995, la alcaldía de Pensilvania- Caldas- y el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio celebraron convenio para la docente Cielo Marcela Arias Gutiérrez, identificada con la C.C 24.870.461 fuera incorporada al FOMAG, y garantizar el pago de las cesantías de los

años 1994 y 1995. Y si para la incorporación de la docente el municipio giró anticipadamente la deuda correspondiente, según el cálculo actuarial. Para lo cual allegará copia del convenio, del cálculo actuarial, del pago de los aportes correspondientes a las cesantías de la docente por los años 1994 y 1996.

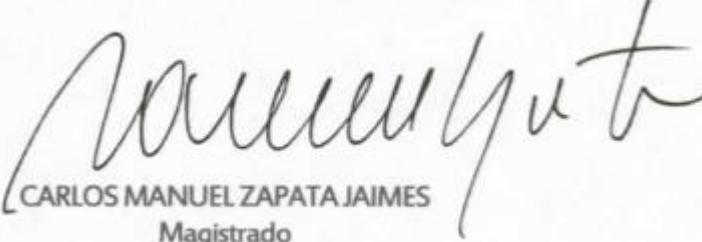
3. El formato único de historia laboral y los factores salariales percibidos durante los años 1994 y 1995 por la señora Cielo Marcela Arias Gutiérrez, identificada con la C.C 24.870.461.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES

Magistrada

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de primera instancia

Medio De Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ana Heroína González González
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL
Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP
Radicación: 17001233300020170010300
Acto Judicial: Sentencia 36

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

Síntesis: La parte demandante pretende que se reliquide la pensión de sobrevivientes regida por la transición de la Ley 100 de 1993, con todos los elementos salariales percibidos el último año de servicios. La sala no accede a esta pretensión; sin embargo, debido a que el causante fue beneficiario de la nivelación salarial por la homologación de los cargos administrativos de los establecimientos educativos, se ordena que se reliquide la pensión con los salarios nivelados.

La Sala dicta sentencia en el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho** interpuesto por **Ana Heroína González González**, demandante, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** – en adelante **UGPP**, demandada.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de una pensión con el 75% de todos los factores percibidos el último año de servicios

§01. La parte demandante pretende:

§01.1. La nulidad de las resoluciones RDP 009596 del 12 de marzo de 2015 y RDP 023254 del 9 de junio de 2015, por medio de las cuales la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez post mortem.

§01.2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad: (i) reliquidar la pensión de vejez post mortem teniendo **en cuenta el 75% de todos los elementos salariales devengados por el causante durante el último año de servicios**; (ii) pagar el retroactivo correspondiente en forma indexada y las costas del proceso.

§02. En los hechos precisó que el señor GERARDO GRISALES LÓPEZ **nació el 1 de junio de 1951**, se desempeñó como empleado administrativo en el sector educativo en el departamento de Caldas y el municipio de Manizales, desde el **1 de noviembre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 2005**.

§03. Al señor Grisales López se le aplica el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, porque el 1 de abril de 1994 tenía 42 años de edad, y 24 años de servicios cuando fue expedido el Acto legislativo 01 del 22 de julio de 2005.

§04. CAJANAL reconoció una pensión a favor del señor Grisales por medio de la Resolución 08813 del 27 de marzo de 2007, con base en la Ley 33 de 1985, pero el Ingreso Base de Liquidación – en adelante IBL- fue calculado según la Ley 100 de 1993, con el promedio de lo devengado **durante los últimos diez (10) años de servicio, sin incluir todos los factores salariales devengados el último año de servicios**.

§05. El señor Grisales López falleció el 28 de junio de 2010, y a la señora Ana Heroína González González, cónyuge supérstite, se le reconoció la pensión de sobrevivientes a través de la Resolución UGM 045621 del 9 de mayo de 2012.

§06. La demanda aclaró que la Gobernación de Caldas reconoció al señor Grisales una nivelación salarial por concepto de homologación de los cargos administrativos del sector educativo.

§07. El 19 de enero de 2015 la señora González solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión **con base en el 75% de todos los elementos salariales devengados por el causante durante el último año de servicios**.

§08. La UGPP negó la reliquidación por medio de la Resolución RDP 009596 del 12 de marzo de 2015; ante lo cual, la señora González interpuso recurso de apelación, el cual fue negado a través de la Resolución RDP 023254 del 9 de junio de 2015.

§09. Se invocaron como violados los artículos 2, 6, 13, 29, 48, y 53 de la Constitución Política, las leyes 33 de 1985, 62 de 1995, 100 de 1993, y 4 de 1992; los decretos 1160 de 1947, 1743 de 1966, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978, 1045 de 1978, y 1160 de 1989.

§10. Resaltó que la liquidación de la pensión del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985 se realiza con todos los factores percibidos el último año de servicios, según la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

1.2. La UGPP contestó la demanda señalando que la pensión fue legalmente liquidada¹

§11. La unidad aceptó los hechos referidos a los actos administrativos expedidos en el trámite y se opuso a las pretensiones.

§12. Como normas aplicables enunció las leyes 1437 de 2011, 100 de 1993, 33 de 1985 como los decretos 1158 de 1994 y 1653 de 1977.

§13. Propuso como excepciones:

§13.1. **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.** La pensión que se rige por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo tiene en cuenta la tasa señalada en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, pero el IBL se calcula solo con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, devengados los últimos diez años. (S. SU-230/2015 C. Const.)

§13.2. **Irretroactividad.** Indicó que en la liquidación de la pensión del causante no puede tenerse en cuenta la homologación y nivelación salarial que se le hizo, porque fue realizada diez años después del reconocimiento de la pensión.

§13.3. **Prescripción:** Solicitó la prescripción laboral (D. 1848/1969, D. 3135/1968, arts. 488 CST, 151 CPT)

§13.4. **Genérica.**

§14. La parte accionante se pronunció en contra de las excepciones propuestas por la parte demandada².

§15. La entidad demandada llamó en garantía a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, que fue negado a través del auto del 14 de diciembre de 2018³.

1.3. Trámite del proceso y alegatos

§16. El 1º de septiembre de 2020 se dispuso que la excepción de prescripción fuera estudiada en sentencia. Además, como no había pruebas para practicar se ordenó que las partes presentaran los alegatos de conclusión.

§17. En los alegatos la parte demandante precisó que en la liquidación de la pensión de sobrevivientes se debe incluir los factores salariales que le fueron nivelados por el proceso de homologación de los empleados administrativos de los establecimientos educativos.

§18. La UGPP alegó en conclusión que la pensión de la parte accionante fue liquidada conforme a los criterios de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de

¹ fs. 177-198, c1

² fs. 206-208, c1

³ fls. 210-211 vto, c1

agosto de 2018, por lo que se debe proferir sentencia negando las pretensiones de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§19. Conforme al artículo 152 del CPACA este Tribunal es competente para decidir el presente medio de control.

2.2. Problemas Jurídicos

§20. ¿Se debe reliquidar la pensión de sobrevivientes de la demandante, incluyendo el 75% de todos los factores salariales percibidos el último año de servicios?

§21. ¿Debe incluirse en la reliquidación de la pensión del causante la prima técnica por evaluación de desempeño?

§22. ¿Debe incluirse en la reliquidación de la pensión del causante el sobresueldo?

§23. ¿En caso de demostrarse que al causante no le fue reconocida la nivelación salarial por la homologación de su cargo, procede de oficio la orden de reliquidar la pensión?

2.3. Lo demostrado

§24. El señor Gerardo Grisales López nació el 11 de junio de 1951.⁴

§25. El tiempo de servicios del señor Grisales fue: (i) el 28 de noviembre del 1976 hasta el 26 de septiembre de 1980 en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como ayudante de oficina⁵; y, (ii) en el Centro Auxiliar de Servicios Docentes “CASD” del municipio de Manizales desde el 1 de noviembre de 1980 hasta el 14 de agosto de 2006.⁶

§26. Desde los años 1994 a 2006 el causante devengó: salario básico, sobresueldo mensual desde 1996 a 2001, **prima técnica por evaluación del desempeño**, bonificación por servicios prestados, bonificación recreacional, como las primas de servicios, vacaciones y navidad.⁷

§27. A través de la **Resolución 08813 del 27 de marzo de 2007**, CAJANAL EICE reconoció la pensión al señor Gerardo López Grisales de la siguiente manera: (i) el estatus pensional se estableció el **11 de junio de 2006**; (ii) la tasa de reemplazo se fijó en el **75%** del promedio de lo devengado **sobre el salario promedio de 10 años**, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993; (iii) se tuvieron en cuenta los factores salariales de la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados**

⁴ Expediente administrativo – archivo 44.

⁵ Expediente administrativo – archivo 55

⁶ Expediente administrativo – archivo 66

⁷ Expediente administrativo – 7-Certificado de factores salariales-Causante

devengados los últimos diez años de servicios; (iv) la cuantía de la mesada fue de \$943.224.63.⁸

§28. El 2 de febrero de 2009 el señor Grisales López solicitó que se reliquidara la pensión con una tasa del 85%.

§29. El 28 de junio de 2010 falleció el señor Grisales López, y el 18 de agosto de 2010 la señora Ana Heroína González González, en calidad de cónyuge superviviente, solicitó la sustitución pensional.⁹

§30. A través de la **Resolución UGM 045621 del 9 de mayo de 2012** la UGPP negó la reliquidación pensional con la tasa del 85% y reconoció la pensión de sobreviviente a la señora González González, a partir del 29 de junio de 2010.¹⁰

§31. El 16 de enero de 2015 la demandante solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados el último año, “... *con base en los Formatos Cleb expedidos por el Instituto técnico Marco Fidel Suárez el día 06 de octubre de 2014, el Fondo Educativos Departamental de Caldas el día 12 de noviembre de 2014 y el Municipio de Manizales el día 06 de febrero de 2015.*” Dichos formatos incluían los salarios nivelados por el procedimiento de homologación del empleo del causante.¹¹

§32. A través de la **Resolución RDP009596 del 12 de marzo de 2015** la UGPP negó la reliquidación.¹²

§33. El 23 de abril de 2015 la parte accionante interpuso recurso de apelación contra el anterior acto administrativo, insistiendo en la solicitud inicial.¹³

§34. A través de la **Resolución 023254 del 9 de junio de 2015** la UGPP confirmó el acto impugnado.¹⁴

§35. **Frente a la homologación de cargos y nivelación salarial del causante**, constan las siguientes pruebas:

§35.1. A través de las Resoluciones¹⁵ 1804 – 6 del 22 de marzo de 2013, 687 del 11 de abril de 2014, 4063-6 del 19 de junio de 2013 y 973 del 3 de julio de 2014 de las Secretarías de Educación de la alcaldía de Manizales y la gobernación de Caldas se reconoció la nivelación salarial por homologación del empleo administrativo del señor Grisales López.

§35.2. Las secretarías de educación de la alcaldía de Manizales y la gobernación de Caldas certificaron que el cargo del causante fue homologado con los de las plantas

⁸ fs. 19-23, c1

⁹ Expediente administrativo. Archivos 45 a 51.

¹⁰ fl. 26-33, c1

¹¹ F. 77 v, c.1

¹² fl. 101-103, c1

¹³ F. 106 c.1.

¹⁴ fs. 115-119, c1

¹⁵ Fs. 31 a 46 c.1

de personal territoriales, y sus salarios fueron nivelados con retroactividad desde 1997 al 2009, pagados en el año 2008 y mayo 2014.¹⁶

§35.3. Se allegaron los formatos de certificados de información laboral de vinculación para bonos pensionales y pensiones, donde se verifica que en 2008 y 2014 se hicieron los pagos por los aportes para pensión de la homologación del cargo del causante, señor Grisales López.¹⁷

2.4. La unificación jurisprudencial del 2018 del Consejo de Estado estableció que el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de transición se rigen por lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

§36. **En este caso concreto**, el señor Gerardo Grisales López se encuentra en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100, o sea, la Ley 33 de 1985, porque: (i) al 1º de abril de 1994 tenía más de 42 años, pues nació el 11 de junio de 1951¹⁸; (ii) tenía acumulado más de 17 años de servicios porque laboró del 28/11/1976 al 26/09/1980 y del 01/11/1980 al 01/04/1994; y, (iii) al 22 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas acumuladas, específicamente 1489.

§37. Lo anterior, porque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 prevé que se encuentran en el régimen de transición pensional quienes cumplan con los siguientes requisitos: “*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan ... cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior...*”

§38. Además, el artículo 48 del Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005 dispuso que este régimen de transición: “*... no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*”

§39. Sobre la forma de calcular el IBL para quienes se encuentren en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹⁹, sentó jurisprudencia de la siguiente manera:

“1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y

¹⁶ f.47-48-49 c.1

¹⁷ Fs. 50 a 67 c.1.

¹⁸ Expediente administrativo – archivo 44.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/busador-jurisprudencia/>

tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidada en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

§40. Entonces, en las pensiones que se rigen por la transición de la ley 100, del régimen anterior, Ley 33 de 1985, solo se toman en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el **monto (tasa de reemplazo)**.

§41. Por tanto, para la liquidación de la prestación debe acudirse a lo cotizado los últimos diez años de servicios o toda la vida laboral, lo más favorable si cotizó más de 1.250 semanas. (art. 21, 36.3 L. 100/1993)

§42. Y solamente se tienen en cuenta los elementos salariales por los cuales se hicieron aportes y que correspondan a los señalados en el artículo primero del Decreto 1158 de 1994.²⁰

²⁰ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) **La asignación básica mensual;**

b) Los gastos de representación;

§43. Según las pruebas allegadas, al causante se le calculó el IBL de la pensión de los factores salariales legales de los últimos diez años de servicios, conforme a los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 y 1° del Decreto 1158 de 1994.

§44. **En conclusión**, conforme al cambio jurisprudencial previamente anotado, no es posible acceder a la solicitud de la parte demandante de que se reliquide su pensión con el promedio de todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.

2.5. La parte demandante no tiene derecho a que se incluya la prima técnica por evaluación del desempeño en el IBL

§45. El causante percibió la prima técnica **por evaluación de desempeño**, conforme al certificado de la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas.²¹ Pero no puede tenerse en cuenta en el IBL por no ser factor salarial para la pensión.

§46. Efectivamente, la prima técnica creada por el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, señala que "... **no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño...**". Lo que sí sucede con la prima que se concede por formación avanzada, experiencia altamente calificada o en la investigación.²²

§47. Y el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994²³ estimó que la prima técnica era factor para la pensión, cuando fuera factor de salario.

2.6. La parte demandante no tiene derecho a que se incluya en el IBL el sobresueldo

c) *La prima técnica, cuando sea factor de salario;*

d) *Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*

e) *La remuneración por trabajo dominical o festivo;*

f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*

g) **La bonificación por servicios prestados;-sft-**

²¹ Expediente administrativo – archivos 66, 76 f.47-48 c.1 fl. 3, c1 archivo cd – carpeta cc 10221227 – 6- 7- certificado de factores salariales – causante

²² ARTICULO 7o. Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2° del presente Decreto; y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.

²³ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. *El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".*

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) *La asignación básica mensual;*

b) *Los gastos de representación;*

c) **La prima técnica, cuando sea factor de salario;**

d) *Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*

e) *La remuneración por trabajo dominical o festivo;*

f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*

g) *La bonificación por servicios prestados;-sft-*

§48. El causante devengó entre los años 1996 a 2001 sobresueldo mensual, conforme al certificado de la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas.²⁴ Pero este sobresueldo por coordinación no es factor salarial para la pensión.

§49. Ciertamente, según el certificado antes mencionado, el causante se desempeñó “... *EN CARGO ADMINISTRATIVO COMO COORDINADOR CODIGO 5005, GRADO 23 EN EL CENTRO AUXILIAR DE SERVICIOS DOCENTES CASD*”.

§50. Desde el artículo 16 del Decreto 11 de 1993 se estableció un sobresueldo o prima o reconocimiento de **coordinación, el cual no constituye factor salarial**: “*Los empleados de los Ministerios y Departamentos Administrativos con planta global en donde no existan jefes de sección, que tengan a su cargo la coordinación y supervisión de grupos de trabajo que establezcan los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos percibirán mensualmente un VEINTE POR CIENTO (20%) adicional al valor de la asignación básica del empleo del cual sean titulares, durante el tiempo en que ejerzan tales funciones. Dicho valor no constituye factor salarial para ningún efecto.*”

2.7. La parte demandante tiene derecho a que se incluya en el IBL los factores salariales que fueron nivelados por la homologación del cargo administrativo en un establecimiento educativo

§51. La demanda no pretende que en la reliquidación se incluyeran los salarios nivelados por la homologación del cargo del causante.

§52. Sin embargo, la actora en la solicitud de reliquidación ante la demandada pidió que se reliquidara la pensión: “con base en los Formatos Cleb expedidos por el Instituto técnico Marco Fidel Suárez el día 06 de octubre de 2014, el Fondo Educativo Departamental de Caldas el día 12 de noviembre de 2014 y el Municipio de Manizales el día 06 de febrero de 2015.”

§53. Estos formularios indicaron que se hicieron los aportes para pensión de los factores salariales que fueron nivelados por la homologación del empleo del causante.

§54. La parte demandada propuso la excepción de *irretroactividad* para que no se tuvieran en cuenta los factores nivelados. Y en los alegatos la parte actora insistió que se tuviera en cuenta esta nivelación.

§55. Se encuentra que, tanto en la vía administrativa como judicial, fue motivo de discusión que los factores nivelados fueran incluidos en la reliquidación.

§56. Además, en un caso analógico cerrado con el presente, el Consejo de Estado indicó que:

“... aunque en las pretensiones de la demanda no se solicitó expresamente la reliquidación de la pensión incluyendo tales diferencias salariales, lo cierto es que, si se solicitó tener en cuenta los salarios y prestaciones devengados por el demandante y, esas diferencias hacen parte integral de los salarios que en su momento se pagaron

²⁴ Expediente administrativo – archivos 66, 76 f.47-48 c.1 fl. 3, c1 archivo cd – carpeta cc 10221227 – 6- 7- certificado de factores salariales – causante

al demandante y que en su momento se incluyeron en la liquidación, aunque en un monto inferior (incluyendo la asignación básica y bonificación por servicios prestados).

(...) En este orden de ideas, la Sala considera procedente ordenar la reliquidación de la pensión de la demandante, teniendo en cuenta las diferencias salariales a las que se ha hecho alusión, en atención a lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso...”

§57. En las pruebas se constató que el causante fue beneficiado de la nivelación salarial de los empleados administrativos de los centros educativos, a través de las Resoluciones²⁵ 1804 – 6 del 22 de marzo de 2013, 687 del 11 de abril de 2014, 4063-6 del 19 de junio de 2013 y 973 del 3 de julio de 2014 expedidas por las secretarías de educación de la alcaldía de Manizales y la gobernación de Caldas.

§58. La pensión del causante se reconoció por la **Resolución 08813 del 27 de marzo de 2007**²⁶, y la nivelación fue pagada en los años 2008 y 2014.²⁷

§59. Para la liquidación de la pensión se tomó como último salario básico de **\$1.156.172** para el año 2006²⁸. Y luego del proceso de nivelación salarial, el certificado de salarios del 29 de octubre de 2014 informó que ese sueldo para 2006 sería de **\$1.992.208**.

§60. Por lo que se concluye que no se tuvo en cuenta la nivelación salarial en el IBL en la liquidación de la pensión del causante, señor Grisales.

§61. Así, se accederá a la nulidad de los actos demandados, se dispondrá que se reliquide la pensión con inclusión de la nivelación salarial, se negarán las excepciones de inexistencia de la obligación como de cobro de no lo debido, y se negarán las demás pretensiones de la demanda.

2.8. Restablecimiento del derecho

§62. Se ordenará a la UGPP reliquidar la pensión de sobrevivientes de la señora ANA HEROÍNA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, teniendo en cuenta el promedio de los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, de los últimos 10 años de servicios, devengados por el señor GERARDO GRISALES LÓPEZ, de acuerdo a los salarios nivelados a través del proceso de homologación de los cargos administrativos de los establecimientos educativos de la planta de personal de la alcaldía de Manizales y la gobernación de Caldas.

§63. Se ordenará la indexación de conformidad con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado²⁹, ordenando a la UGPP, actualizar las diferencias en las mesadas pensionales, que resulten de la reliquidación aquí ordenada, y hacer el reconocimiento

²⁵ Fs. 31 a 46 c.1

²⁶ fs. 19-23, c1

²⁷ f.47-48-49 c.1

²⁸ f. 3 c.2 cd. archivo 6 certificado factores salariales de la carpeta cc10221227

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres Toro; sentencia 8 de agosto 2003, radicación 2500-23-25-000-1999-6516-01.

a partir del **11 de junio de 2006** (fecha de adquisición del estatus pensional)³⁰, con base en la fórmula que a continuación se indica.

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

§64. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la diferencia en la mesada pensional, que resulte de la reliquidación aquí ordenada³¹, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

§65. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

2.9. Prescripción

§66. La pensión fue reconocida por la Resolución 08813 del 27 de marzo de 2007. La parte demandante elevó la solicitud de reliquidación el 6 de enero de 2015, la cual fue decidida por las resoluciones RDP009596 del 12 de marzo de 2015 y 023254 del 9 de junio de 2015. La demanda fue presentada el 10 de febrero de 2017. De conformidad con los decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968, están prescritas las mesadas causadas con tres años de anterioridad a la solicitud de reliquidación, esto es al 6 de enero de 2012, por lo que se declarará probada parcialmente esta excepción.

2.10. Costas

§67. Sobre la condena en costas, no se condenará en razón a que la decisión fue parcialmente favorable a las partes, conforme al artículo 365.5 del CGP.

§68. La Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLÁRANSE INFUNDADAS las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuestas por la UGPP. **DECLARAR PARCIALMENTE FUNDADA** la excepción de prescripción propuesta por la UGPP, de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de enero de 2012.

³⁰ Téngase en cuenta que en el sub examine, el accionante se retiró del servicio en el año 1999 pero adquirió el status pensional el 4 de abril de 2003, fecha en la que cumplió el requisito de la edad. Es por ello que el reconocimiento de las diferencias de las mesadas pensionales así como su actualización, sólo se ordena a partir de la fecha en que el demandante adquirió el status de pensionado; fecha que vale decir, también fue tomada como punto de partida en la Resolución mediante la cual le fue reconocida la pensión por parte de Cajanal.

³¹ Esto es, las diferencias de mesadas que surjan entre la pensión pagada y la que se calcule con fundamento en la reliquidación.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de las Resoluciones RDP 009596 del 12 de marzo de 2015 y RDP 023254 del 9 de junio de 2015 expedidas por la UGPP.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho SE ORDENA a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, reliquidar la pensión de vejez post mortem a favor de la señora ANA HEROÍNA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, teniendo en cuenta el promedio de los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, de los últimos 10 años de servicios, devengados por el señor GERARDO GRISALES LÓPEZ, de acuerdo a los salarios nivelados a través del proceso de homologados y nivelación salarial de los cargos administrativos de la planta de personal de la alcaldía de Manizales y la gobernación de Caldas.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de este acto judicial y la forma como deberá hacer esos ajustes.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

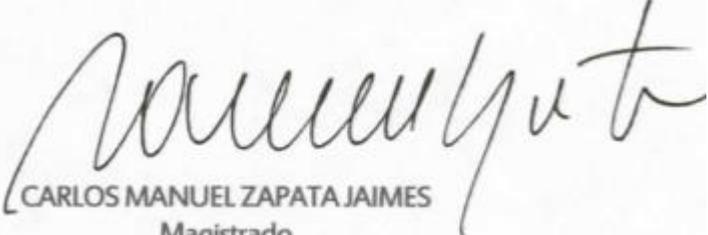
QUINTO: No se impondrán costas, conforme con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, realícense las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

**Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados**



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



**PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Stella Quintero Herrera
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-
FOMAG-
Radicación: 170013339008-2020-00030-02
Acto judicial: Sentencia 37

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **MARÍA STELLA QUINTERO HERRERA**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** – en adelante **FOMAG-**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. El acto pretende la nulidad de la Resolución 6903-09 del 29 de octubre de 2019 que negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley de 91 de 1989.

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de junio a que tiene derecho por ser pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

§05. Expuso que la demandante le fue reconocida pensión mediante la Resolución 2700-6 del 07 de mayo de 2019, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989.

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989 para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. Contestación de la demanda del Ministerio de Educación²

§10. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y admitió los hechos relacionados con los actos proferidos por la entidad.

§11. Como razonamientos de apoyo se indicó que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo 01 de 2005, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

§12. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§12.1. **Legalidad de los Actos Administrativos Atacados de Nulidad:** En razón a que “...*Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna...*”

§12.2. **Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico:** donde argumentó que “... los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tiene derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención”

§12.3. **La condena en costas no es objetiva, se desvirtuar la buena fe de la entidad.** Insistió que la condena en costas no es objetiva, sino que debe tenerse en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones²

§13. El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando a las pretensiones, que pasaa a relacionarse:

“PRIMERO: PRIMERO. - DECLARAR PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM.

SEGUNDO. - NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora MARÍA STELLA QUINTERO HERRERA en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada la suma de \$ 306.000, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16- 10554 de agosto 5 de 2016.”

§14. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2° en su condición de pensionada del magisterio?

² (Exp Esc 12)

¿Son correspondientes la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo Numeral 2º y la mesada adicional para pensionados o “mesada catorce” contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993?c-40

¿En caso de prosperar las pretensiones cual es la entidad encargada de reconocer y pagar la prima de mitad de año al docente pensionado?

En caso de tener derecho al reconocimiento solicitado, ¿se configura la prescripción del reconocimiento solicitado por la demandante?

§15. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§16. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juzgado de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

§17. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§18. En consecuencia, como la parte accionante adquirió del status es posterior al 31 de julio de 2011 y su mesada pensional fue reconocida en una cuantía superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019, no tiene derecho a las pretensiones.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§19. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§20. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§21. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

³ (Exp 14)

§22. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§23. Señaló que, conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§24. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§25. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§26. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§27. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§28. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁵

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

2.2. Problemas Jurídicos

§29. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

§30. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§31. Mediante la **Resolución 2700-6 del 07 de mayo de 2019**, se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a favor de María Stella Quintero Herrera en cuantía de \$2.949.155 partir del **12 de febrero 2019**.⁶

§32. Por medio de la Resolución 6903-09 del 29 de octubre de 2019 la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas negó la solicitud del reconocimiento y pago de la prima de mitad de año solicitada el 1 de agosto de 2019 por la parte actora.

2.4. Fundamento Jurídico

§33. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§34. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§35. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

⁶ (Exp 01).

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§36. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§37. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§38. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

“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 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. - Rft”

§39. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§40. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...).”

§41. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

§42. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año

de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales."

§43. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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".

(...) "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§44. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

"5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§45. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1°...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.”-sft-

§46. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§47. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§48. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁷

§49. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

§50. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución 2700-6 del 07 de mayo de 2019; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$ 2.949.155 a partir del 12/02/2019.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005.

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§51. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§52. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena e costas de primera instancia.

§53. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§54. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§55. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia dictada el 21 de julio de dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARÍA STELLA QUINTERO HERRERA** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

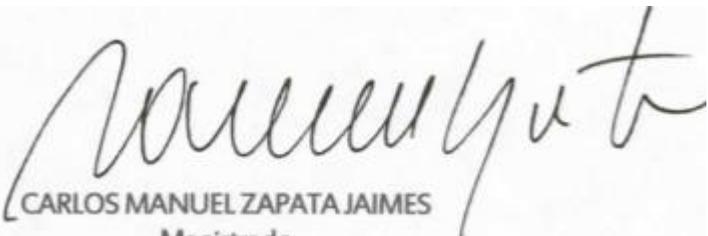
TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados**



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



**PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Alcira Arias Quiceno
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicación: 170013333001-2020-000270-02
Acto judicial: Sentencia 43

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **ALCIRA ARIAS QUICENO**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. La actora pretende la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 02 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el 02 de julio de 2019, para el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley de 91 de 1989.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de junio a que tiene derecho por ser pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

§05. Expuso que la demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución 9267-6 del 28 de noviembre de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. Contestación de la entidad demandada

§10. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y admitió los hechos relacionados con los actos proferidos por la entidad.

§11. Como razonamientos de apoyo se indicó que “... *Con fundamento en la normatividad y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011*”

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§12.1. **Inexistencia de la obligación cobro de lo no debido:** En razón a que “... *no es viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido con todos los requisitos.*”

1.3. SENTENCIA ²

² (Exp Esc 12)

§13. El 27 de septiembre 2021 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“ PRIMERO. - DECLARAR PROBADAS las excepciones de LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS”, propuesta por el Ministerio de Educación Nacional en los procesos 2020-00264, 2020-00265, 2020-00268, 2020,00270, 2020-00273, 2020-00282, 2020- 0299, 2020-00301, 2020-00302, 2020-00303, 2020-00306, 2020-00307, 2020-00308, 2020-00309, 2020-00311, 2020-00319, 2020-00324 y de oficio en los procesos con radicado 2020-00269, 2020-0271, 2020-0274.

SEGUNDO. - - NEGAR las pretensiones de las demandas incoadas dentro de todos los procesos de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO con radicado 2020- 00264 2020-00265,2020-00268,2020-00269,2020-00270, 2020-00271, 2020-00273, 2020-00274, 2020-00282 2020-0299, 2020-00301, 2020-00302,2020-00303, 2020- 00306, 2020-00307, 2020-00308,2020-00309,2020-00311,2020-00319,2020-00324, conforme a los motivos expuestos.

(...)

*SEXTO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación — Ministerio de Educación — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, las siguientes sumas de dinero correspondientes al 6% de las pretensiones negadas en cada uno de los procesos que a continuación se enlistan: 2020-00264 \$ 260.940 2020-00265 \$ 531.018 2020-00268 \$ 628.804 **2020-00270 \$ 555.890** 2020-00282 \$ 700.744 2020-00299 \$ 519.314 2020-00301 \$ 481.724 2020-00302 \$ 363.572 2020-00303 \$ 723.096 2020-00306 \$ 555.386 2020-00307 \$ 430.884 2020-00308 \$ 529.168 2020-00309 \$ 383.006 2020-00311 \$ 435.664 2020-00319 \$ 196.458 2020-00324 \$ 404.958.*

No se condena en costas en los procesos 2020-00269, 2020-0271, 2020-0274 porque no se presentó contestación de la demanda y no se genera entonces actividad que de lugar a dicha condena”

(...)

§12. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

¿Los demandantes se encuentran en alguno de los dos supuestos de hecho que establece la normatividad vigente para acceder a la inclusión del pago de pago de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional desde el momento de la adquisición del status de pensionados y hasta la inclusión en nómina, de acuerdo a lo consagrado en el literal b numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989?

§14. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§15. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

§16. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§17. De conformidad con el recuento normativo y jurisprudencial hecho en precedencia, estima este Juzgado que la parte actora no logró probar la infracción de las normas legales y constitucionales citadas en la demanda con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado, y por ello se abre paso declarar prosperas la excepción de LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§18. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§19. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§20. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§21. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§22. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§23. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§24. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

³ (Exp 14)

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§25. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§26. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§27. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁵

2.2. Problemas Jurídicos

§28. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

§29. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§30. Mediante la **Resolución 9267-6 del 28 de nov de 2017**, se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a favor de Alcira Arias Quiceno en cuantía de \$2.974.355 partir del **19 de junio de 2017**.⁶

2.4. Fundamento Jurídico

⁴ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁶ (Exp 01).

§31. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§32. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§33. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§34. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§35. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§36. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

*“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 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una **pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año**. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una **prima de medio año equivalente a una mesada pensional**. -Rft”*

§37. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§38. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”

§39. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexequibles los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1° de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

§40. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1° de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente

de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993... ”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cubre a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”

§41. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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".

(...) "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§42. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

"5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050." (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§43. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 "*... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo*":

"2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1°...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.”-sft-

§44. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§45. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§46. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁷

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

§47. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

§48. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión por la **Resolución 9267-6 del 28 de nov de 2017**, en cuantía de \$2.974.355 partir del **19 de junio de 2017**.⁸

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005. Además, la pensión es superior a tres salarios mínimos del año 2017 (\$2.213.151, smlmv \$737.717).

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§49. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§50. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena e costas de primera instancia.

§51. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§52. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§53. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral “Sexto” de la sentencia dictada el 27 de septiembre dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

⁸ (Exp 01).

interpuesto por **ALCIRA ARIAS QUICENO** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

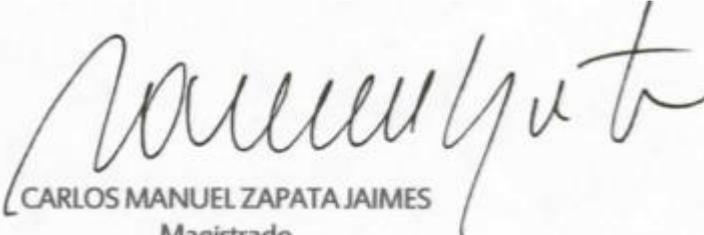
TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luis Eduardo Huérfano Castro
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-
FOMAG-
Radicación: 170013339006-2020-00176-02
Acto judicial: Sentencia 37

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **LUIS EDUARDO HUÉRFANO CASTRO**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. El acto pretende la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 28 de septiembre de 2019 frente a la no respuesta de la petición presentada el 28 de junio de 2019.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

§05. Expuso que la parte demandante le fue reconocida pensión mediante la Resolución 157 del 05 de abril de 2017 expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedor de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989.

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. **Contestación de la demanda del Ministerio de Educación**²

§10. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y admitió los hechos relacionados con los actos proferidos por la entidad.

§11. Como razonamientos de apoyo se indicó que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo 01 de 2005, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

§12. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§12.1. **Inexistencia de la Obligación cobro de lo no debido:** En razón a que “... *no es viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido con todos los requisitos.*”

§12.2. **Genérica**

1.3. **SENTENCIA**²

² (fs 80-85 vto. c. 1)

§13. En pasado 23 de julio de 2021 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO. - DECLARAR PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM.

SEGUNDO. - NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, instaurado por LUIS EDUARDO HUÉRFANO CASTRO en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.

TERCERO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante y a favor de Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.

§14. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2º en su condición de pensionada del magisterio?

¿Son correspondientes la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo Numeral 2º y la mesada adicional para pensionados o “mesada catorce” contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993?

¿En caso de prosperar las pretensiones cual es la entidad encargada de reconocer y pagar la prima de mitad de año al docente pensionado?

En caso de tener derecho al reconocimiento solicitado, ¿se configura la prescripción del reconocimiento solicitado por la demandante?

§15. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§16. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

§17. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional

pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§18. En consecuencia, como la parte accionante adquirió el estatus pensional antes del 31 de julio de 2011, su mesada pensional fue reconocida a partir del 29 de septiembre de 2010, en cuantía de \$1.976.554, suma superior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2010, no tiene derecho a las pretensiones.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§19. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§20. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§21. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§22. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§23. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§24. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§25. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§26. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

³ (fs. 105 a 111, c. 1)

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§27. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§28. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁵

2.2. Problemas Jurídicos

§29. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículos 15 de la Ley 91 de 1989?

§30. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§31. Mediante la **Resolución 157 del 05 de abril de 2017**, se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación de la alcaldía de Manizales a favor de Luz Marina Cardona Gómez en cuantía de \$1976554 a partir del **29 de septiembre de 2010**.⁶

§32. El 28 de junio de 2019 la demandante elevó la reclamación ante la Secretaría de Educación de la alcaldía de Manizales solicitando el reconocimiento de la prima de mitad de año⁷.

2.4. Fundamento Jurídico

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁶ (Exp 01).

⁷ (Exp 01)

§33. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§34. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§35. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§36. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§37. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§38. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

“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 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. - Rft”

§39. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§40. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”

§41. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

§42. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual

los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993... ”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”

§43. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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".

(...) "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§44. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§45. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1°...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.”-sft-

§46. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§47. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§48. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁸

§49. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

§50. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución 157 del 05 de abril de 2017, a partir del 29 de septiembre de 2010, en cuantía de \$1.976.554.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional debido a que la cuantía de la mesada es superior a los 3 smlmv, cuando el salario era de \$515.000.

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§51. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

§52. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena e costas de primera instancia.

§53. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§54. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§55. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia dictada el 23 de julio de dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **LUIS EDUARDO HUÉRFANO CASTRO** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

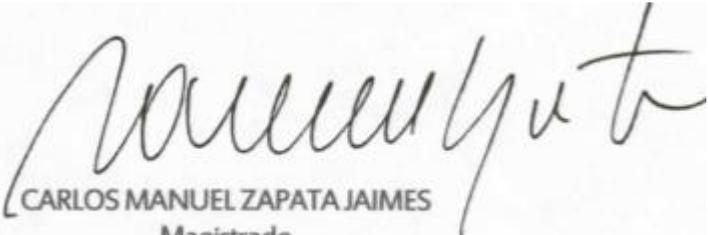
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: DANIEL HAISEN ALBARRACÍN GUZMÁN
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicación: 170013333001-2020-000260-02
Acto judicial: Sentencia 39

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **DANIEL HAISEN ALBARRACIN GUZMAN**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. El actor pretende la nulidad del acto ficto generado el 19 de octubre de 2019 por el silencio a la petición del 19 de julio de para el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley de 91 de 1989.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

§05. Expuso que al demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución 852 del 15 de julio de 2008 en cuantía de \$1.714.302 a partir del 24/01/2008 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación del FOMAG.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedor de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. Contestación de la entidad Demandada

§10. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y admitió los hechos relacionados con los actos proferidos por la entidad.

§11. Como razonamientos de apoyo se indicó que “... *Con fundamento en la normatividad y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no*

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011”

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§12.1. **Inexistencia de la Obligación cobro de lo no debido:** En razón a que “... *no es viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido con todos los requisitos.*”

1.3. SENTENCIA ²

§13. En pasado 29 de septiembre 2021 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“ PRIMERO. - DECLARAR PROBADAS la excepción de “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”, propuesta por el Ministerio de Educación Nacional en los procesos 2020-00174 2020-00181, 2020-00245, 2020-00246, 2020-00247, 2020-00251, 2020-00252, 2020-00255, 2020-00256, 2020-00257, 2020-00258, 2020-00259, 2020-00260, 2020-00261 y se declara la misma oficiosamente en los demás procesos.

SEGUNDO. - NEGAR las pretensiones de las demandas incoadas dentro de todos los veintiún (21) procesos de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO relacionados e identificados al inicio de esta sentencia y que para claridad se repiten en este apartado:

Se precisa que en todos los procesos la demandada es la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio — FNPSM-, y que en todos los procesos el radicado comienza con el código 17001-33-33-001 y termina en 00, y el medio de control es nulidad y restablecimiento del derecho. A continuación, se identifican:

(...)

Caso 19: Rad: 2020-00260 Demandante: DANIEL HAISEN ALBARRACÍN GUZMÁN.

TERCERO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación — Ministerio de Educación — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en aquellos procesos en los que contestó oportunamente la demanda, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.

FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, las siguientes sumas de dinero correspondientes al 6% de las pretensiones negadas en cada uno de los procesos que a continuación se enlistan: 2020-00174 \$327.774,00 2020-00181 \$500.570,00 2020-00245 \$499.394,00 2020-00246 \$502.912,00 2020-00247 \$509.806,00 2020-00251 \$280.098,00 2020-00252 \$492.998,00 2020-00255

² (Exp Esc 12)

\$339.024,00 2020-00256 \$631.888,00 2020-00257 \$442.020,00 2020-00258
\$486.002,00 2020-00259 \$444.990,00 2020-00260 \$460.246,00.”

§14. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“¿Los demandantes se encuentran en alguno de los dos supuestos de hecho que establece la normatividad vigente para acceder a la reliquidación de su pensión con la inclusión del pago de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional desde el momento de la adquisición del status de pensionados y hasta la inclusión en nómina, de acuerdo a lo consagrado en el literal b numeral 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989?”

§15. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibidem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§16. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005.

§17. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§18. En consecuencia, como la parte accionante adquirió obtuvo el status de pensionado el 23/01/2008 (fl. 22-24), sin embargo, el monto de la pensión reconocida fue superior a los 3SMMLV para el año de reconocimiento pensional ocurrido en el año 2008.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§19. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§20. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§21. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

³ (Exp 14)

§22. Describió que la prima de mitad de año fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§23. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§24. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§25. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§26. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§27. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§28. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁵

⁴ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

2.2. Problemas Jurídicos

§29. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

§30. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§31. Mediante la Resolución 852 del 15 de julio de 2008 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación del FOMAG., se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales a favor de DANIEL HAISSSEN ALBARRACIN GÚZMAN en cuantía de **\$1.714.302** partir del **24/01/2008**.⁶

2.4. Fundamento Jurídico

§32. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§33. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§34. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§35. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

⁶ (Exp 01).

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§36. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§37. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

*“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 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una **pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.** - Rft”*

§38. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§39. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que

se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”

§40. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexequibles los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1° de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: “... *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados*”.

§41. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.*”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1° de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras

los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”

§42. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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".

(...) "Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§43. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la

Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§44. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1º...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

“Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios

mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.”-sft-

§45. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§46. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§47. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁷

§48. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

§49. En el sub judice, al demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución 852 del 15 de julio de 2008 en cuantía de \$1.714.302 a partir del 24/01/2008 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación del FOMAG.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005. Además, la pensión fue de \$1.714.302, que es superior a tres salarios mínimos del año 2008, \$1.384.500 (smlmv \$461.500)

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§50. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§51. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena e costas de primera instancia.

§52. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§53. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§54. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia dictada el 29 de septiembre de dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **DANIEL HAISEN ALBARRACÍN GUZMÁN** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

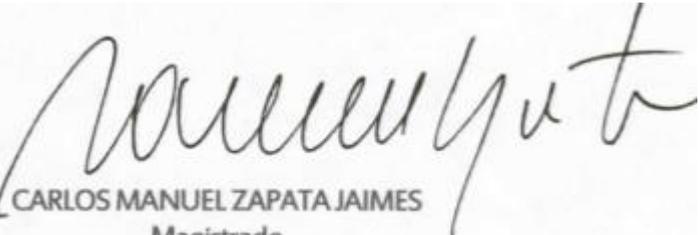
TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados**



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Patricia Valencia

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Sexta de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José James Bedoya Castro
Demandado: Municipio de Manizales
Llamada en garantía: La Previsora S.A.
Radicación: 17-001-33-33-004-2017-00048-02
Acto judicial: Sentencia 40

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante pretende la nulidad de los actos administrativos que, sin su consentimiento, modificaron sus derechos concretos en la liquidación del trabajo suplementario reconocido en una previa sentencia. La sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones. La Sala modifica la decisión del juzgado, incluyendo en el restablecimiento del derecho el cierre del cobro coactivo contra la parte demandante y revoca la condena en costas.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2019 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el medio de control de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **José James Bedoya Castaño**, en contra del **Municipio de Manizales – Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita se anule los actos donde se revocaron los derechos concretos sin autorización de la parte actora¹

¹Fls. 1 a 21, c1

§03. La parte demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones 638 del 4 de diciembre de 2015, 113 del 26 de febrero de 2016 y 0440 del 18 de marzo de 2016, por medio de las cuales se modificó la Resolución 509 de agosto 20 de 2014, en sede administrativa como de los recursos de reposición y apelación respectivamente.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se decrete la terminación de los procesos ejecutivos que en vía administrativa adelanta la alcaldía de Manizales; se cancelen las medidas cautelares; se proceda a la devolución de los dineros retenidos en forma indexada y se condene en costas a la demandada.

§05. Como hechos describió que en el año 2010 la parte accionante presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de Manizales ante la jurisdicción contenciosa administrativa mediante la cual reclamó el pago del trabajo suplementario ordenado en el Decreto 1042 de 1978.

§06. En dicho proceso resultó condenado el ente territorial, el cual dio cumplimiento a la sentencia a través de la Resolución 509 del 20 de agosto de 2014 que liquidó los créditos a favor de la parte accionante.

§07. Contra dicho acto administrativo se interpuso recurso de reposición el cual fue desatado mediante Resolución 512 del 21 de agosto de 2014, que ordenó el reajuste de las cesantías.

§08. Luego, la entidad modificó la anterior Resolución 509 del 20 de agosto de 2014, a través de la Resolución 638 del 4 de diciembre de 2015, sin consentimiento de la parte demandante. Esta interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron negados por las Resoluciones 113 del 26 de febrero de 2016 y 0440 del 18 de marzo de 2016, respectivamente.

§09. Una vez en firme los anteriores actos administrativos, la accionada inició el proceso de cobro coactivo y se ordenó además el embargo de salarios, prestaciones sociales y demás bienes de la parte accionante.

§10. La demanda indicó como normas violadas los artículos 6 y 29 de la Constitución Política de 1991 y 97 del CPACA.

§11. Como concepto de la violación precisó que se presenta una vulneración al debido proceso, pues la demandada debió contar con el consentimiento expreso del titular de un derecho, si pretende modificar un acto de carácter particular que ordenó el pago de una sentencia.

1.2. La alcaldía de Manizales alegó que solo realizó una corrección aritmética y no se adelantó un incidente de liquidación en abstracto²

§12. La entidad se opuso a las pretensiones, admitió los hechos correspondientes a las sentencias que ordenaron el pago del trabajo suplementario a favor de la parte

² Fls. 99 a 115, c1

accionante, así como los actos administrativos expedidos en su cumplimiento y sus modificaciones.

§13. Aclaró que no se trató de la modificación unilateral de actos administrativos, sino de la corrección de errores aritméticos, que no requieren el consentimiento del titular de los derechos.

§14. Propuso como medios exceptivos los siguientes:

§14.1. **Caducidad de la acción y prescripción del derecho.** Señaló que la parte accionante no adelantó el incidente de liquidación de perjuicios en abstracto de la sentencia que dispuso el pago del trabajo suplementario, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria.

§14.2. **Legalidad de la actuación administrativa:** Afirmó que realmente se hizo una corrección de errores formales de las liquidaciones que se hicieron en los actos que dieron cumplimiento a la sentencia.

§14.3. **Falta de la prueba para soportar las pretensiones de la actora.**

§14.4. **Sobre la aplicación de los principios generales del derecho en nuestra legislación, y más especialmente sobre los principios prohibitivos del abuso del derecho y del principio que nadie puede beneficiarse de su propia culpa:** Insistió que la parte accionante omitió solicitar el incidente de liquidación en abstracto de la sentencia que ordenó el pago del trabajo suplementario en su favor.

§14.5. **Genérica.**

§15. La alcaldía llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, con base en la póliza de responsabilidad civil servidores, por tener derecho legal y contractual de exigir a la compañía de seguros la indemnización del perjuicio que llegara a sufrir o el reembolso total del pago que una liquidación en abstracto tuviere que hacer como resultado de este proceso.

1.3. La llamada La Previsora S.A. señaló que la garantía no cubre una demanda que no se dirija contra un empleado ³

§16. La aseguradora se opuso a las pretensiones de la demanda y el llamamiento. Además, no le constan los hechos de la demanda.

§17. Propuso como medios exceptivos los siguientes:

§17.1. **Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad para servidores públicos para los hechos de la demanda - Falta de Cobertura por ausencia de siniestro:** ambas excepciones se basan en que la demanda está dirigida en contra del Municipio de Manizales, la póliza requiere que se

³ Fls.219 a 229, c1

vincule al empleado que se considere responsable, y de esta manera no se configura un siniestro indemnizable. (L. 610/2000, arts. 1072, 1127 C. Co)

§17.2. **Límite del valor asegurado:** en caso de condena, se debe tener en cuenta el valor asegurado como las reservas ya afectadas, hasta el agotamiento de la suma asegurada.

1.4. La sentencia que ordenó el inicio del trámite de revocatoria directa⁴

§18. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 21 de junio de 2019 dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: SE DECLARA la NULIDAD del acto administrativo contenido en la Resolución N° 638 del 4 de diciembre de 2015 por medio de la cual se modificó la Resolución N° 509 de agosto 20 de 2014, mediante la cual se ordenó liquidar una sentencia judicial a favor del señor JOSÉ JAMES BEDOYA CASTRO; así también se declara la nulidad de la resolución N° 113 del 26 de febrero de 2016 que resolvió el recurso de reposición y la resolución N° 0440 del 18 de marzo de 2016, que resolvió el recurso de apelación, confirmando la decisión inicial.

Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena al MUNICIPIO DE MANIZALES que inicie el trámite administrativo fijado en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 de revocatoria directa del acto siguiendo los parámetros señalados en el CAPÍTULO IX de la misma obra.

SEGUNDO: SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Se condena en costas de manera parcial a cargo del MUNICIPIO DE MANIZALES en favor de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará de la forma dispuesta en el Código de Procedimiento Civil.

El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguientes:

¿Están viciados de nulidad los actos administrativos demandados modificatorios de unos previamente expedidos por la misma Administración Municipal, mediante los cuales dieron cumplimiento a unos fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en razón a que fueron expedidos de manera unilateral sin el consentimiento de los accionantes?

§19. Tras hacer una ilustración acerca de la revocatoria directa de actos administrativos (art. 97 CPACA) y su diferencia con la corrección de errores aritméticos, concluyó que la alcaldía hizo una alteración sustancial de la liquidación administrativa del crédito reconocido en sentencia, por lo que debió agotar el debido proceso y solicitar la aquiescencia de la parte demandante.

§20. En consecuencia, el juzgado declaró la nulidad de las resoluciones demandadas. A título de restablecimiento del derecho, dispuso que la administración iniciara el trámite de la revocatoria directa, regulado en el artículo 97 del CPACA.

⁴ Fls. 99 a 115, c1

§21. La primera instancia no accedió a que se ordenara la pretendida terminación del proceso de cobro coactivo en contra de la parte accionante, debido a que: (i) el actor puede proponer la excepción de fuerza ejecutoria en dicho trámite; y, (ii) no existen pruebas acerca del estado del cobro coactivo.

§22. El juzgado no condenó a la llamada en garantía, porque la condena no conlleva el pago de sumas de dinero.

1.5. La apelación de la alcaldía de Manizales⁵

§23. La accionada solicitó se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones, con los siguientes argumentos:

§24. **Falta de prueba:** La apelante critica que la sentencia no explica con cuáles pruebas se acreditó que la administración realizó una revocatoria de un acto administrativo, y no una enmendación de un error. La actuación de la administración se basó en: (i) la aplicación de la prohibición que todo servidor público perciba remuneración superior a la legal; y, (ii) los principios de prohibición del abuso del derecho y nadie puede beneficiarse de su propia culpa. (arts. 164 a 167 CGP, 35 L.734/2002)

§25. **No podía imponerse costas a la alcaldía,** porque es un tema de moralidad administrativa y defensa del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

§26. El acto administrativo corregido se generó por **medios ilegales** y por el error de la administración, que sería un vicio del consentimiento.

§27. **Se debió condenar a la llamada en garantía,** porque el efecto de la sentencia sería la devolución de los dineros que se le han retenido a la parte accionante, junto con su indexación e intereses moratorios, que son fuente de responsabilidad fiscal. (art. 45 D.111/1996)

§28. **Operó la caducidad de la acción de lesividad:** La orden de rehacer la actuación administrativa implica que se solicite el consentimiento de la parte demandante en la modificación de la liquidación del trabajo suplementario. En caso que esta no de su anuencia, la acción de lesividad ya caducó.

1.6. El demandante solicitó que se declare el decaimiento de todas las actuaciones que dependen de los actos demandados⁶

§29. La parte accionante solicitó que se revoque el numeral segundo de la sentencia, pues como se declaró la nulidad de los actos demandados, el restablecimiento del derecho debe disponerse: (i) que se vuelva al estado de cosas antes de la expedición de los actos enjuiciados; (ii) ordenar el decaimiento de todos los actos y actuaciones que dependan de los actos anulados; y, (iii) decretar la terminación del cobro coactivo de los actos invalidados por pérdida de fuerza ejecutoria.

⁵ Fls.288 a 295, c1

⁶ Fls.296 a 297, c1

1.7. Actuación de segunda instancia⁷ y alegatos de conclusión⁸

§30. Mediante auto del 20 de enero de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

§31. Las partes demandante y demandada permanecieron silentes⁹.

§32. **La Previsora S. A**¹⁰: La aseguradora solicitó que en apelación se pronuncie si la póliza cubría el presente evento.

§33. **Ministerio Público**: Emitió concepto solicitando se confirme la sentencia objeto de revisión, porque: (i) la administración al modificar las liquidaciones del trabajo suplementario de la parte accionante, no hizo una corrección de errores, sino que modificó materialmente la decisión administrativa; y, (ii) la interpretación extensiva que motivó los actos demandados, violó el derecho al debido proceso de la parte demandante.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§34. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Cuestión previa integración de un acto

§35. Revisado el expediente administrativo, se encuentra que la alcaldía expidió la Resolución 660 del 9 de septiembre de 2016, no demandada, que aclaró la Resolución 638 del 4 de diciembre de 2015, acto demandado, y por esta aclaración se integra al presente proceso.

2.3. Problemas Jurídicos

§36. ¿La alcaldía de Manizales debía contar con el consentimiento de la parte demandante para expedir los actos demandados, que tenían como finalidad disminuir unas sumas autorizadas a favor de la parte demandante reconocidas en resolución anterior expedida por virtud de una sentencia judicial?

§37. En caso de que la respuesta anterior sea positiva se deberá analizar:

⁷ Fl.1, c2

⁸ Fl.1, c2

⁹ Fl.15, c2

¹⁰ Fl.4, c2

§38. ¿El restablecimiento del derecho ordenado por el juzgado debió incluir la orden de terminación del cobro coactivo adelantado contra la parte accionante?

§39. ¿Tiene derecho la alcaldía de Manizales a que La Previsora S.A. Compañía de Seguros reembolse el pago de los dineros que el ente territorial deba hacer como resultado de esta sentencia?

§40. ¿Procedía la condena en costas en primera instancia?

2.4. Solución el primer problema: la Administración realizó una modificación sustancial del acto de liquidación de horas extras, lo que implica una revocatoria directa, para la cual no solicitó el consentimiento de la parte demandante

§41. En este título se abordarán los siguientes temas: la demanda contra actos de ejecución de sentencias, el principio de autotutela administrativa, la revocatoria directa y sus diferencias con la corrección de errores de los actos, y lo demostrado en el proceso frente este aspecto.

§42. **Sobre la demanda contra actos de ejecución**, los artículos 137 y 138 del CPACA señalan que los actos administrativos pueden ser declarados nulos por los medios de control de nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho.

§43. Estos actos, administrativos, son la expresión de voluntad unilateral de la administración destinada a producir efectos en el mundo jurídico, y pueden ser de contenido general o particular.

§44. En cambio, el acto de cumplimiento o ejecución “... *se trata de una decisión no susceptible del control a cargo de este órgano jurisdiccional, en tanto no crea, modifica ni extingue una situación jurídica particular; tan solo se limita a dar cumplimiento a lo ordenado previamente por una autoridad judicial en un fallo debidamente ejecutoriado.*”¹¹

§45. Excepcionalmente, los actos de ejecución: “... *pueden ser susceptibles de control de legalidad en la jurisdicción, cuando exceden la orden impartida en la sentencia o la cumplen parcialmente, pues en esos casos sí es posible que se produzca una nueva situación jurídica concreta susceptible de control por parte de un Juez Contencioso.*”¹²

§46. En el presente caso se analizará si los actos demandados modificaron sustancialmente la situación jurídica previamente establecida por el acto que liquidó las horas extras a favor de la parte actora, reconocidas en sentencia previa.

11 Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera-CP: Guillermo Vargas Ayala-sentencia del 18 de febrero de 2016- Rad.: 11001-03-24-000-2013-00481-00.

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 20 de octubre de 2017. Rad.: 08001-23-33-006-2015-00252-01. M.P. María Elizabeth García González.

§47. **El principio de autotutela** de la administración significa que: “... *se le concede a la administración una serie de potestades y prerrogativas que le permiten defender directa y unilateralmente los intereses jurídicos que le asisten sin necesidad de acudir a instancias judiciales (...)* No obstante lo anterior, esa facultad de autotutela de la administración no es irrestricta ya que encuentra límites en el interés general y en las competencias que explícitamente le han sido asignadas a cada autoridad. Así, uno de los postulados esenciales del Estado Social de Derecho es que las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones públicas o administrativas no gozan de plena autonomía ya que toda conducta que deseen desplegar debe estar consagrada en una norma habilitante.” (C.E Sent. 15-mar-2018)¹³

§48. La autotutela puede ser “... *declarativa o ejecutiva. En el primero de los casos, los actores públicos, en ejercicio de las facultades que les otorga la ley, producen actos administrativos a través de los cuales definen una situación jurídica como puede ser la existencia de un derecho y su correlativa obligación. La autotutela ejecutiva o coactiva alude a las operaciones o acciones llevadas a cabo por la administración, tendientes a hacer efectiva una determinada situación jurídica.*”¹⁴

§49. La autotutela en materia declarativa implica la facultad de las autoridades para reconocer sus errores y modificarlos para evitar una situación ilegal, arbitraria, contraria a derecho o simplemente que no corresponda a la realidad.

§50. Y la autoridad debe ejercer la autotutela, sin necesidad de sentencia, bien sea a través de la resolución de los recursos en vía administrativa, la revocatoria directa, el cobro coactivo o las correcciones formales antedichas. (art. 41, 45 CPCA)

§51. Específicamente, **la REVOCATORIA DIRECTA** permite a la administración revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto, solo en estos eventos: (i) por excepción establecida en la ley; (ii) con el consentimiento del titular, con las garantías de los derechos de audiencia y defensa; y, (iii) si el titular no accede, y el acto es contrario a la normatividad, la administración deberá demandar el acto.¹⁵ (art. 97 CPACA)

§52. La autoridad que haya expedido el acto o su superior, de oficio o a petición de parte, deberá revocar los actos cuando: (i) sean manifiestamente opuestos a la normatividad; (ii) si no están conformes o atentan contra los intereses público o social; y, (iii) causen agravio injustificado a una persona. (art. 93 CPACA)

§53. De otra parte, la administración puede acudir a **las correcciones de errores SIMPLEMENTE formales o aritméticos:**

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 15 de marzo de 2018. Radicado: 25000-23-25-000-2011-01239-01(3870-14).

¹⁴ Ver nota 13

¹⁵ ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. (Subrayado de la Sala).

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

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

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

ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirarla.

ARTÍCULO 45. CORRECCIÓN DE ERRORES FORMALES. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda. (Subrayado de la Sala).

§54. **En cuanto a la diferencia entre la revocatoria y la corrección de errores,** “... los yerros de carácter aritmético, en efecto **son simplemente formales**, debido a que implican la equivocación en el desarrollo de una operación matemática, al punto de arrojar un resultado diferente al que la fórmula o ejercicio correctamente aplicado daría. Es decir, este tipo de error simplemente se aviene a un traspie en el cálculo de un guarismo buscado por ejemplo a través de una suma, una resta, una multiplicación, una división, etcétera. (...) bajo esta figura la entidad puede cambiar el valor de un resultado, pero **no está habilitada para variar la condición de la situación jurídica adoptada por su propia voluntad** en un acto y menos cuando aquel está en firme y debidamente ejecutado.”¹⁶

§55. **En el caso concreto**, se demostró que dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el **señor José James Bedoya Castro** contra el Municipio de Manizales, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales dictó sentencia el 30 de noviembre de 2012, donde: (i) declaró la nulidad de los actos que negaron el pago del trabajo suplementario; y, (ii) en restablecimiento, dispuso que la alcaldía reconociera y pagara el trabajo suplementario así como el ajuste de las prestaciones laborales respectivas.¹⁷

§56. La alcaldía dio cumplimiento a la sentencia a través de la Resolución 509 del 20 de agosto de 2014, y ordenó el pago de \$90.089.528 como la indexación de \$9.358.230, a favor de la parte demandante¹⁸

§57. La Resolución 512 del 21 de agosto de 2014, en vía de recurso de reposición, modificó el reajuste de cesantías en \$7.874.524¹⁹. Estos actos quedaron ejecutoriados en agosto de **2014**.

§58. Posteriormente, la alcaldía expidió la Resolución 638 del 04 de **diciembre de 2015**, donde señaló que en la anterior liquidación se incurrió en inconsistencias: (i) los dominicales y festivos debieron liquidarse al doble de un día; (ii) la parte demandante

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)- Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00100-02(4103-18) y 17001-23-33-000-2017-00100-01(3251-17)

¹⁷ Fls.22 a 25, c1

¹⁸ Fls.22 a 25, c1

¹⁹ Fls.26 a 28, c1

no tenía derecho a los compensatorios; (iii) se hizo un pago superior de dominicales por no haberse descontado las horas laboradas al mes; (iii) las horas al mes se liquidaron sobre la suma de 190 horas y no 176; (iv) los pagos parciales por dominicales no fueron indexados; (vi) que efectuadas las tablas de cálculo, da un saldo a favor de la administración.

§59. Este acto, en su parte resolutive dispuso: (i) modificar la Resolución 509 del 20 de agosto de 2014; (ii) ordenar a la parte accionante el pago de \$22.621.988.²⁰

§60. La parte demandante interpuso los recursos de reposición y apelación, donde increpa a la alcaldía: (i) hay equivocaciones en las liquidaciones de recargos nocturnos, horas extras diurnas y nocturnas, turnos dominicales y festivos, la jornada de 44 horas semanales como de la indexación; (ii) solamente se reliquidaron las cesantías y no las prestaciones sociales; y, (iii) la administración debe solicitar el consentimiento de la parte accionante.

§61. Por medio de las resoluciones 113²¹ del 26 de febrero de 2016 y 0440 del 18 de marzo de 2016, la alcaldía confirmó el anterior acto recurrido, en sedes de reposición y apelación. La última resolución se notificó en marzo de 2016.

§62. Vistos los fundamentos de los actos demandados como de los recursos de la vía administrativa, se concluye que la alcaldía no corrigió errores puramente formales o aritméticos, sino que se cambió la situación jurídica del actor, porque los mismos actos señalaron que en la primera liquidación se incurrió en una serie de errores e imprecisiones conceptuales y de fondo.

§63. De esta manera, la alcaldía modificó de fondo y sustancialmente los derechos particulares y concretos de la parte accionante, previamente reconocidos por actos administrativos ejecutoriados.

§64. Así, los actos demandados son pasibles de control de legalidad judicial, porque “... *produjeron una nueva situación jurídica concreta susceptible de control por parte de un juez contencioso.*”²²

§65. O sea, los actos enjuiciados no son meramente de corrección o de ejecución ni de cumplimiento, sino que por las modificaciones realizadas puede revisarse su legalidad judicialmente.

§66. Como la demandada revocó parcial y tácitamente el acto a favor de la parte demandante sin agotar el procedimiento previo de consentimiento, vulneró el artículo 97 del CPACA, que ordena: “... *cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*”

²⁰ Fls.29 a 32, c1

²¹ Fls.33 a 35, c1

²² Ver nota al pie 12

§67. Esto no quiere decir que la administración cuando comete un error, y observa alguna circunstancia que afecta la realidad del acto, no lo pueda enderezar, pero ya la ley no le permite utilizar la herramienta de la revocatoria directa, sino que le autoriza para demandar sus propios actos, facilitándole para ello la no obligación de acudir a la audiencia de conciliación; otra cosa es que en este caso la entidad haya dejado vencer los términos establecidos en la ley para acudir antes esta jurisdicción, como ellos mismos lo afirman en el recurso de apelación.

§68. Así, debe ser confirmada la nulidad declarada por el juzgado de primera instancia.

2.5. Solución al segundo problema: el restablecimiento del derecho puede incluir la orden de terminación del cobro coactivo

§69. La parte actora solicitó como restablecimiento del derecho se decrete la terminación del proceso ejecutivo que se adelanta en contra del demandante; y de manera coetánea se cancelen las medidas cautelares y se proceda a la devolución de los dineros retenidos, de manera indexada.

§70. Se allegó al expediente el acto RTT.MV.41-16 del 5 de octubre de 2016, que libró mandamiento de pago a favor del Tesoro Municipal y a cargo de la parte accionante por la suma de \$22.621.099. Además, se ordenó la medida cautelar de embargo y secuestro del vehículo con placas MHR-754, y retención de la quinta parte de lo que excediera el salario mínimo vigente, como de los demás emolumentos embargables que percibiera o llegare a percibir el accionante.²³

§71. Al respecto debe advertirse que en este caso no se están demandado los actos administrativos proferidos dentro de un proceso coactivo, sino aquellos que modificaron una resolución que daba cumplimiento a una sentencia judicial.

§72. Y como precisamente esos actos administrativos demandados son nulos, y son estos los que fundamentaron o soportaron el proceso de cobro coactivo adelantado por la alcaldía de Manizales en contra de la parte actora, se puede inferir que este trámite coercitivo se queda sin soporte jurídico, pues el acto que le sirve de soporte no puede seguir teniendo la calidad de título ejecutivo.

§73. Ello tiene fundamento si se tiene en cuenta que la nulidad de un acto administrativo produce efectos a partir de su creación. Por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraba antes de la expedición de dicho acto, para el caso en concreto, que no hay título para el cobro coactivo.

§74. En consecuencia, la Sala modificará la sentencia, declarando que la parte demandante no adeudaba suma de dinero alguna, ordenará la finalización del proceso coactivo, la cancelación de las medidas cautelares, y la devolución de los dineros retenidos de manera indexada.

²³ Fls.39, c1

2.6. Solución del tercer problema: la alcaldía no tiene derecho al reembolso de la condena por parte de la aseguradora

§75. El llamamiento en garantía se interpone para que un tercero, en virtud de un derecho legal o contractual, repare integralmente el perjuicio que la parte llegare a sufrir, o reembolse total o parcial el pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia. (art. 225 CPACA)

§76. En el presente caso, el Municipio de Manizales llamó en garantía a la Previsora S.A compañía de seguros con base en la póliza de 1003531 – responsabilidad civil de servidores públicos.

§77. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones del llamamiento en garantía porque la condena no conlleva el pago de sumas de dinero.

§78. La alcaldía apeló para que se acceda a la condena de la llamada, debido a que la sentencia sí implica que se tenga que devolver los dineros retenidos a la parte accionante.

§79. Al respecto, el llamamiento en garantía se basó en la póliza de responsabilidad de servidores públicos - responsabilidad civil 100353²⁴, con las siguientes características: (i) amparaba de los funcionarios específicamente asegurados; (ii) cuando sean declarados civil o administrativamente responsables de detrimento patrimonial; (iii) cuando estos cometan las actuaciones incorrectas en el ejercicio de sus funciones; (iv) incluye la responsabilidad fiscal o la generada por las acciones de repetición y llamamiento en garantía con fines de repetición por culpa grave (L. 640/2000, L. 678/2001)

§80. En el contrato se pactó la cláusula de descubrimiento – *claims made*- en donde el siniestro es la *“Reclamación presentada por un tercero o por la entidad tomadora dentro de la vigencia de la póliza o del periodo de extensión de la misma, si hubiere lugar al mismo, derivada de un acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por algún funcionario asegurado en el ejercicio de las funciones propias del cargo, de la cual pudiera derivarse una responsabilidad amparada en la póliza.”-sft-*

§81. A pesar de que el contrato preveía la cláusula de ocurrencia en la posibilidad de extensión del período, esta modificación no aparece en la póliza. Esta extensión cubre las reclamaciones por actos incorrectos que se cometan durante la vigencia del seguro, siempre que se efectúen dentro del término de dos años contados a partir de la finalización de la vigencia.

§82. En primer lugar, se encuentra que la demanda no fue dirigida contra empleado alguno, por lo que el Consejo de Estado considera que esto es motivo suficiente para negar las pretensiones del llamamiento: *“La Previsora S.A. no debe responder como llamada en garantía del Municipio de Manizales con base en la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos, en la medida en que dicha autoridad no cumplió con las exigencias de cobertura destinadas a buscar la declaratoria de*

²⁴ Fls 230 a 254 c.1

responsabilidad del funcionario respectivo frente al cual se alega la ocurrencia de un acto incorrecto que genera un detrimento patrimonial...”²⁵

§83. Esto es pretexto suficiente para negar las pretensiones del llamamiento en garantía y confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

§84. En cuanto a la vigencia de un contrato de seguro con cláusula *claims made*, existen dos posturas y no hay sentencia de unificación al respecto:

§84.1. Aquella que señala que la reclamación solo se puede hacer durante la vigencia de la póliza conforme al tenor literal de las cláusulas del contrato, que es adoptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁶ y el Consejo de Estado, y por la mayoría los antecedentes de tribunales administrativos.

§84.2. Otra que toma en cuenta el período de prescripción, sostenida por algunos doctrinantes y aplicada directamente cuando se trata de la responsabilidad fiscal como en la responsabilidad civil extracontractual en la contratación administrativa. En efecto: (i) los autores Hilda Esperanza Zornosa Prieto, Bernardo Morales²⁷ para quienes “...*como queda al arbitrio del asegurador, –cuando opera el seguro bajo el sistema de reclamación– el otorgamiento de cobertura para hechos ocurridos, durante la vigencia, si los ampara y concede menos de dos años, para su reclamo, el asegurador se encuentra por fuera de la ley, pero si no los ampara aunque no conceda plazo alguno para el reclamo por los hechos ocurridos estará dentro de la ley*”; le asiste razón al profesor Botero Morales cuando advierte lo obvio: “*que nada es menos que dos años*”; (ii) el Consejo de Estado²⁸ y el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 establecen que en el control fiscal estas pólizas de responsabilidad prescriben en el plazo de la acción fiscal sin consideración de la cláusula *claims made*; (iii) el artículo 137 del Decreto 1510 de 2013 ordena que las pólizas de responsabilidad civil extracontractual en materia contractual deben expedirse en la modalidad de ocurrencia²⁹; (iv) aunque la entidad pública no alegue o renuncie a la prescripción, el juez contencioso administrativo debe aplicarla de oficio. (art. 180.6 CPACA)

²⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)- Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00100-02(4103-18) y 17001-23-33-000-2017-00100-01(3251-17)

²⁶ AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO- Magistrado Ponente- SC10300-2017- Radicación n° 76001-31-03-001-2001-00192-01 Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecisiete (2017).

²⁷ El Seguro de Responsabilidad Civil - Su evolución Normativa y Jurisprudencial en Colombia. En RIS, Bogotá (Colombia), 35(20): 85-143, julio-diciembre de 2011.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA- Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010)- Radicación número: 68001-23-15-000-2004-00654-01

²⁹ “ARTÍCULO 137. REQUISITOS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.2.3.2.9 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1082 de 2015> El amparo de responsabilidad civil extracontractual debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Modalidad de ocurrencia. La compañía de seguros debe expedir el amparo en la modalidad de ocurrencia. En consecuencia, el contrato de seguro no puede establecer términos para presentar la reclamación, inferiores a los términos de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente.”

2.7. Se revocarán las costas de primera instancia porque el juzgado no cumplió con la carga de argumentación valorativa

§85. La sentencia de primera instancia condenó parcialmente en costas a la entidad, solo con el fundamento que “... *en el presente asunto las costas se han causado parcialmente respecto a agencias en derecho, habrá de condenarse a su pago...*”, y acudiendo al criterio objetivo que abordaban algunas secciones del Consejo de Estado.

§86. La Sección Segunda del Consejo de Estado³⁰ sobre el particular señaló que en la medida que el artículo 188 del CPACA “... *impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; presentándose así una apreciación objetiva valorativa.*”³¹

§87. En el caso, la Sala observa que el juzgado no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición al demandado, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

§88. En cuanto a las costas de segunda instancia, dado que la apelación ha sido parcialmente favorable a ambas partes, no se condenará en costas, debido a que ambas partes desplegaron argumentos que fueron parcialmente admitidos en esta instancia, conforme al artículo 365 del CGP.

§89. En resumen, se integrarán los actos demandados con aquél que hizo una aclaración, se adicionará el restablecimiento del derecho referente a la terminación del cobro coactivo contra la parte demandante, y se revocará la condena en costas de la primera instancia.

§90. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: Modificar los numerales primero a tercero de la sentencia dictada el 21 de junio de 2019, proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

³⁰ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA-SUBSECCION B-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ-Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17)

interpuesto por **José James Bedoya Castaño**, en contra del **Municipio de Manizales – Caldas**, de la siguiente manera:

“PRIMERO: SE DECLARA la NULIDAD del acto administrativo contenido en la Resolución N° 638 del 4 de diciembre de 2015 por medio de la cual se modificó la Resolución N° 509 de agosto 20 de 2014, mediante la cual se ordenó liquidar una sentencia judicial a favor del señor JOSÈ JAMES BEDOYA CASTRO; así también se declara la nulidad de la resolución N° 113 del 26 de febrero de 2016 que resolvió el recurso de reposición y la resolución N° 0440 del 18 de marzo de 2016, que resolvió el recurso de apelación, confirmando la decisión inicial, y Resolución 660 del 9 de septiembre de 2016 que aclaró la Resolución 638 del 4 de diciembre de 2015.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se decreta la terminación del proceso coactivo que se adelanta en contra del demandante; y de manera coetánea se cancelen las medidas cautelares y se proceda a la devolución de los dineros retenidos de manera indexada.

TERCERO: Sin condena en costas

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

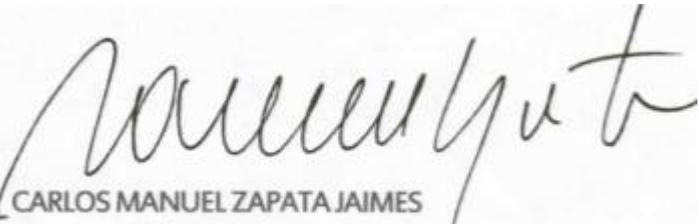
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Acción: Popular
Demandantes: Luis Apolinar Arias Rivera – Celedonio López López, Gloria Inés Ramírez de Ramírez y María Lilian Cañón
Demandados: Corporación Autónoma Regional de Caldas - CORPOCALDAS – Alcaldía de Manizales
Vinculados: Gersain Galindo Toro – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como sucesor del Instituto de Crédito Territorial.
Radicado: 17 001 23 33 000 2017- 00741-00
Acto judicial: Sentencia 41

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

§01. **Síntesis:** La comunidad de los barrios González y Colombia pretenden que se ordene el cese de la intervención de un talud por un ciudadano y se realicen las obras de prevención del riesgo. La sala accede a las pretensiones, y ordena a la alcaldía de Manizales que adopte las medidas administrativas para evitar que un ciudadano intervenga el talud.

§02. Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de primer grado en el medio de control de **ACCIÓN POPULAR**, promovido por los señores Luis Apolinar Arias Rivera, Celedonio López López, Gloria Inés Ramírez de Ramírez y María Lilian Cañón contra **CORPOCALDAS** y la **Alcaldía de Manizales**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. La parte accionante pretende la protección de los siguientes derechos colectivos de la comunidad ubicada en la carrera 32 B entre las calles 48 y 49 de Manizales: el goce a un ambiente sano, la moralidad administrativa, el goce del espacio público, la utilización y la defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público, y la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. (art. 4 lits. a), b), d), e), i) L.472/1998)

§04. Como medidas de protección solicitaron:

¹ 2-5, c1.

(...) primero: Intervenir el sector dando una solución definitiva al problema planteado, tomando todas las medidas admirativas (sic) financieras y presupuestales a que haya lugar, y si se llegare a encontrar la violación a la ley, desatar las consecuencias jurídicas necesarias.

Segundo: Realizar un estudio técnico suficiente para determinar el riesgo que implica la labranza del talud mencionado en el acápite de hechos.

Tercero: Después de determinar el riesgo que implica la intervención de la ladera a cargo del señor Gersain Giraldo Toro realizar las obras necesarias para que el riesgo cese.

Cuarto: Ordenar al particular Gersain Giraldo Toro, parar de manera inmediata todos los actos peligrosos que vayan encaminados a intervenir la ladera, los cuales ponen en riesgo las vidas de los habitantes del barrio Colombia y el Gonzales.-sic

Quinto: Que todo lo ordenado sea realizado en el menor tiempo posible, pues es evidente el riesgo que corremos los habitantes de los barrios involucrados.”

§05. Los demandantes describieron que cerca de sus viviendas ubicadas en la carrera 32 B entre calles 48 y 49, hay un talud de tierra, que pertenece a alguna organización estatal.

§06. Este talud ha sido intervenido desde el año 2000 por el señor Gersain Giraldo Toro, para diversas actividades como: la construcción de una vivienda sin el permiso correspondiente, el parqueo de automotores, y el cultivo.

§07. Estas actividades han desestabilizado la ladera y se presentó en abril de 2017 un deslizamiento.

§08. Los demandantes pusieron en conocimiento los hechos a las autoridades, sin que estas hayan realizado actividades efectivas.

1.2. Tránsito procesal

§09. El 25 de octubre de 2017² se admitió la demanda, se ordenó vincular al señor Gersain Giraldo Toro y se dispusieron de las medidas cautelares para prevenir riesgos a la Alcaldía de Manizales.

1.3. Contestaciones

1.3.1. CORPOCALDAS³

§10. La Corporación Autónoma Regional – CAR- se opuso a las pretensiones, por ser de competencia de la alcaldía de Manizales, porque tratan de la recuperación y tratamiento de espacio público, imposición de sanciones urbanísticas y de policía a los invasores del espacio público. Se abstuvo de pronunciarse sobre los hechos, con fundamento en el artículo 217 del CPACA.

§11. Propuso las siguientes excepciones:

² Fl. 22, c1.

³ fs. 53 a 62 c.1.

§11.1. **CORPOCALDAS ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales:** La corporación informó a la alcaldía las acciones preventivas a realizarse, en los informes técnicos 2017-IE-0021873 del 30 de agosto de 2017 y 2017-IE-00025075 del 28 de septiembre de 2017.

§11.2. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Insistió que la recuperación del espacio público y el tratamiento de una ladera es competencia de las alcaldías.

§11.3. **Competencia de la administración municipal para la atención y prevención de desastres, como del control urbano:** Según lo previsto en la Ley 1523 de 2012, el Decreto Ley 1333 de 1986, la Ley 1801 de 2016, los artículos 311 de la Constitución Política y 3, 8 y 104 de la Ley 388 de 1997. Sin perjuicio que la CAR realice acciones de apoyo a las entidades territoriales.

§11.4. **Inexistencia de una omisión o acción transgresora de los derechos colectivos deprecados por parte de Corpocaldas en atención a su órbita de competencia.**

1.3.2. Alcaldía de Manizales⁴

§12. Se opuso a las pretensiones de la demanda, porque no ha vulnerado los derechos colectivos demandados. Y se abstuvo de pronunciarse sobre los hechos conforme a lo previsto en el artículo 195 del CGP.

§13. Expuso que la zona objeto de debate identificada con ficha catastral 010200000373001350000001 es de propiedad privada.

§14. Y respecto a la situación de inestabilidad que se presenta en el talud, no es posible adelantar los estudios técnicos y obras necesarias para mitigar el riesgo existente, en razón, que le asiste responsabilidad al señor Gersain Giraldo Toro de realizar las obras necesarias para mitigar el riesgo.

§15. Propuso las siguientes excepciones:

§15.1. **Improcedencia de la acción:** Expuso que el señor Gersain Giraldo Toro debe realizar los estudios técnicos y las obras necesarias para mitigar el riesgo existente en el talud, porque es un predio privado.

§15.2. **Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción.** Precisó que no se acredita la relación de causalidad que pudiere existir entre la presunta afectación del interés colectivo y la acción u omisión de la alcaldía.

§15.3. **Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos.**

§15.4. **Genérica.**

⁴ Fs. 74-79, c1.

1.4. Instituto de Crédito Territorial – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio⁵

§16. Contestó la demanda de manera extemporánea.⁶

1.5. Señor Gersain Giraldo Toro

§17. No contestó la demanda.⁷

1.6. Tránsito procesal. Audiencia de Pacto de Cumplimiento

§18. En la audiencia de pacto de cumplimiento no se llegó a acuerdo y se declaró fallida⁸. Se ordenó a CORPOCALDAS realizar visitas técnicas al sector, y a la Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio de Manizales hacer el monitoreo del talud en coordinación con los habitantes del sector.

§19. El 19 de julio de 2018⁹ se decretaron las pruebas, entre ellas una inspección que se llevó a cabo el 17 de agosto de 2018¹⁰.

1.7. Alegatos de conclusión e intervención del Ministerio Público

§20. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y CORPOCALDAS presentaron alegatos de conclusión.

§21. **Ministerio de vivienda, ciudad y territorio**¹¹: Solamente se pronunció sobre las pruebas aportadas al proceso para señalar que no ha violado los derechos colectivos.

§22. **Corpocaldas**¹²: Insistió que no ha vulnerado los derechos colectivos alegados por la parte actora, conforme a sus competencias legales y a las pruebas arribadas al proceso, pues el riesgo se genera por la intervención del predio que pertenece al Instituto de Crédito Territorial, y realiza el señor Giraldo Toro.

2. Consideraciones

§23. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998¹³ y 152.16 del CPACA.

⁵ Fs. 125-127, vto.

⁶ folio 146

⁷ F. 89 c.1.

⁸ fs. 113 a 114 vto. c. 1

⁹ fs. 194-195, c1.

¹⁰ Acta 32 del 17 de agosto del 2018. Fs. 210-212, c1.

¹¹ fls. 218-221, c.1

¹² fs. 228-229, c1

¹³ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#16

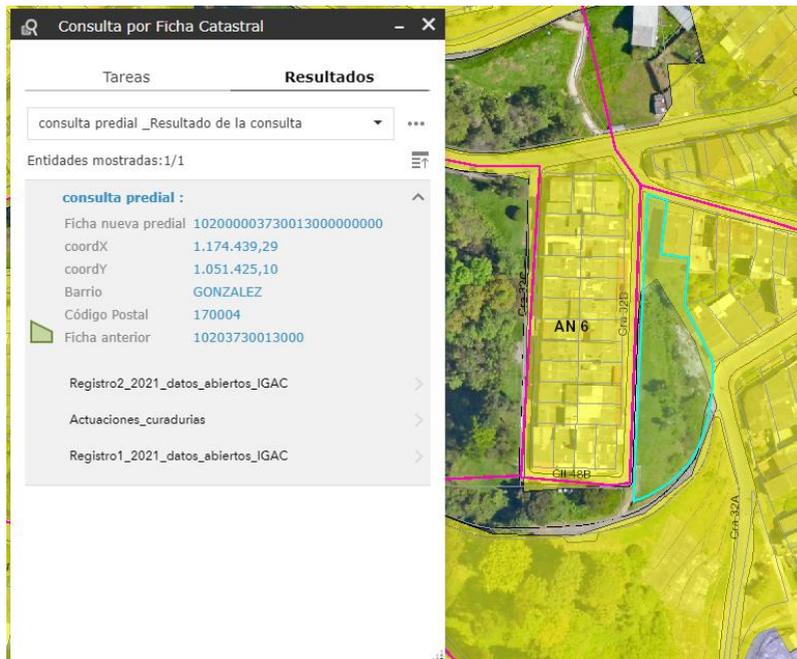
2.1. Problemas jurídicos

§24. ¿Determinar si se encuentran en riesgo o peligro los derechos colectivos invocados en la demanda?

§25. En caso afirmativo, ¿Cuáles son las acciones que deben adelantar las organizaciones demandadas para cesar la afectación?

2.2. Lo demostrado en el proceso

§26. El predio de interés del proceso e intervenido por el señor Gersain Giraldo Toro, está a nombre del Instituto de Crédito Territorial, ficha catastral 17001010200003730013500000001, 1700101020000003730013000000000,¹⁴ y en el Sistema de Información geográfica del POT Urbano de Manizales 2017-2031¹⁵, el predio aparece en el barrio González:



§27. Conforme lo informado por la Unidad de Gestión del Riesgo el 14 de junio de 2017¹⁶, el inmueble ubicado en la calle 48 A 28-54 está en la “... *ladera urbana bajo prado que presenta temática de **amenaza alta por deslizamiento y tratamiento suelos de protección PRESERVACIÓN ESTRICTA***”-sft-.

§28. Lo que se corrobora en el Componente urbano del Acuerdo 958 de 2017, Plan de Ordenamiento Territorial – POT- de Manizales, artículo 2.2 SUELO DE PROTECCIÓN URBANA: “La identificación del suelo de protección urbano se encuentra definida y delimitada en los Planos (...) U-3 SUSCEPTIBILIDAD POR DESLIZAMIENTO URBANA, U-4 AMENAZA POR DESLIZAMIENTO URBANA, (...) U-5 RIESGO POR DESLIZAMIENTO URBANO...”¹⁷

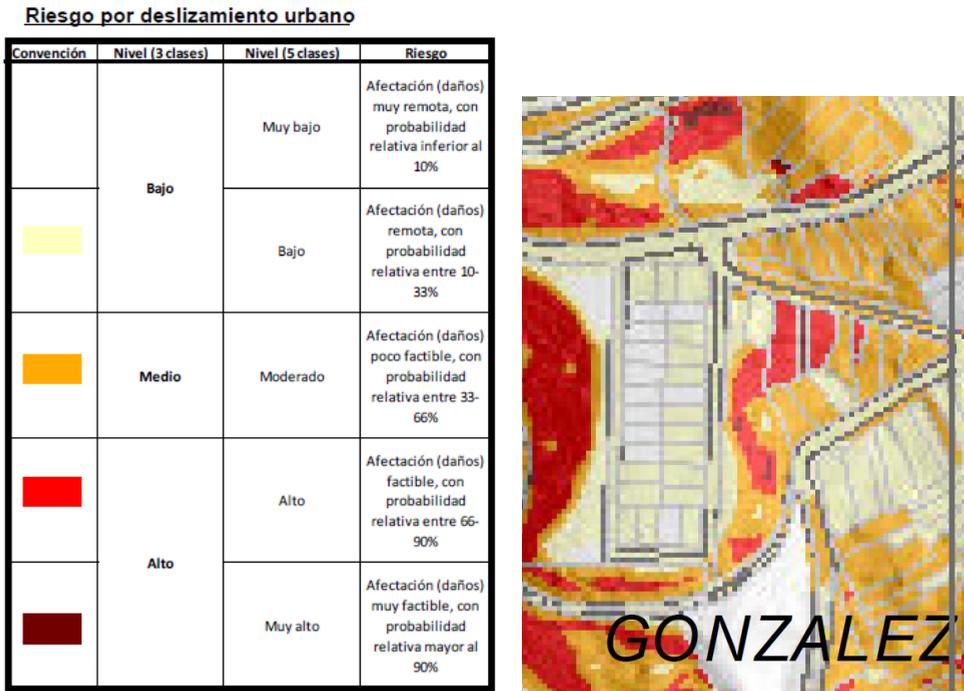
¹⁴ fs. 93, 95-97, c1

¹⁵ https://sigmzl.manizales.gov.co/app/Consulta%20Normativa%20POT%20Urbano-WEB_2021/

¹⁶ fs. 16-17 vto, c1 Oficio UGR 1529 GED 16306-17

¹⁷ <https://drive.google.com/drive/folders/1yfQSLza76zHuz0FEmOcS-HzdEsg8kBsF>

§29. En los correspondientes planos de amenaza, susceptibilidad y riesgo por deslizamiento, aparece que el predio tiene zonas de alto y medio riesgo:



§30. El 24 de abril de 2017 la Inspección Quinta Urbana de Policía de Manizales expidió la Resolución 16 de 2017, por la cual: (i) declaró al señor Gersain Giraldo responsable de comportamientos contrarios a la limpieza y recolección de residuos y escombros como malas prácticas habitacionales; (ii) le impuso orden de policía de abstenerse de sacar tierra de su predio sin la asesoría o licencia, como de abstenerse de arrojar elementos al alcantarillado; (iii) se le previno que el incumplimiento daría lugar a investigaciones penales.¹⁸ Esta decisión se notificó el 4 de septiembre de 2017, ante la cual no se presentaron recursos.¹⁹

§31. El 14 de junio de 2017 la Unidad de Gestión del Riesgo informó a la Inspección Quinta Urbana de Policía de Manizales: (i) el inmueble ubicado en la calle 48 A 28-54 está en la “... *ladera urbana bajo prado que presenta temática de amenaza alta por deslizamiento y tratamiento suelos de protección PRESERVACIÓN ESTRICTA”-sft-; (ii) el predio es de propiedad del Instituto de Crédito Territorial y su poseedor es el señor Gersain Giraldo; (iii) el poseedor ha realizado la intervención del talud con la construcción de la vivienda, como cultivos y cortes, que afectan el talud; (iv) la infiltración del agua produce condiciones desfavorables de inestabilidad.²⁰ .*

§32. El 14 de agosto de 2017 se emitió el informe de la visita realizada por la Unidad de Gestión del Riesgo de la alcaldía de Manizales al predio en la carrera 32 B calles 48 y 49 del barrio González, donde concluyó: (i) no se presenta un inminente riesgo para los habitantes de la parte alta del talud; (ii) en la parte baja del talud puede aumentarse el riesgo por la intervenciones inadecuadas sin licencia de construcción; (iii) el talud está en una zona de amenaza alta por deslizamiento; (iii) se debe hacer monitoreo constante del talud.²¹

¹⁸ Fs. 49-51 c.1.

¹⁹ F. 38 c.1

²⁰ fs. 16-17 vto, c1 Oficio UGR 1529 GED 16306-17

²¹ (fs. 67 vto, c1) Oficio UGR 2386-17 GED 28264-17

§33. El 7 de septiembre de 2017 los demandantes solicitaron a CORPOCALDAS y a la alcaldía de Manizales que tomaran las medidas para prevenir el riesgo en la ladera ubicada en la carrera 32 B entre calles 48 y 49, por la intervención que hace el señor Gersain Giraldo Toro.²²

§34. El 8 de septiembre de 2017 COPOCALDAS emitió el concepto de la visita al predio de interés al proceso, donde recomendó: (i) hacer monitoreo al talud para ver señales de inestabilidad; (ii) prevenir procesos de remoción de masas, pastoreo y cultivos limpios en terrenos susceptibles a deslizamientos, y con condición de amenaza y riesgo alto; (iv) recuperar los suelos de protección ambiental; (v) la administración municipal debe ejercer el control urbanístico por el uso inadecuado de los suelos.²³

§35. El 20 de septiembre de 2017 la Unidad de Gestión de Riesgo informó a la comunidad que la denuncia por las construcciones hechas sin licencia por el señor Gersain Giraldo Toro fueron trasladadas a la Secretaría de Gobierno para su investigación²⁴.

§36. El 25 de abril de 2018 CORPOCALDAS señaló que, respecto al predio de interés del proceso, recomendó a la alcaldía que hiciera la intervención con obras de estabilidad de taludes y manejo de aguas, con pantallas ancladas, zanjas colectoras, conformación de taludes, empradizados. Indicó que dichas recomendaciones fueron acatadas.²⁵

§37. En la inspección²⁶ practicada en el sector de la vivienda de la carrera 32 B entre calles 48 y 49 en el barrio Colombia, con el fin de verificar las manifestaciones de los accionantes, respecto a la intervención de la ladera por parte del señor Gersain Giraldo Toro, se estableció:

“ (...) se observa que la estructura corresponde a una edificación de 2 pisos, donde se observa mezcla de materiales y sistemas constructivos en los muros laterales, se observa mampostería confinada, y la fachada y muros internos se observa que no cumple con normas sismo resistencia 2010; hay deficiente manejo de aguas a nivel de cubierta apreciándolos en la parte frontal, no hay canales y bajantes para manejo de aguas lluvias y en la parte posterior, lugar donde se presentó la inestabilidad del terreno aparecen unas guaduas acomodadas para sostener parte de la cubierta en ese sector de la vivienda.

Hacia el costado lateral derecho sector occidental del predio se encuentra un talud de fuerte pendiente, un talud antrópico generado por los cortes realizados para poder construir la vivienda en la nomenclatura indicada, se observa cobertura vegetal a base de rastrojos de corte medios y algunas especies arbóreas como limoncillo, hay ausencia de manejo de aguas lo cual condiciona, o afecta a la generación de procesos de inestabilidad, dada la presencia de estos rastrojos y la verticalidad del talud, no es posible acceder a la corona del talud para poder inspeccionar y verificar que no haya ningún indicio de inestabilidad, como grietas o asentamientos que prevean algún desprendimiento que se pueda generar a futuro.

²² Fs. 6-10, c1).

²³ fs. 11-13, c1 2017-EI-00009939-caso 15932017

²⁴ fs. 14-15, c1 oficio UGR 3155 GED 44263-17 GED 44524-17

²⁵ fs. 186-188, c1

²⁶ fs. 210-212. C1

Se verifica que el talud tiene una pendiente de más de 80 grados y también que hay cultivos de plátano y yuca; la casa se hizo en la base del talud, se hicieron unos cortes que han sobre empinado el talud, el señor Gersain manifiesta que tiene un garaje, y tiene un parqueadero para carros, pero solo cabe un vehículo.

(...)

Manifiesta el INGENIERO CHISCO, que las condiciones de riesgo del terreno provienen en gran medida de la excavación generada en la base del talud, lo que provocó el incremento de la pendiente de ladera sumada al hecho del establecimiento de cultivos y la ausencia de obras de manejo de aguas lluvias genera una situación de riesgo, ocasionado por el poseedor irregular del inmueble al haber intervenido sin ninguna técnica del talud, para poder construir su vivienda.” Rft. (...)

2.3. Las acciones populares

§38. Los derechos colectivos son protegidos por las acciones populares cuando resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. (arts. 78 a 82 CP, L.472/1998)

§39. El Honorable Consejo de Estado²⁷ indicó los siguientes supuestos para la prosperidad de las acciones populares: “A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses”.

2.4. Los derechos colectivos que se pretende se protejan

§40. El ambiente sano es el derecho que tienen todas las personas de gozar de un ambiente sano y el deber que tiene el estado de protegerlo y conservarlo fomentando la educación para su cuidado. (art. 79 CP)

§41. Como derecho colectivo se refiere a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. ²⁸ (art. 4.a L.472/1998)

§42. El ambiente sano también tiene la connotación de derecho-deber del Estado y las personas de proteger el ambiente.

§43. La realización de los desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, es un derecho colectivo que “...*comporta la obligación impuesta por el*

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

²⁸ Santofimio, Gamba- Jaime, “compendio de derecho administrativo” Universidad Externado de Colombia. Edición 2017, pág. 907.

*legislador tanto a las autoridades públicas como a los particulares, en general, de observar plenamente la normativa jurídica que rige la materia urbanística, es decir la forma como progresa materialmente y se desarrolla una determinada población, asentada en una entidad territorial, bien sea en sus zonas urbanas o rurales, con miras a satisfacer plenamente las necesidades de sus habitantes, dando preponderancia al propósito de mejorar su calidad de vida...*²⁹⁻³⁰:

§44. El derecho a la moralidad administrativa³¹ “... puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos. En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.”

§45. La utilización y defensa de los bienes de uso público y el goce del espacio público tiene dos dimensiones: (i) los bienes de uso público, denominados bienes de la Unión cuyo dominio pertenece al Estado, y el uso a los habitantes del territorio, que son inalienables, imprescriptibles e inembargables³², como las calles, plazas puentes y caminos; (ii) el espacio público que “... es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.” (art. 2 D.1504/1998)

§46. El derecho colectivo al patrimonio público alude:

“... no solo a "la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado". (...) El concepto de patrimonio público "cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo". Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por "bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población". Asimismo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean

²⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 22 de enero de 2009. Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

³⁰ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera- Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés- Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00654-01(AP).

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 8 de junio de 2011, Rad. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

³² C-183 de 2003

administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial."³³

§47. El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente pretende garantizar que la sociedad no esté expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves causados "*por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva*".³⁴

2.5. Competencias de las alcaldías y de las Corporaciones Autónomas Regionales

§48. Como se verá más adelante, en materia de prevención de riesgos las competencias les corresponden directamente a los municipios, en tanto que las Corporaciones Regionales se circunscriben al apoyo y acompañamiento.

§49. El artículo 2 constitucional establece que las autoridades tienen el deber genérico de brindar protección a las personas.

§50. A nivel municipal, el concejo tiene las funciones de reglamentar el uso del suelo. (art. 315.7 CP) Esta competencia se desarrolla a través de la función pública del urbanismo, del ordenamiento territorial, las acciones urbanísticas inscritas en los planes territoriales, donde se dispone de la clasificación del uso del suelo, la determinación de las zonas no urbanizables por riesgos, la localización de las áreas para la prevención de desastres, y las zonas de importancia ambiental. (arts. 3, 8 L.388/1997)

§51. Entre los determinantes de los planes de ordenamiento están los relacionados con la conservación y protección del ambiente, y la prevención de amenazas y riesgos naturales. En los componentes urbano y rural de los planes de ordenamiento territorial -POT- se establecen los suelos de protección y las áreas expuestas a amenazas y riesgos naturales. Estas zonas hacen parte del suelo de protección. (arts. 10.1, 13.3, 14.3, 35 L.388/1997, 5, 6 D.919/1989).

§52. Los municipios tienen las competencias ambientales de adoptar los planes de desarrollo ambiental, como ejercer el control y vigilancia del ambiente. (art. 65 L.99/1993)

§53. Se le suma las competencias de prevenir y atender los desastres en su jurisdicción, como adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y reubicación de asentamientos. (art. 76.9 L.715/2001)

§54. Los municipios, hacen parte del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, por lo cual en sus planes de desarrollo deben integrar el

³³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBO- Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011)- Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)

³⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011)- Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)

componente de prevención de desastres, y deben dirigir, coordinar y controlar todas las actividades administrativas y operativas indispensables para atender las situaciones de desastre regional o local. (arts. 6, 62 D.919/1989, 76.9 L.715/2001)

§55. La Honorable Corte Constitucional³⁵ definió las siguientes obligaciones básicas municipales en materia de desastres:

“(i) tener una información actual y completa de las zonas de alto riesgo de deslizamientos o derrumbes que se encuentran en su municipio, y (ii) adoptar las medidas necesarias de reubicación en los casos en que personas se encuentren ubicadas en las zonas donde se ponga en riesgo sus derechos por las condiciones del terreno. Así, pues, cuando la vivienda se encuentra en situación que ponga en peligro la vida de las personas, es necesario que “se proceda a la evacuación de las personas para proteger su vida y además será obligación del Estado efectuar los actos administrativos indispensables para que los afectados encuentren otro lugar donde vivir en condiciones parecidas a las que antes disfrutaban.”

§56. Por disposición del artículo 31 de la Ley 99 de 1993³⁶, a las Corporaciones Autónomas Regionales – CAR- les compete la administración del ambiente y los recursos naturales.

§57. El Consejo de Estado³⁷ diferenció que en materia de prevención de desastres a los municipios le corresponde la competencia directa y las CAR se circunscriben al apoyo y acompañamiento:

“... el caso de las corporaciones autónomas regionales, entidades a las que se les asignaron funciones de máxima autoridad ambiental, de ejecución de políticas, planes y programas en la materia, así como labores de inspección, vigilancia y control de los recursos renovables y no renovables (...) son funciones principales de los municipios: i) la prestación directa o indirecta de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado así como la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento en su infraestructura, en orden a garantizar su eficiente y oportuna prestación y; ii) el control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano y ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimiento del municipio, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos.

(...) Asimismo, la distribución de funciones expuesta tampoco implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan la competencia que de manera directa corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres, sino que se circunscribe al apoyo y acompañamiento que, para el efecto, requiera la entidad territorial.”

2.6. Análisis del caso concreto

§58. La comunidad de los barrios Colombia y González solicitó la protección de los

³⁵ Ibidem.

³⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA - Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ - Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019) -Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)

derechos colectivos, con el objetivo de prevenir desastres previsibles técnicamente, por las intervenciones que realiza el señor Gersain Giraldo Toro en un inmueble en la calle 48 A 28-54 del área urbana del municipio de Manizales.

§59. Según las pruebas recaudadas, se confirmó que el señor Gersain Giraldo Toro interviene el predio de ficha catastral 17001010200003730013500000001, con nomenclatura calle 48 A 28-54, que está bajo la titularidad del Instituto de Crédito Territorial – sucedida por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

§60. Además: (i) la Unidad de Gestión del Riesgo -UGR- de la alcaldía de Manizales confirmó que el inmueble está en la ladera urbana bajo prado; (ii) la UGR y el POT de 2017 catalogan la zona donde está el predio como de amenaza alta por deslizamiento y suelo de protección urbana; (iii) el señor Gersain Giraldo Toro interviene dicho predio con cultivos y extracción de tierra para adecuaciones de su vivienda; (iv) la comunidad denunció las intervenciones por lo que la Inspección Quinta Urbana de Policía de Manizales ordenó que el señor Giraldo Toro no extraiga tierra, arroje escombros ni siga las malas prácticas habitacionales; (v) la inspección judicial realizada evidenció que el señor Giraldo Toro continúa con estas acciones; (vi) la UGR y CORPOCALDAS recomendaron el monitoreo del talud, prevenir la remoción de masas como los cultivos limpios, recuperar la zona ambiental y el control urbanístico.

§61. Se encuentran demostradas las acciones del señor Gersain Giraldo Toro en el talud que se encuentra al lado de las viviendas del barrio Colombia y González, catalogado como suelo de protección por amenaza alta por deslizamiento, a pesar de las órdenes impartidas por la Inspección Quinta Urbana de Manizales, las cuales han sido infructuosas.

§62. También se evidencia la amenaza de los derechos colectivos de la comunidad que habita la parte alta del talud, la cual ha sido prevenida técnicamente por la UGR y CORPOCALDAS.

§63. Y existe un nexo de causalidad entre las acciones del señor Giraldo Toro, las actuaciones infructuosas de la alcaldía y la amenaza a los derechos colectivos de la comunidad.

§64. Por lo que está demostrada la amenaza de los derechos colectivos al ambiente sano, la realización de los desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, como de la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

§65. De esta manera, no se declararán probadas las excepciones formuladas por la alcaldía de Manizales denominadas: “inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción” y “carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos”.

§66. Como lo señala el Consejo de Estado, “... *la distribución de funciones expuesta tampoco implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan la competencia que de manera directa corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres, sino que se circunscribe al apoyo y acompañamiento que, para el efecto, requiera la entidad territorial.*”-sft-

§67. De esta manera, como CORPOCALDAS ejerce tareas de apoyo y acompañamiento de las alcaldías, tampoco se declararán probadas las excepciones

propuestas por la CAR de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Corpocaldas ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales”, e “inexistencia de una omisión o acción transgresora de los derechos colectivos deprecados por parte de Corpocaldas en atención a su órbita de competencia.”

§68. Como el predio intervenido es de titularidad de una entidad pública, está demostrada la vulneración del derecho al patrimonio público, porque los bienes del Estado deben emplearse para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento.

§69. No se encuentra demostrada la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, debido a que no se demostró su elemento subjetivo, o sea, que exista una actuación de un funcionario que pueda calificarse de inmoral.

§70. Como tampoco se demostró la violación del derecho colectivo a la utilización y defensa de los bienes de uso público y el goce del espacio público, porque no se demostró que el predio intervenido sea un bien de uso público o se constituya en espacio público.

2.7. De las medidas de restablecimiento

§71. En este orden, en aras de prevenir los desastres que se puedan ocasionar como consecuencia de la inestabilidad de la ladera que afecta a la comunidad de los barrios Colombia y González, se ordenará a la alcaldía de Manizales:

§71.1. Continuar con el monitoreo permanente al talud.

§71.2. Realizar un estudio técnico para determinar cuáles son las acciones que ponen en peligro el talud, y si requiere obras de mitigación. Lo cual será comunicado al señor Gersain Giraldo Toro y al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Para lo cual se concede un plazo de dos meses.

§71.3. Iniciar y continuar las acciones administrativas, policivas y urbanísticas, para evitar la intervención de la ladera por parte del señor Gersain Giraldo Toro. Para lo cual se concede un plazo de dos meses.

§71.4. En caso de que el señor Gersain Giraldo Toro continúe con las acciones que pongan en peligro el talud, y pese a las actuaciones de la administración municipal, la alcaldía de Manizales deberá iniciar las acciones penales pertinentes, conforme a las prevenciones que realizó la Inspección Quinta Urbana de Policía de Manizales.

2.8. COMITÉ DE VERIFICACIÓN

§72. Conformar un comité de verificación de cumplimiento de la sentencia Integrado por los demandantes, el Personero de Manizales y un delegado de la alcaldía de Manizales, conforme a lo previsto al artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

2.9. CONDENA EN COSTAS

§73. Conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, por remisión al CGP, no se impondrán costas, teniendo en cuenta que las entidades públicas han realizado acciones administrativas para prevenir riesgos.

Por lo anteriormente expuesto, **la Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

SENTENCIA:

PRIMERO: DECLÁRESE no probadas las excepciones formuladas por la alcaldía de Manizales denominadas: “inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción” y “carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos” y las propuestas por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL CALDAS de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Corpocaldas ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales”, e “inexistencia de una omisión o acción transgresora de los derechos colectivos deprecados por parte de Corpocaldas en atención a su órbita de competencia.”

SEGUNDO: Proteger los derechos colectivos del ambiente sano, a la realización de los desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, al patrimonio público, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

TERCERO: ORDÉNESE a la alcaldía de Manizales:

- 1- Continuar el monitoreo permanente al talud.
- 2- Realizar un estudio técnico para determinar cuáles son las acciones que ponen en peligro el talud, y si requiere obras de mitigación. Lo cual será comunicado al señor Gersain Giraldo Toro y al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Para lo cual se concede un plazo de dos meses a partir de la ejecutoria de este acto judicial.
- 3- Iniciar y continuar las acciones administrativas, policivas y urbanísticas, para evitar la intervención de la ladera por parte del señor Gersain Giraldo Toro. Para lo cual se concede un plazo de dos meses a partir de la ejecutoria de este acto judicial.
- 4- En caso de que el señor Gersain Giraldo Toro continúe con las acciones que pongan en peligro el talud, y pese a las actuaciones de la administración municipal, la alcaldía de Manizales deberá iniciar las acciones penales pertinentes, conforme a las prevenciones que realizó la Inspección Quinta Urbana de Policía de Manizales.
- 5- Realizar un estudio, en un plazo de dos meses a partir de la ejecutoria de este acto judicial, para determinar si se requiere de la evacuación

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Conformar un comité de verificación de cumplimiento de la sentencia Integrado por los demandantes, el Personero de Manizales y un delegado de la alcaldía de Manizales, conforme a lo previsto al artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Comuníquese esta decisión al Personero de Manizales

SEXTO: En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMITASE copia auténtica de esta decisión a la Defensoría del Pueblo y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

SÉPTIMO: SIN COSTAS.

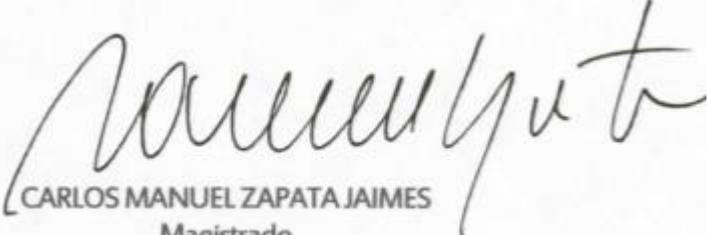
OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Comuníquese, Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

17-001-23-33-000-2013-00331-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta (30) de marzo dos mil veintidós (2022)

A.I. 104

Procede la Sala Unitaria a resolver la solicitud de adición del mandamiento de pago proferido dentro del proceso **EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA**, promovido por el señor **ALBERTO ORREGO URIBE** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

ANTECEDENTES

Con el libelo visible a folios 1 y 2 del cuaderno N° 4, solicita la parte actora se libre mandamiento de pago contra la UGPP por las siguientes sumas: (i) 394'698.153 por concepto de capital, debidamente indexado; y (ii) \$ 7'523.536 por los intereses generados entre la fecha de ejecutoria de la sentencia base de recaudo hasta la presentación de la demanda de ejecución. Como fundamento de su pretensión, esgrimió las sentencias proferidas por esta jurisdicción, con las cuales se ordenó a la accionada reliquidar la pensión de jubilación con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicios, condena que, según acotó, no ha sido satisfecha.

Una vez revisados los requisitos de procedencia y efectuada la liquidación, el Tribunal profirió mandamiento ejecutivo contra la UGPP a favor del demandante ALBERTO ORREGO URIBE por 315'473.456 por concepto de capital, y 39'402.748 por intereses de mora /fls.40-42/.

Notificado el mandamiento ejecutivo, con el escrito que milita a folios 46 y 47, el accionante ALBERTO ORREGO URIBE solicitó que este sea adicionado, de tal manera que se incluyan, además de las sumas dispuestas por el Tribunal, las mesadas pensionales que se causen desde la presentación de la demanda, que deberán pagarse dentro de los 5 días de cada mes, y los intereses de mora causados

con base en el capital adeudado a partir de dicha data, todo ello con base en lo estatuido en el canon 431 inciso 2° del CGP.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA UNITARIA**

El artículo 287 del Código General del Proceso, aplicable a los juicios contenciosos administrativos en virtud de la remisión consagrada en el canon 306 de la Ley 1437 de 2011, establece:

“Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal” /Resalta el Tribunal/.

Como se anotó, el Tribunal profirió mandamiento ejecutivo a favor del accionante ALBERTO ORREGO URIBE y en contra de la UGPP, por las siguientes sumas /fls.40-42/:

- ❖ TRESCIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS (315'473.456) por concepto de capital.

- ❖ TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (39'402.748) por intereses de mora.

Y en efecto, como lo afirma el demandante, el canon 431 del CGP, establece que en tratándose de procesos ejecutivos por pago de sumas de dinero, 'Cuando se trate de alimentos u otra prestación periódica, la orden de pago comprenderá además de las sumas vencidas, las que en lo sucesivo se causen, y dispondrá que éstas se paguen dentro de los cinco (5) días siguientes al respectivo vencimiento' /Resalta la Sala/.

Por ende, tratándose del pago de prestaciones periódicas, en este caso mesadas pensionales, las cuales se causan mes a mes, y teniendo en cuenta que a la fecha no existe constancia de que la UGPP haya satisfecho la obligación ejecutada, procede la adición del mandamiento de pago, en el sentido de que la orden de ejecución abarca no solo las sumas insolutas al momento de la presentación de la demanda por concepto de mesadas e intereses de mora, sino aquellas que se causen en lo sucesivo hasta el pago efectivo de la obligación, en los términos del citado artículo 431 del estatuto procesal general.

Es por o ello que,

RESUELVE

ADICIÓNASE el MANDAMIENTO DE PAGO proferido a favor del señor **ALBERTO ORREGO URIBE** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, en el sentido de que además de las sumas cuyo pago se ordenó, la orden de pago incluye aquellas mesadas pensionales e intereses de mora que se causen desde la presentación de la demanda, hasta que se verifique el pago efectivo de la obligación.

En el caso de las mesadas pensionales que se causen en lo sucesivo, por tratarse de un pago mensual, estas deberán pagarse dentro de los primeros 5 días de cada mes.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente