

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 116

Manizales, quince (15) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-000-2013-000265-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Manuel Iván Hidalgo Gómez y Otros
Demandado: Nación – Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Se procede a emitir fallo dentro del medio de control de la referencia interpuesto por los señores:

- | | | | |
|-----|---------------------------------|-----|----------------------------------|
| 1. | Agustín de la Cruz Vélez Sáenz. | 25. | Luis Fernando Baquero González. |
| 2. | Andrés Mauricio Montoya B. | 26. | Sandra Lorena Ramírez Flórez. |
| 3. | Norberto Gómez Bonilla. | 27. | Jaime Soto Ramírez. |
| 4. | Rosa Jaramillo Echeverri. | 28. | José Eugenio Gómez Calvo. |
| 5. | Bertha Inés Hoyos de Berni. | 29. | Gustavo Sanint Ocampo. |
| 6. | Yaneth Licet Ocampo Vallejo. | 30. | Hernando Yara Echeverry. |
| 7. | Laura María Botero Moreno. | 31. | Héctor Fernando Álzate Vélez. |
| 8. | Jorge Hernán Vargas Rincón. | 32. | Julián Marín Ocampo. |
| 9. | Manuel Iván Hidalgo Gómez. | 33. | Germán Márquez Herrera. |
| 10. | Luis Gonzaga García Bedoya. | 34. | Pedro Antonio Montoya Jaramillo. |
| 11. | Mauricio Bedoya Vidal. | 35. | Martha Lucía Bautista Parrado. |
| 12. | Orlando Roza Duarte. | 36. | Jairo Hugo Buriticá Trujillo. |
| 13. | Jorge Mario Vargas Agudelo. | 37. | Oscar Alberto Cardona Trujillo. |
| 14. | Sonia Patricia González Gómez. | 38. | María Teresa Chica Cortés. |
| 15. | Luz Angela Gabelo Ramírez. | 39. | Guillermo Zuluaga Giraldo. |
| 16. | Alba Orled Mejía Zambrano. | 40. | Luz Stella Montes Gómez. |
| 17. | Jorge Hernán Piedrahita Gallo. | 41. | Luz Marina López González. |
| 18. | Irene Rocío Torres Fernández. | 42. | Julio Néstor Echeverry Arias. |
| 19. | Jorge Luis Jaramillo Muñoz. | 43. | Javier Tabares Ramírez. |
| 20. | Martha Lucía Castaño Arango. | 44. | Néstor Jairo Betancourth H. |
| 21. | Beatriz Elena Otálvaro Sánchez. | 45. | Nelly Rodríguez Sanabria. |
| 22. | Ramón Alberto Herrera Ramírez. | 46. | Guillermo León Valencia V. |
| 23. | Luis Fernando Salgado Valencia. | 47. | Angela María Cortázar Giraldo. |
| 24. | Mercedes Rodríguez Higuera. | 48. | Juan Carlos Arias Zuluaga. |

- | | | | |
|-----|-------------------------------|-----|--------------------------------|
| 49. | Inés Elvira Jaramillo Hoyos. | 53. | María Patricia Ríos Álzate. |
| 50. | María Jovita Herrera Agudelo. | 54. | Luis Horacio Peláez Ocampo. |
| 51. | Gladis Eugenia Villareal C. | 55. | Claudia Consuelo García Reyes. |
| 52. | Guillermo León Aguilar G. | | |

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis:

- ✓ Declarar la nulidad, en lo que respecta a los demandantes, de la Resolución 1357 del 15 de septiembre de 2011, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Caldas, a través de la cual se negó la solicitud realizada el 16 de agosto de 2011.
- ✓ Declarar la nulidad, en lo que respecta a los demandantes, de la Resolución 1491 del 21 de noviembre de 2011, expedida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial a través de la cual se confirmó el anterior acto administrativo, vía recurso de reposición.
- ✓ Declarar la existencia y nulidad en lo que respecta a los demandantes, del acto ficto o presunto de carácter negativo generado con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 1357 del 15 de septiembre de 2011.
- ✓ Que se condene a la demandada a que: reconozca y pague el salario a los demandantes, teniendo en cuenta los mandatos del Decreto 1251 de 2009, por los años 2009, 2010, 2011 hasta el 19 de marzo de 2012 y los que se causen en adelante, mientras mantengan o hayan mantenido su vinculación como jueces municipales, del circuito y del circuito especializado; así como las cesantías e intereses sobre las cesantías por los mismos periodos, teniendo en cuenta como ingreso la totalidad de lo devengado en los términos del Decreto 1251 de 2009; y que se disponga la cancelación de lo que corresponda por aportes al Sistema General de Seguridad Social y a que se cancelen los intereses moratorios sobre las sumas reconocidas.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señaló que, los demandantes han ocupado los cargos de Juez de la República en diferentes periodos comprendidos entre 2009 y la fecha de presentación de sus solicitudes, por lo cual el 16 de agosto de 2011 reclamaron la nivelación salarial y reliquidación de las cesantías e intereses con fundamento en el Decreto 1251 de 2009, la cual fue resuelta desfavorablemente a través de los actos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Se invocaron como vulnerados los artículos 12, 13, 53 y 58 de la Constitución Política, el Decreto

1251 de 2009 y Decreto 3118 de 1968. Se adujo que, la Dirección de Administración Judicial canceló los salarios de los funcionarios sin tener en cuenta lo establecido en el Decreto 1251 de 2001 el cual señala que, los salarios de los jueces de la República deben ser iguales al 47,7% - jueces del circuito especializado-, 43% - jueces del circuito- y 34,7% -jueces municipales- del 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente un magistrado de Alta Corte.

Que al no tener en cuenta dicho umbral mínimo de remuneración salarial de los jueces de la República, al momento de liquidar las cesantías -y por consecuencia lógica los intereses a la cesantía- estas fueron liquidadas en menor valor a lo que tenían derecho.

2. Pronunciamiento de la demandada

La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fls. 1219-1223, cdo. 1F) se opuso a las pretensiones de los demandantes señalando que, el Decreto 1251 de 2009 únicamente tuvo vigencia durante 2009, de conformidad con la sentencia de unificación de la Sala de Conjueces del Consejo de Estado del 2 de septiembre de 2019.

Que en todo caso para 2009 se realizó el cálculo según la categoría de cada Juez, teniendo en cuenta las cesantías de los Congresistas como base de todos los ingresos percibidos por los Magistrados de las Altas Cortes, obteniéndose el siguiente resultado:

Magistrados Altas Cortes	
Pagos totales Magistrados Altas Cortes por todo concepto año 2009	\$ 307.792.456
70% de todo lo devengado por Magistrados Altas Cortes	\$ 215.454.719
Jueces del Circuito Especializado	
47,7% del 70% recibido por Magistrados de Altas Cortes	\$ 102.771.901
Pagos totales jueces del circuito especializado por todo concepto año 2009	\$ 110.443.222
Jueces del Circuito	
43% del 70% recibido por Magistrados de Altas Cortes	\$ 92.645.529
Pagos totales jueces del circuito por todo concepto año 2009	\$ 99.452.633
Jueces Municipales	
34,7% del 70% recibido por Magistrados de Altas Cortes	\$ 74.762.787
Pagos totales jueces municipales por todo concepto año 2009	\$ 79.909.682

En este orden de ideas advirtió que, no es cierto que los salarios de los demandantes hayan sido calculados por debajo de los valores que establecen los artículos 1 a 4 del Decreto 1251 de 2009 pues lo pagado fue incluso superior al valor determinado en dicho decreto.

Propuso las excepciones previas de “[indebida] integración de litisconsorcio necesario” y “Prescripción extintiva” las cuales fueron despachadas desfavorablemente mediante auto del 27 de noviembre de 2020. No propuso excepciones de mérito.

3. Alegatos de conclusión

- La **demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

- La **parte demandante** y el **Ministerio Público** no emitieron pronunciamiento en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa - existencia del acto ficto

Antes de abordar el problema jurídico de fondo, resulta necesario señalar que, se encuentra ampliamente probado que, los demandantes solicitaron a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, el 16 de agosto de 2011 (fl. 79, cdo. 1), el reconocimiento y pago de los valores que por conceptos laborales debieron ser reconocidos por las funciones desempeñadas como jueces de la República a partir de 2009.

Mediante Resolución 1357 del 15 de septiembre de 2011, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Caldas, fue negada la solicitud elevada, por lo cual los demandantes, el 04 de octubre de 2011 interpusieron recurso de reposición y en subsidio de apelación (fl. 92, cdo. 1), recurso horizontal que fue denegado mediante la Resolución 1491 del 21 de noviembre de 2011, acto que igualmente concedió el recurso de apelación impetrado (fl. 100, cdo. 1).

La parte actora manifiesta no haber sido enterada de acto administrativo alguno mediante el cual se resolviera el recurso de apelación, sin que la entidad accionada haya demostrado que emitió respuesta expresa sobre el particular.

En este orden de ideas, en lo que respecta a la configuración del acto administrativo ficto, derivado del silencio administrativo en que incurrió la Nación – Rama Judicial, el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), advierte:

“ARTÍCULO 86. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSOS. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

Así, en el caso bajo examen resulta claro que, se configuró el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo en que incurrió la Nación – Rama Judicial, toda vez que, dentro del plazo de dos meses establecido en la disposición citada, no se atendió de fondo el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, término que corrió a partir del 04 de octubre de 2011, fecha de presentación del recurso por la parte actora.

Por lo anterior, se declarará la configuración por ministerio de la ley del acto administrativo ficto, del 04 de diciembre de 2011, que confirmó por vía de apelación lo dispuesto mediante Resolución 1357 del 15 de septiembre de 2011, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Caldas.

2. Problema Jurídico

De acuerdo a las posiciones planteadas por las partes, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿la demandada liquidó los pagos a que tenían derecho los aquí demandantes, conforme lo establece el artículo 2º del Decreto 1251 de 2009, esto es, con base en los pagos que por todo concepto haya percibido un magistrado de Alta Corte?*

Para resolver el asunto planteado, se hará referencia a: *i)* La vigencia del Decreto 1251 de 2009; *ii)* el análisis sustancial del caso concreto, teniendo en cuenta los valores puntuales cancelados a cada uno de los demandantes y su comparación con los porcentajes señalados en el Decreto 1251 de 2009.

3. Vigencia y aplicación del Decreto 1251 de 2009

El Decreto 1251 del 14 de abril de 2009¹, señaló:

“ARTÍCULO 1º. Para la vigencia de 2009, la remuneración que por todo concepto perciba el Juez Penal del Circuito Especializado, el Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado, el Fiscal Delegado ante Juez Penal de Circuito Especializado, el Juez de Dirección o de Inspección y el Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección será igual al cuarenta y siete punto siete por ciento (47.7%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes.

A partir de 2010, y con carácter permanente, dicha remuneración será equivalente al cuarenta y siete punto nueve por ciento (47.9%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes.

ARTÍCULO 2º. Para la vigencia de 2009, la remuneración que por todo concepto perciba el Juez del Circuito, el Fiscal Delegado ante Juez del Circuito, el Juez de División, o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo, o de Policía Metropolitana y el Fiscal ante Juez de División, o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo, o de Policía Metropolitana será igual al cuarenta y tres por ciento (43%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes. A partir del 2010, y con carácter permanente, dicha remuneración será equivalente al cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes.

A partir del 2010, y con carácter permanente, dicha remuneración será equivalente al cuarenta

¹ Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial. El Ministro del Interior y de Justicia de la República de Colombia, Delegatario de funciones presidenciales mediante Decreto 1225 de 2009, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992”

y tres punto dos por ciento (43.2%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes.

ARTÍCULO 3°. Para la vigencia de 2009, la remuneración que por todo concepto perciba el Juez Municipal, el Fiscal Delegado ante Juez Municipal y Promiscuo, el Juez de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de Formación, o de Departamento de Policía, el Fiscal ante Juez de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de Formación, o de Departamento de Policía y el Juez de Instrucción Penal Militar será igual al treinta y cuatro punto siete por ciento (34.7%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes.

A partir de 2010, y con carácter permanente, dicha remuneración será equivalente al treinta y cuatro punto nueve por ciento (34.9%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes...

ARTÍCULO 4°. El pago de la diferencia entre el ingreso anual, por todo concepto, de los funcionarios a que se refiere el presente decreto y el valor en pesos resultante de la aplicación de los porcentajes señalados en los artículos 1 a 3 de este decreto respecto del 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes, se imputará con cargo al ordinal Otros - Otros conceptos de servicios personales autorizados por ley.

ARTÍCULO 5°. El presente decreto rige a partir de la fecha de publicación, deroga el Decreto 707 de 2009 y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2009."

La norma en cita, expresa en forma puntual una regla de liquidación del monto que debieron recibir los jueces de la República para 2009, la cual determinó que, todos los pagos laborales recibidos por estos funcionarios debieron ser iguales al 47,7% -jueces del circuito especializado-, 43% -jueces del circuito- y 34,7% -jueces municipales- del 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente un magistrado de las Altas Cortes; así mismo, y a renglón seguido impone una regla similar para los años 2010 y subsiguientes, advirtiendo que dichos porcentajes deben ser 47,9% -jueces del circuito especializado-, 43,2% -jueces del circuito- y 34,9% -jueces municipales-.

Ahora bien, alega la parte demandada que, con base en sentencia de unificación SUJ-016-CE-52-2019 de la Sala Plena de Conjuces, del Consejo de Estado, de fecha 02 de septiembre de 2019, el Decreto 1251 de 2009 debe entenderse subrogado por cada uno de los decretos que año a año expide el gobierno nacional para regular los salarios a que tienen derechos los funcionarios de la rama judicial, por lo cual debe entenderse que, las disposiciones que se dieron en el referido decreto únicamente tuvieron vigencia durante 2009².

Al respecto, la Sala encuentra que no le asiste razón a la parte demandada por las siguientes

² "No obstante, el contenido mismo de la norma [Decreto 1251 de 2009] señala una vigencia taxativa del Decreto al inicio de cada artículo, al señalar que sus disposiciones regirían «para la vigencia del 2009». Lo que resulta apenas natural, teniendo en cuenta que anualmente el Gobierno Nacional reglamenta los salarios de los servidores de la Rama Judicial; por consiguiente, la norma que cada año se expide queda subrogada por la posterior".

razones:

i) Las sentencia de unificación SUJ-016-CE-52-2019 no tenía como eje central de su análisis, determinar la vigencia del Decreto 1251 de 2009, pues el contenido de dicho proveído se refirió a la forma de liquidación de la “*prima especial de servicios creada por la Ley 4° de 1992*”, por lo cual la mención a una aparente subrogación del Decreto 1251 de 2009 no constituye *ratio decidendi* de dicha sentencia, pues como puede verse, tal consideración ni siquiera hace parte de las reglas de unificación jurisprudencial señaladas en dicho proveído.

ii) En razón de los principios de progresividad y garantía de los derechos adquiridos, no podría interpretarse o entenderse válidamente que, el Gobierno Nacional cuente con la facultad de ordenar un incremento salarial para cualquier empleado público y pueda simplemente mediante los decretos de años subsiguientes desconocer este aumento, fijando una escala salarial inferior a los valores que había determinado como remuneración de tales servidores con anterioridad.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que, para definir el principio de progresividad y no regresividad en materia laboral, el Artículo 53 de la Constitución Política advierte que “*La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores*”, razón de orden constitucional por la cual, toda normatividad, acuerdo o contrato creado debe ir en pro de la mejora de los derechos de los trabajadores y no en desmedro de ellos.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado que “*La progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido.*”³

Así las cosas, bajo el mandato de la progresividad en materia laboral, si bien es cierto que el Gobierno Nacional tiene la facultad de determinar el porcentaje de los pagos laborales de sus empleados, también lo es que, no puede afectar el grado de protección que había sido alcanzado; y si bien, la regresividad de derechos laborales es permitida, “*para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social*”⁴.

En estas condiciones, la Sala arriba a la conclusión de que, el Decreto 2591 de 2009 previó un monto al que deben ascender los pagos que por todo concepto deben recibir los jueces de la República, sin que dichos porcentajes puedan ser desconocidos con posterioridad sin razones válidamente identificadas y señaladas en decretos salariales posteriores.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pasará a analizar si los pagos efectuados a los demandantes a partir de 2009 corresponden a los valores indicados en el referido decreto.

4. Análisis sustancial del caso concreto

³ Sentencia C-228 del de 30 de marzo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴ Idem.

Conforme a las pruebas obrantes en el expediente se efectuará el análisis comparativo de las sumas que fueron canceladas a cada uno de los demandantes, a partir de 2009, con miras a determinar si corresponden al 47,7% -jueces del circuito especializado-, 43% -jueces del circuito- y 34,7% -jueces municipales- del 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente un magistrado de las Altas Cortes para el 2009; y al 47,9% -jueces del circuito especializado-, 43,2% -jueces del circuito- y 34,9% -jueces municipales- del 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente un magistrado de las Altas Cortes para los años 2010 y subsiguientes.

En tal sentido, previo a descender al análisis de cada uno de los demandantes y total de los pagos recibidos por estos, resulta necesario dejar sentado desde este punto del debate que, según certificación visible en el expediente digital, archivo: "28Prueba" durante los años 2009 y 2010 los pagos realizados por todo concepto a un Magistrado Alta Corte, fueron los siguientes:

Año	2009	2010
Asignación básica	\$ 36.554.292	\$ 37.285.392
Gastos de representación	\$ 64.985.424	\$ 66.285.120
Prima especial de servicios	\$ 174.114.756	\$ 177.597.048
Incidencia Cesantías Art 15 Ley 4 de 1992	\$ 14.509.561	\$ 14.799.757
Prima de Navidad	\$ 8.461.643	\$ 8.630.876
Cesantías	\$ 9.166.780	\$ 9.350.116
Total todo concepto	\$ 307.792.456	\$ 313.948.309

Con base en las sumas anteriores se obtienen los siguientes porcentajes en los términos del Decreto 2591 de 2009, respecto de los Jueces con categorías especializados, circuito y municipales:

Año	Magistrado Altas Cortes 70%	Jueces categoría "Especializados" 47,7% del 70%	Jueces categoría "Circuito" 43% del 70%	Jueces categoría "Municipal" 34,7% del 70%
2009	\$ 215.454.719	\$ 102.771.901	\$ 92.645.529	\$ 74.762.787

Año	Magistrado Altas Cortes 70%	Jueces categoría "Especializados" 47,9% del 70%	Jueces categoría "Circuito" 43,2% del 70%	Jueces categoría "Municipal" 34,9% del 70%
2010	\$ 219.763.816	\$ 105.266.868	\$ 94.937.969	\$ 76.697.572

Con las anteriores sumas como base comparación para cada uno de los demandantes pasará la Sala a analizar la existencia o no de diferencias entre tales sumas y las efectivamente percibidas por los demandantes según los certificados expedidos por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y que fueron incorporados como prueba en el presente asunto⁵.

Así, la Sala efectuará dicha liquidación en forma separada para los tres tipos de jueces a que

⁵ Expediente digital, carpeta "42RespuestaRequerimiento"

hace referencia el ya citado decreto, esto es, jueces municipales, jueces del circuito y jueces del circuito especializado, para el efecto, se tomará como muestra de referencia el certificado de salarios de tres de los aquí demandantes -uno por cada categoría señalada- que permita referenciar el monto efectivamente pagado por la entidad demandada a los jueces municipales, jueces del circuito y jueces del circuito especializado, ello advirtiéndose que se tomará como referencia a aquellos que no hayan presentado interrupciones o situaciones administrativas extraordinarias en los periodos 2009 y 2010, destacando que lo pagado a estos necesariamente debe corresponder a los pagos que fueron realizados a todos los jueces demandantes según su categoría, pues no existiría fundamento para la presencia de diferencias salariales entre los jueces de igual categoría.

4.1. Demandante Alba Orled Mejía Zambrano (Juez municipal).

De conformidad con el certificado visible en el expediente digital, archivo: “Alba Orled Mejía Zambrano 2021 0270” la señora Alba Orled Mejía Zambrano fungió como Juez Municipal entre el 1° de abril de 2008 y el 02 de noviembre de 2015.

Según certificados de pagos obrante en el expediente digital, archivo: “04_ Alba Orled Mejía Zambrano 2022 0497” y comprobante de pago por cesantías, archivo: “01_DESAJMACER22-6 cesantias Jueces 2009-2020” durante **2009 y 2010**, le fueron cancelados los siguientes valores:

Año	2009	2010
Enero - 2009	\$ 3.433.787	\$ 3.748.665
Febrero - 2009	\$ 3.668.978	\$ 4.005.424
Marzo - 2009	\$ 4.768.897	\$ 4.005.424
Abril - 2009	\$ 4.005.424	\$ 4.432.928
Mayo - 2009	\$ 4.005.424	\$ 4.105.560
Junio - 2009	\$ 12.183.679	\$ 12.455.308
Julio - 2009	\$ 4.005.424	\$ 4.105.560
Agosto - 2009	\$ 4.005.424	\$ 4.105.560
Septiembre - 2009	\$ 4.005.424	\$ 4.105.560
Octubre - 2009	\$ 4.005.424	\$ 4.105.560
Noviembre - 2009	\$ 7.446.135	\$ 7.632.290
Diciembre - 2009	\$ 13.886.236	\$ 14.327.008
Cesantias e intereses	\$ 4.174.731	\$ 4.279.100
Total, todo concepto	\$ 73.594.987	\$ 75.413.947

De lo anterior, se desprende que, existió una diferencia entre lo pagado a la demandante Alba Orled Mejía Zambrano -como muestra- para 2009 y 2010, pues para 2009, el valor correspondiente al 34,7% del 70% de lo recibido por todo concepto por un magistrado de Alta Corte ascendió a \$74.762.787, mientras que, para dicho año, a la referida accionante le fue cancelado por todo concepto la suma de \$73.594.987.

Así mismo, para el año 2010 el valor correspondiente al 34,9% del 70% de lo recibido por todo concepto por un magistrado de alta corte ascendió a la suma de \$76.697.572, mientras que, para dicho año, a la referida accionante le fue cancelado por todo concepto la suma de

\$75.413.947.

Así las cosas, concluye la Sala que, para el caso de Alba Orled Mejía Zambrano y por ende respecto todos los demás demandantes que fungieron como Jueces municipales, no se dio cumplimiento al criterio establecido por el Decreto 2591 de 2009 para el cálculo del monto mínimo que aquellos debían recibir por todo concepto laboral, por lo que se dispondrá la nulidad de los actos administrativo demandados en lo que respecta a los demandantes que se desempeñaron, se itera, como Jueces municipales a partir del año 2009.

4.2. Demandante Guillermo León Aguilar González (Juez circuito).

De conformidad con el certificado visible en el expediente digital, archivo: "Guillermo Leon Aguilar Gonzalez 2021 0306" el señor Guillermo León Aguilar González fungió como Juez del Circuito a partir del 19 de junio de 2001 y desempeñaba dicho cargo a la fecha de emisión del referido certificado -05 de abril de 2021-.

Según certificados de pagos obrante en el expediente digital, archivo: "12_Guillermo Leon Aguilar Gonzalez 2022 0533" y comprobante de pago por cesantías, archivo: "01_DESAJMACER22-6 cesantias Jueces 2009-2020" durante **2009 y 2010**, le fueron cancelados los siguientes valores:

Año	2009	2010
Enero - 2009	\$ 4.418.523	\$ 4.823.701
Febrero - 2009	\$ 4.721.161	\$ 5.154.092
Marzo - 2009	\$ 6.136.512	\$ 5.154.092
Abril - 2009	\$ 5.154.092	\$ 5.704.195
Mayo - 2009	\$ 5.154.092	\$ 5.282.945
Junio - 2009	\$ 13.990.992	\$ 14.306.785
Julio - 2009	\$ 5.154.092	\$ 5.282.945
Agosto - 2009	\$ 5.154.092	\$ 5.282.945
Septiembre - 2009	\$ 5.154.092	\$ 5.282.945
Octubre - 2009	\$ 5.154.092	\$ 5.282.945
Noviembre - 2009	\$ 9.581.525	\$ 9.821.066
Diciembre - 2009	\$ 16.271.276	\$ 16.690.156
Cesantias e intereses	\$ 5.371.952	\$ 5.506.253
Total, todo concepto	\$ 91.416.493	\$ 93.575.065

De lo anterior, se desprende que, existió una diferencia entre lo pagado al demandante Guillermo León Aguilar González -como muestra- para 2009 y 2010, pues para 2009, el valor correspondiente al 43% del 70% de lo recibido por todo concepto por un magistrado de Alta Corte ascendió a \$92.645.529, mientras que, para dicho año, al referido accionante le fue cancelado por todo concepto la suma de \$91.416.493.

Así mismo, para el año 2010 el valor correspondiente al 43,2% del 70% de lo recibido por todo concepto por un magistrado de alta corte ascendió a la suma de \$94.937.969, mientras que, para dicho año, al referido accionante le fue cancelado por todo concepto la suma de

\$93.575.065.

Así las cosas, concluye la Sala que, para el caso de Guillermo León Aguilar González y por ende para respecto de todos los demás demandantes que fungieron como Jueces del circuito, no se dio cumplimiento al criterio establecido por el Decreto 2591 de 2009 para el cálculo del monto mínimo que aquellos debían recibir por todo concepto laboral, por lo que se dispondrá la nulidad de los actos administrativo demandados en lo que respecta a los demandantes que se desempeñaron, se itera, como Jueces del circuito a partir del año 2009.

4.3. Demandante Néstor Jairo Betancourth Hincapié (Juez circuito especializado).

De conformidad con el certificado visible en el expediente digital, archivo: “Nestor Jairo Betancourth Hincapie 2021 0298” el señor Néstor Jairo Betancourth Hincapié fungió como Juez del Circuito Especializado a partir del 15 de agosto de 2007 y hasta el 29 de febrero de 2012⁶ -entre otros periodos-.

Según certificados de pagos obrante en el expediente digital, archivo: “12_Guillermo Leon Aguilar Gonzalez 2022 0533” y comprobante de pago por cesantías, archivo: “01_DESAJMACER22-6 cesantias Jueces 2009-2020” durante **2009 y 2010**, le fueron cancelados los siguientes valores:

Año	2009	2010
Enero - 2009	\$ 6.676.708 ⁷	\$ 7.288.964
Febrero - 2009	\$ 5.404.244	\$ 5.742.820
Marzo - 2009	\$ 7.055.961	\$ 5.742.820
Abril - 2009	\$ 5.742.820	\$ 6.351.833
Mayo - 2009	\$ 5.742.820	\$ 5.886.391
Junio - 2009	\$ 15.404.408	\$ 15.752.577
Julio - 2009	\$ 5.742.820	\$ 5.886.391
Agosto - 2009	\$ 5.742.820	\$ 5.886.391
Septiembre - 2009	\$ 5.742.820	\$ 5.886.391
Octubre - 2009	\$ 5.742.820	\$ 5.886.391
Noviembre - 2009	\$ 14.808.717	\$ 10.942.880
Diciembre - 2009	\$ 11.655.126	\$ 16.933.820 ⁸

⁶ Se advierte que, en el referido lapso fungió como Juez del circuito durante un periodo de liquidación laboral de 8 días en el mes de febrero de 2009, lo cual será tenido en cuenta al analizar los valores pagados versus los determinados por el Decreto 2591 de 2009, incluyendo para dicho periodo la diferencia existente entre el salario básico y la prima especial de servicios (2) para el cargo de Juez de circuito y Juez de circuito especializado, diferencia que le hubiese sido cancelada al demandante de haber fungido el periodo mensual completo en esta última calidad para la cual se efectúa el cómputo.

⁷ Según certificado de salarios tomado como referencia se pagaron 8 días por concepto de salario y prima especial de servicios (2), para este periodo, ello por haberse pagado vacaciones con anterioridad vacaciones por los 22 días de restantes, sin embargo, a efectos de determinar los valores que en condiciones normales se cancelarían como Juez de Circuito Especializado se adiciona el valor que hubiese correspondido a los 22 días de salario y prima especial de servicios (2), esto tomando para el efecto, el valor que se certifica como pagado por 30 días en el mes siguiente.

⁸ En igual sentido a la nota anterior, para efectos del cómputo que se está realizando en este proveído se descuenta del pago de este periodo 17 días de vacaciones que, si bien fueron pagados en diciembre

Cesantias e intereses	\$ 5.985.566	\$ 6.135.205
Total, todo concepto	\$ 101.447.650	\$ 104.322.874

De lo anterior, se desprende que, existió una diferencia entre lo pagado al demandante Néstor Jairo Betancourth Hincapié -como muestra- para 2009 y 2010, pues para 2009, el valor correspondiente al 47,7% del 70% de lo recibido por todo concepto por un magistrado de Alta Corte ascendió a \$ 102.771.901, mientras que, para dicho año, al referido accionante le fue cancelado por todo concepto la suma de \$ 101.447.650.

Así mismo, para el año 2010 el valor correspondiente al 47,9% del 70% de lo recibido por todo concepto por un magistrado de alta corte ascendió a la suma de \$105.266.868, mientras que, para dicho año, al referido accionante le fue cancelado por todo concepto la suma de \$104.322.874

Así las cosas, concluye la Sala que, para el caso de Néstor Jairo Betancourth Hincapié y por ende para respecto de todos los demás demandantes que fungieron como Jueces del circuito especializados, no se dio cumplimiento al criterio establecido por el Decreto 2591 de 2009 para el cálculo del monto mínimo que aquellos debían recibir por todo concepto laboral, por lo que se dispondrá la nulidad de los actos administrativo demandados en lo que respecta a los demandantes que se desempeñaron, se itera, como Jueces del circuito especializado a partir del año 2009.

5. Conclusiones

Como se advirtió, la entidad accionada contaba con la obligación de cancelar a los jueces de la República -como mínimo- por todo concepto laboral y prestacional los valores equivalentes a los porcentajes que fueron señalados en el Decreto 1251 de 2009, para los años 2009 y siguientes, sin que pueda pretenderse que esta disposición de incremento salarial pueda ser desconocida mediante decretos de regulación del régimen salarial de la rama judicial expedidos en los años siguientes.

Así, para esta Colegiatura, según se expuso en precedencia en valores exactos, es claro que sí existen diferencias en desmedro de los demandantes entre los valores que le fueron cancelados por todo concepto, y lo que se les debió cancelar en los términos del Decreto 1251 de 2009; destacándose que la Sala limita la comparativa expresa de las sumas específicas a los años 2009 y 2010 como una muestra representativa, para determinar la existencia o no de tales diferencias, sin embargo, como se advirtió, los valores que dispuso dicho decreto deben ser respetados en todas las vigencias siguientes, hasta tanto se disponga una reducción en el régimen salarial de los jueces de la República el cual *"para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social"*.

6. Restablecimiento del derecho

de 2010, según se observa en el respectivo certificado a renglón seguido corresponden a 17 días de enero del año siguiente.

Entre las pretensiones de la parte actora se deprecia que las diferencias existentes entre los valores que les fueron pagados y los que debieron ser cancelados en los términos del Decreto 1251 de 2009 sean reconocidos y pagados como parte de su salario y que en forma consecuencial sean calculados los mayores valores que esto generaría en la liquidación de cesantías, intereses a las cesantías y aportes a seguridad social; sin embargo, debe destacarse por la Sala que, el referido decreto no mencionó por modo alguno que el valor que allí se ordenó debía reconocerse a los jueces de la República correspondiese a un aumento en su salario básico o en algún concepto salarial o prestacional específico, como tampoco que sea o no factor para el cálculo de aportes-, pues señaló que, ese valor equivalente debía ser lo que estos percibiesen por todo concepto, sin efectuar precisión adicional alguna.

Y en su artículo 4º precisó:

ARTÍCULO 4º. El pago de la diferencia entre el ingreso anual, por todo concepto, de los funcionarios a que se refiere el presente decreto y el valor en pesos resultante de la aplicación de los porcentajes señalados en los artículos 1 a 3 de este decreto respecto del 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes, se imputará con cargo al ordinal Otros - Otros conceptos de servicios personales autorizados por ley.

En tal sentido, aceptar que las diferencias que existieron entre lo pagado a los jueces de la República y lo que correspondió pagárseles en los términos del Decreto 1251 de 2009 debe cancelárseles a título de salario conllevaría a un aumento consecuencial en todas las demás prestaciones que superaría entonces el porcentaje establecido en dicho decreto, lo cual tampoco corresponde a lo que fue expresamente allí dispuesto.

En este orden de ideas, se dispondrá a título de restablecimiento del derecho que por parte de la entidad demandada se efectuó el cómputo de todos los valores que fueron cancelados año a año a los demandantes desde 2009 -durante los periodos en que hayan fungido como jueces de la República-, comparando la totalidad de los pagos anuales, con el valor correspondiente al total de pagos anuales resultantes de aplicar los porcentajes establecidos por el Decreto 1251 de 2009 -como se efectuó en esta providencia-.

Hecho lo anterior, habrá de reconocerse y pagarse a título de indemnización las diferencias que existan entre lo efectivamente pagado a los jueces demandantes y lo que como mínimo debió pagarse en los términos del Decreto 1251 de 2009, sin que esto conlleve a reconocimiento o incremento alguno en el cálculo de otras prestaciones o aportes al sistema de seguridad social.

Finalmente, atendiendo a las pretensiones de la parte actora dirigidas a que, en lo sucesivo se sigan cancelando los salarios y demás prestaciones devengadas por los jueces de la República respetando los mínimos que fueron establecidos por el Decreto 1251 de 2009 y bajo los mismos derroteros previamente señalados, sobre la imposibilidad de que ello pueda garantizarse mediante la modificación del salario u de otra prestación específica, se dispondrá que, a partir de la emisión de esta sentencia, cada año se efectuó el cómputo de todos los valores cancelados durante el año a cada uno de los demandantes -por los periodos en que funjan como jueces de la República-, y en caso de que dicho valor sea inferior a los

mínimos establecidos por el Decreto 1251 de 2009, se cancele a título de indemnización -en los términos ya señalados- el valor que iguale dichas cifras, este pago deberá efectuarse a más tardar en el mes de febrero de cada año -con el fin de que se tengan en cuenta para dicho cómputo los valores reconocidos por cesantías e intereses a las mismas-.

6. Indexación

Las cantidades resultantes a favor del demandante producto de la condena, se **actualizarán** en su valor de conformidad con el 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha en que fue desvinculado del organismo demandado, 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 el 31 de diciembre de cada periodo anual).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada periodo anual.

7. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia al accederse en forma parcial a las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad, en lo que respecta a los demandantes, de la Resolución 1357 del 15 de septiembre de 2011, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Caldas, a través de la cual se negó la solicitud elevada a través de petición del 16 de agosto de 2011.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad, en lo que respecta a los demandantes, de la Resolución 1491 del 21 de noviembre de 2011, que confirmó por vía de reposición lo dispuesto mediante Resolución 1357 del 15 de septiembre de 2011.

TERCERO: DECLARAR la configuración, existencia y nulidad, en lo que respecta a los demandantes, del acto administrativo ficto, del 04 de diciembre de 2011, que confirmó por vía de apelación lo dispuesto mediante Resolución 1357 del 15 de septiembre de 2011, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Caldas.

CUARTO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho a la Nación – Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial que, efectuó el cómputo de todos los valores que fueron cancelados a Agustín de la Cruz Vélez Sáenz, Andrés Mauricio Montoya Betancur, Norberto Gómez Bonilla, Rosa Jaramillo Echeverri, Bertha Inés Hoyos de Berni, Yaneth Licet Ocampo Vallejo, Laura María Botero Moreno, Jorge Hernán Vargas Rincón, Manuel Iván Hidalgo Gómez, Luis Gonzaga García Bedoya, Mauricio Bedoya Vidal, Orlando Rozo Duarte, Jorge Mario Vargas Agudelo, Sonia Patricia González Gómez, Luz Angela Gabelo Ramírez, Alba Orled Mejía Zambrano, Jorge Hernán Piedrahita Gallo, Irene Rocío Torres Fernández, Jorge Luis Jaramillo Muñoz, Martha Lucía Castaño Arango, Beatriz Elena Otálvaro Sánchez, Ramón Alberto Herrera Ramírez, Luis Fernando Salgado Valencia Mercedes Rodríguez Higuera, Luis Fernando Baquero González, Sandra Lorena Ramírez Flórez, Jaime Soto Ramírez, José Eugenio Gómez Calvo, Gustavo Sanint Ocampo, Hernando Yara Echeverry, Héctor Fernando Álzate Vélez, Julián Marín Ocampo, Germán Márquez Herrera, Pedro Antonio Montoya Jaramillo, Martha Lucía Batistuta Parrado, Jairo Hugo Buriticá Trujillo, Oscar Alberto Cardona Trujillo, María Teresa Chica Cortés, Guillermo Zuluaga Giraldo, Luz Stella Montes Gómez, Luz Marina López González, Julio Néstor Echeverry Arias, Javier Tabares Ramírez, Néstor Jairo Betancourth Hincapié, Nelly Rodríguez Sanabria, Guillermo León Valencia Vásquez, Angela María Cortázar Giraldo, Juan Carlos Arias Zuluaga, Inés Elvira Jaramillo Hoyos, María Jovita Herrera Agudelo, Gladis Eugenia Villareal Carreño, Guillermo León Aguilar González, María Patricia Ríos Álzate, Luis Horacio Peláez Ocampo, y Claudia Consuelo García Reyes, desde 2009 -durante los periodos en que hayan fungido como jueces de la República-, comparando la totalidad de los pagos anuales, con el valor correspondiente al total de pagos anuales resultantes de aplicar los porcentajes establecidos por el Decreto 1251 de 2009 -como se efectuó en esta providencia-.

Hecho lo anterior, habrá de reconocerse y pagarse a título de indemnización las diferencias que existan entre lo efectivamente pagado a los jueces demandantes y lo que como mínimo debió pagarse en los términos del Decreto 1251 de 2009, sin que esto conlleve a reconocimiento o incremento alguno en el cálculo de otras prestaciones o aportes al sistema de seguridad social.

QUINTO: Las cantidades resultantes a favor de los demandantes producto de la condena, se actualizarán en su valor de conformidad con la fórmula y los términos señalados en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: A partir de la emisión de esta sentencia, cada año la demandada deberá efectuar el cómputo de todos los valores cancelados durante el año a cada uno de los demandantes -por los periodos en que funjan como jueces de la República-, y en caso de que dicho valor sea inferior a los mínimos establecidos por el Decreto 1251 de 2009, se cancele -en los términos ya señalados- el valor que iguale dichas cifras, este pago deberá efectuarse a más tardar en el mes de febrero de cada año -con el fin de que se tengan en cuenta para dicho cómputo los valores reconocidos por cesantías e intereses a las mismas-.

SÉPTIMO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y con

los intereses señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la parte demandante.

NOVENO: SIN COSTAS en esta instancia.

DÉCIMO: EJECUTORIADA la presente providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª DE DECISIÓN ORAL

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, mayo trece (13) de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17 001 33 39 007 2014 00351 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Víctor Julio Cuellar Verano
Demandado:	Unidad de Gestión Pensional y de Parafiscales de la Protección Social UGPP
Providencia:	Sentencia No. 81

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, procede a dictar sentencia por vía del **recurso de apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia de 24 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Manizales, mediante la cual se **negaron las pretensiones** de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

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

"PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No 29414 del 27 de junio de 2013, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de la Resolución No RDP03692 del 12 de agosto de 2013.

CONDENAS

PRIMERO: QUE SE CONDENE a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al señor VÍCTOR JULIO CUELLAR VERANO, en su calidad de beneficiario y compañero de la pensionada fallecida MARTHA LUCÍA AGUILAR DE MUÑOZ, a partir del 3 de Abril de 2013 y en la proporción que la ley le otorgue.

SEGUNDO: QUE SE CONDENE a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a reconocer el valor del retroactivo correspondiente, y las mesadas causadas.

TERCERO: Se condene al pago de intereses moratorios sobre las mesadas causadas y no pagadas por efectos del no reconocimiento de la sustitución pensional. En subsidio de lo anterior que se reconozca la indexación sobre las sumas dejadas de cancelar oportunamente.

CUARTO: Se condene en costas a la parte opositora."

2. Hechos

La parte demandante expone lo siguiente:

La señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz convivió bajo el mismo techo con el demandante aproximadamente cinco años, teniendo como último lugar de residencia la ciudad de Manizales, y quien desde el 4 de marzo de 2008 devengaba la pensión reconocida por la entidad demandada.

El señor Víctor Julio Cuellar Verano acompañó a su pareja durante toda su enfermedad hasta la fecha de su fallecimiento e incluso figuró como beneficiario de los servicios de salud y dependía económicamente de los ingresos recibidos por la señora Aguilar de Muñoz, razones por las que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes negada por medio de la Resolución No 29414 del 27 de junio de 2013; acto administrativo en el cual se realizó el reconocimiento a favor de Mauricio Patiño Aguilar, hijo de la causante; decisión confirmada al resolver el recurso de apelación.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Como disposiciones violadas se citan:

Artículos 1, 2, 13, 42 y 48 de la Constitución Política.

Artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Considera la parte actora que la UGPP está desconociendo normas de rango constitucional porque con su negativa a reconocer la pensión de sobrevivientes afectó la condición económica del señor Cuellar Verano y lo puso en desventaja con el beneficiario de la pensión que sí reconoció.

Considera también que su derecho a la igualdad ha sido desconocido por la U.G.P.P. porque en sede administrativa le dieron validez a las pruebas presentadas por los familiares de la causante, pero no a las allegadas por el demandante, con lo cual desconoció que la pareja conformaba una familia; en el mismo sentido, considera también que fue desconocido el contenido del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

6. Contestación de la Demanda.

6.1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Manifestó su oposición a las pretensiones con fundamento en la Ley 797 de 2003 y el artículo 6 de la Ley 1204 del 4 de julio de 2008, haciendo ver que el señor Cuellar Verano sólo aportó un testimonio con el que no se demostró que estuvo con la causante hasta el día del fallecimiento ocurrido el 02 de abril de 2013, razón por la cual asegura que la actuación de la entidad se ajusta a las disposiciones constitucionales y legales aplicables.

6.2. Daniel Mauricio Patiño Aguilar.

El curador ad litem designado para el proceso, presentó contestación a la demanda mediante escrito allegado de folios 145 a 149 del expediente, manifestando que se atiene a lo que se pruebe durante el proceso.

Propuso la excepción de buena fe, por cuanto el reconocimiento efectuado por la demandada se efectuó en un 100% en consideración a que no se encontró acreditada la existencia de otros beneficiarios, decisión que estima, debe mantenerse incólume.

7. Alegatos de Conclusión de Primera Instancia

7.1. Parte demandante.

Comienza por enunciar las pruebas documentales que a su juicio dan cuenta que el señor Víctor Julio Cuellar Verano fue el compañero permanente de la señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz desde el mes de diciembre de 2007 hasta el 02 de abril de 2013, fecha de su fallecimiento.

Con relación a la prueba testimonial, asegura que de tales declaraciones se infiere que entre el demandante y la señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz hubo una convivencia tranquila, continua e ininterrumpida, por lo que considera que la unión marital de hecho de la pareja se encuentra acreditada.

Por último, se ratifica en sus pretensiones y destaca también la actitud pasiva de la entidad accionada, quien no aportó prueba alguna dentro del proceso.

7.2. Parte demandada.

7.1. Daniel Mauricio Patiño Aguilar.

Actuando a través de Curador Ad Litem, insiste en que el reconocimiento pensional efectuado en favor del hijo de la causante, se encuentra amparado por el principio de la buena fe y por ello no es dable ordenar la devolución de las sumas ya canceladas.

7.2. UGPP.

Concluye que el demandante no reúne los requisitos legalmente establecidos para acceder a la pensión de sobrevivientes por lo que no procede reconocimiento alguno a su favor y luego de citar las disposiciones relacionadas con el tema, argumenta que, de acuerdo con las declaraciones recibidas en el proceso, el señor Cuellar Verano no dependía económicamente de la causante en razón a que trabajaba y generaba ingresos propios. Finalmente destaca la buena fe en el actuar de la entidad accionada.

7.3. Concepto del Ministerio Público.

Inicia con el recuento normativo que aplica al caso para explicar que el derecho a la sustitución pensional a favor de compañeros permanentes o cónyuges, surge a partir de la efectiva y comprobada convivencia con vocación de permanencia en el tiempo, aplicando entonces un criterio material que debe ser analizado razonadamente en cada caso.

Refiere a la Ley 797 de 2003, artículo 13, para exponer que el requisito de haber hecho vida marital tiende a proteger a la pareja más cercana al causante con quien compartió e hizo vida en común hasta el momento del fallecimiento, mientras que el haber convivido no menos de 5 años continuos antes de la muerte del causante, tiende a proteger las relaciones con vocación de permanencia.

En su concepto, con las pruebas adosadas al expediente no se demostró por parte del accionante que efectivamente hubiese hecho vida marital con la causante ni que de haber existido convivencia, ésta fuera igual o superior a los 5 años antes del fallecimiento, razón por la que solicita se nieguen las pretensiones deprecadas en este caso.

8. El Fallo Recurrido.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante fallo del 24 de septiembre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la parte actora.

Lo anterior, al considerar que con las pruebas aportadas y recaudadas durante el proceso no se logró acreditar el requisito de convivencia material por el lapso de cinco años anteriores al fallecimiento de la causante; de un lado, porque a ninguno de los testigos les consta de manera directa que el demandante y la señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz

hubiesen compartido el mismo techo durante los últimos cinco años de vida de la causante. Así mismo, señaló que la prueba documental aportada tampoco permite arribar a una conclusión favorable a las pretensiones del actor comoquiera que, el carné de afiliación a Uniser del señor Víctor Julio Verano Cuellar como compañero permanente de la señora Aguilar de Muñoz no acredita la convivencia material ni que ésta hubiese tenido lugar por un lapso de 5 años. Frente a la anotación de la historia clínica en la que consta que el demandante acompañó a la señora Martha Lucía a la clínica no indica necesariamente que ambos convivían de manera permanente. En cuanto al registro fotográfico aportado aduce que, si bien demuestra que entre el señor Cuellar Verano y la señora Aguilar de Muñoz existió una relación, no resulta suficiente para concluir que la misma lo era en calidad de compañeros permanentes y por un periodo de 5 años. Finalmente, señaló que no se probó la dependencia económica del demandante respecto de la causante. (fls. 202-210, C. 1)

9. Recurso de Apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, solicitando que el mismo sea revocado en tanto no valoró en debida forma las pruebas testimoniales aportadas el proceso.

Hace referencia a la fotocopia de la Tarjeta del Plan Exequial Los Olivos, en la que consta el grupo de beneficiarios de la señora Martha Lucía, entre ellos, el señor Víctor Julio Cuellar Verano en calidad de compañero. También, se remite a la anotación contenida en el Carné No. 29076 de Unniser, en donde aparece afiliado el aquí demandante en calidad de compañero. Advierte que en ambos casos, la afiliación perduró hasta la muerte de la causante. También alude al carné de Cosmitet y a la constancia expedida por la Auxiliar de Afiliaciones de dicha entidad, en el cual también aparece aquel como beneficiario.

Itera que acompañó a la mencionada señora hasta sus últimos días y para ello se remite igualmente a la hoja de atención de urgencias de la Clínica la Presentación de Manizales, en la que se registra como fecha de ingreso de la señora Martha Lucía Aguilar, el 10 de febrero de 2013 y como su acompañante, el señor Víctor Julio.

De otro lado, cuestiona a la entidad demandada por el hecho de no haber presentado en juicio el testimonio que le sirvió para negarle el derecho al demandante en vía administrativa, esto es, la declaración del señor José Edison Chiguache, supuesto portero del edificio donde vivió hasta sus últimos días la señora Aguilar.

Considera que el registro fotográfico aportado data del año 2007 al año 2013 y en el mismo aparece la pareja junto con otros miembros de la familia, quedando clara la relación sentimental existente en este caso.

Contrario a lo dicho por el a quo, estima que los testimonios que obran en el proceso dan cuenta de la forma cómo conocieron a la señora Martha Lucía Aguilar y al señor Víctor Julio Cuellar; algunos de ellos porque eran compañeros de trabajo de la causante, otra porque era la peluquera de ambos, y otro más, que fue su vecino mientras tuvieron su residencia en el municipio de Villamaría. El demandante estima que con estos testimonios se prueba el extremo inicial y el extremo final de la relación de pareja objeto de este proceso y por lo tanto, debe accederse al derecho reclamado en su favor. (fls. 212 a 215, C. 1)

10. Alegatos de conclusión.

10.1. Parte demandante.

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación y adicionalmente, alude a un fallo proferido por esta jurisdicción el 11 de mayo de 2020 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el mismo demandante en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que se le reconoció la calidad de compañero permanente de la señora Martha Lucía Aguilar y en consecuencia, se le ordenó a la entidad demandada reconocer y pagar en su favor la sustitución de la pensión ordinaria de vejez que en vida percibía la docente. (fls. 7 a 18, C. 3)

10.2. Parte demandada – UGPP.

Reiteró lo dicho en primera instancia.

-El Ministerio Público no intervino, según constancia secretarial a folio 23 del cuaderno 3.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se resolvió desfavorablemente su solicitud de reconocimiento y pago de una sustitución pensional (pensión gracia) en calidad de compañero permanente de la señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz.

1. Problema Jurídico:

Compete a la Sala determinar, conforme al recurso de apelación interpuesto, los siguientes interrogantes:

- ✓ ¿Cuáles son los requisitos legales para acceder al reconocimiento y pago de una sustitución pensional a la luz del régimen general de pensiones?
- ✓ ¿El señor Víctor Julio Cuellar Verano tiene derecho a que le sea sustituida la pensión gracia de jubilación de que era titular la señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz, en calidad de compañero permanente de ésta?

Para despejar los problemas jurídicos planteados la Sala abordará los siguientes aspectos: i) Marco legal del derecho a la sustitución pensional; ii) Análisis jurisprudencial; iii) Caso concreto.

2. Marco legal del derecho a la sustitución pensional.

Antes de abordar el marco legal del derecho a la sustitución pensional conviene precisar que, en materia de pensión gracia, no existen normas especiales que regulen el reconocimiento de la misma luego de la muerte de su titular, razón por la cual, para efectos de sustitución de pensión gracia y de reconocimiento *post mortem* de dicha prestación debe acudirse a lo dispuesto en el régimen general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003. Así lo ha aceptado el Consejo de Estado en pronunciamientos de la Subsección A de la Sección Segunda, tales como el realizado en sentencia de 28 de enero de 2010, con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 0500 -23-31-000-2004-05315-01(1026-07). De igual forma, en providencia de 4 de marzo de 2010, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09), se indicó:

«[...] que la pensión gracia, tal como lo ha entendido la Jurisprudencia y la Doctrina, es una pensión especial de origen legal cuya gratuidad, es decir, la ausencia de aportes o cotizaciones para tal efecto, no impide su consolidación como derecho adquirido con justo título y por ende su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario, pues una vez configurados los elementos que permiten el otorgamiento de la pensión gracia, se entiende que el derecho ingresa al patrimonio del docente tornándose potencialmente sustituible dada su naturaleza pensional y la categoría de derecho adquirido que obtiene una vez consolidado.

Debe aclararse además que dentro de nuestro ordenamiento legal el régimen de sustitución pensional se consagró como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger el núcleo familiar inmediato del empleado que muere siendo titular de una pensión, de manera que éstos gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del

fallecido, lo que independiza la viabilidad del derecho a la sustitución pensional de la existencia de aportes para conformar el derecho pensional primigenio.

Ahora, si bien la normatividad especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho. [...]»¹ (Negrilla de la Sala).

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Dentro del Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra el Subsistema General de Pensiones, cuya finalidad es garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la referida ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

El derecho a la sustitución pensional (subrogación en el pago por muerte del titular de la pensión), causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo su amparo por no tratarse de un régimen exceptuado o especial, se rige por la siguiente disposición normativa:

ARTÍCULO 47. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*** /Negrilla de la Sala/

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

[...]"

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, Sentencia del 4 de marzo de 2010. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado No. 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09).

De conformidad con la norma en referencia, el requisito para acceder a la sustitución pensional consiste en que el cónyuge o la compañera o compañero supérstite acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. No se advierte otro requisito adicional que deba ser acreditado por la parte interesada para reclamar y acceder a dicha prerrogativa legal.

En efecto, el requisito de dependencia económica respecto del causante se encuentra previsto únicamente para los siguientes miembros del grupo familiar (artículo 13 de la Ley 797 de 2003):

“c) [...] los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

Conviene señalar igualmente que, tal y como está redactada la norma, no se advierte la existencia de tarifa legal para probar la condición de compañera o compañero permanente ni para acreditar el periodo de convivencia mínimo requerido; luego entonces, puede acudir para ello a los medios de prueba ordinarios establecidos en el Código General del Proceso.

3. Análisis jurisprudencial.

La Corte Constitucional ha abordado el estudio del derecho a la seguridad social a partir de su consagración constitucional (artículo 48), dejando en evidencia que se trata de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, que debe ser garantizado a todos los colombianos en pie de igualdad.

En relación con la protección derivada de la contingencia por muerte del afiliado cotizante o del pensionado, ha precisado lo siguiente²:

“[...]”

3.3. Específicamente, frente a la pensión de sobrevivientes, esta Corporación ha indicado que aunque la ley la regula en términos generales, esta figura concibe dos supuestos diferentes: la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes propiamente dicha^[80].

² Corte Constitucional, sentencia T-001/20. Referencia: expediente T-7.514.242. Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER. Bogotá D.C., catorce (14) de enero de dos mil veinte (2020).

Ambos conceptos han sido analizados por esta Corte al desarrollar lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por ejemplo, en la sentencia T-071 de 2019^[81] se indicó:

“De la norma precitada, la jurisprudencia constitucional distingue dos modalidades para hacerse beneficiario de la prestación en cuestión; por una parte, la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular pensionado por vejez o invalidez-, por lo que ocurre strictu sensu una sustitución pensional. Por otra parte, el reconocimiento y pago de una nueva prestación de la que no gozaba el causante, quien era un afiliado, caso en el cual, ‘se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior’^[82].

Así las cosas, al precisar el propósito de la sustitución pensional, la sentencia T-685 de 2017^[83] señaló que:

“Esta prestación tiene la finalidad constitucional de garantizar condiciones de vida digna a los familiares del causante que en vida dependían económicamente de él; así pues, la sustitución pensional está inspirada en los principios de estabilidad económica y social para los allegados del causante, reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados; y, universalidad del servicio público de seguridad social.”

En ese sentido, y teniendo en cuenta las particulares del caso que hoy se analiza, es claro que el supuesto de derecho que puede estar en cabeza de la accionante es el de la sustitución pensional, por lo que en adelante, cuando se haga alusión a la pensión de sobreviviente, deberá entenderse que se refiere a la sustitución^[84].

En tratándose del cónyuge, compañera o compañero permanente, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho; así lo ha dejado claro la Corte Constitucional al considerar al respecto que³:

[...] La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido²⁴. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.”

Así mismo, el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de octubre de 2008, expediente No. 0757-04, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, advirtió lo siguiente:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado

³ sentencia T1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.

Precisado el requisito para obtener el derecho a la sustitución pensional y teniendo claro que existe libertad probatoria para acreditarlo en el marco de un proceso judicial como el que nos ocupa, se procederá a analizar el caso concreto a partir de las pruebas allegadas al plenario.

4. Caso concreto.

Se encuentra debidamente acreditado que a la señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz le fue reconocida una pensión gracia por parte de Cajanal hoy UGPP, mediante la Resolución No. 9112 del 4 de marzo de 2008. (Expediente Administrativo cuaderno 2)

Con el Registro Civil de Defunción visible a folio 3 del cuaderno 1, queda demostrado que la señora Martha Lucía Aguilar de Muñoz falleció el día 2 de abril de 2013.

Así mismo, se pudo establecer que mediante la Resolución No. RDP 029414 del 27 de junio de 2013, la UGPP le reconoció una pensión de sobrevivientes⁴ al joven Daniel Mauricio Patiño Aguilar en calidad de hijo de la señora Martha Lucía Aguilar, efectiva hasta el 19 de noviembre de 2015, día anterior al cumplimiento de 25 años de edad, siempre y cuando el beneficiario estuviese incapacitado para trabajar en razón de sus estudios. Allí mismo, se negó el derecho pensional al señor Víctor Julio Cuellar Verano considerando que el mismo no acreditaba cinco años de convivencia con la causante. (fls. 36 a 40, C. 1)

La anterior decisión fue confirmada por medio de la Resolución No. RDP 036902 del 12 de agosto de 2013. (fls. 42 y 43, C. 1)

Unido a lo anterior, fue aportado como elemento de prueba, la copia de un carné que acredita al demandante como beneficiario – en calidad de compañero de la señora Martha Lucía – de un plan exequial en la Funeraria Los Olivos. (fl. 2, C. 1). Sobre este elemento de prueba conviene señalar que, pese a la clara indicación de la calidad con que fue inscrito el aquí demandante, ese documento por sí sólo no acredita la convivencia efectiva de la pareja durante un periodo mínimo de cinco años anteriores al deceso de la pensionada.

⁴ Entiéndase sustitución de pensión gracia.

Resta decir que la nota manuscrita al pie de la copia del carné, no tiene valor probatorio en tanto y comoquiera que no se tiene certeza de quién la hizo; tampoco corresponde a una certificación formalmente expedida por el prestador del servicio en donde se indique el periodo durante el cual se mantuvo activamente afiliada tanto la titular como sus beneficiarios.

A folio 4 del cuaderno 1 obra un documento con el logotipo de “UNNISER”, en el cual se relaciona como titular del servicio a la señora Martha Lucía Aguilar y como beneficiarios al demandante en calidad de “esposo”, al hijo Daniel Mauricio Patiño Aguilar, a la madre, a una hermana y a una nieta. No obstante, con este documento sucede lo mismo que con el anteriormente relacionado, esto es, no resulta suficiente para demostrar la comunidad de vida real y efectiva con la causante durante el lapso mínimo requerido por la ley, además que dicha afiliación data apenas del día 7 de julio de 2012.

Lo propio se predica de la certificación expedida por la Auxiliar de Afiliaciones de Cosmitet, en donde a pesar de señalarse que el demandante fue beneficiario de la señora Aguilar, no se precisa la fecha a partir de la cual tuvo lugar la afiliación de éste en tal condición; solamente se indica que la afiliación de la docente comenzó el 01 de octubre de 2004 y se mantuvo hasta el 6 de mayo de 2013 (fl.7 C.1).

En cuanto a la hoja de atención de urgencias⁵ en la que se registra el ingreso de la señora Martha Lucía a la Clínica de la Presentación de esta ciudad el día 10 de febrero de 2013, ha de señalarse que con la misma se prueba que fue el señor Víctor Julio Cuellar Verano quien acudió como acompañante y responsable de la paciente, y aunque éste se anunció como su “esposo”, lo cierto es que ese documento, en estricto sentido, solamente permite inferir que en esa fecha se encontraban juntos y que existía entre ellos lazos de solidaridad y afecto; no necesariamente es prueba de una convivencia continuada e ininterrumpida en la cual se comparte mesa y cama bajo un mismo techo, que es el rasgo que distingue una relación entre compañeros permanentes y una mera relación de noviazgo.

Dentro del acervo probatorio también se halla un registro fotográfico en el que supuestamente aparece la señora Martha Lucía Aguilar y el señor Víctor Julio Cuellar departiendo juntos y en varias de ellas con explícitas manifestaciones de afecto, propias de una relación sentimental o romántica. Este material, ciertamente, indica que existió una relación amorosa entre ambos; sin embargo, no puede perderse de vista que ese tipo de manifestaciones de afecto bien puede darse entre novios, compañeros permanentes esposos u otro tipo de relación sentimental; y lo que se busca determinar en este proceso es la existencia de un vínculo entre compañeros permanentes con los rasgos y características propias de éste, vale decir, vocación de permanencia, continuidad, apoyo

⁵ Folio 6, C. 1.

económico y moral, comunidad de vida singular que implica compartir un mismo lecho, techo y mesa de manera cotidiana. Es este tipo de relación la que busca proteger – desde el punto de vista pensional - el ordenamiento legal vigente; de ahí que se exija un tiempo mínimo de convivencia de 5 años como indicativo de una relación de pareja que cohabita de manera estable, constante y solidaria; descartando así las relaciones casuales, intermitentes o de simple noviazgo.

Valga agregar que se desconoce la autoría de las notas al pie del registro fotográfico por lo que no puede establecerse su autenticidad.

Así las cosas, el tipo de relación que sostuvieron el aquí demandante y la señora Aguilar no se prueba plenamente con registros fotográficos y con las manifestaciones que a pie de página de éstos se hace sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomados; si bien no existe tacha o desconocimiento de los mismos por parte de la entidad demandada, dichas imágenes no resultan suficientes para arribar a una conclusión fiable en torno a la cohabitación de la pareja y ante todo, de los extremos temporales de la misma.

Cabe señalar también que en el curso de la primera instancia se recaudaron testimonios que en su momento fueron analizados por el a quo y que se retoman en esta instancia a efectos de desatar el recurso de apelación y establecer sí, como lo dice el demandante, de los mismos se desprende una convivencia no inferior a cinco años anteriores al deceso de la señora Martha Lucía.

Así pues, el testimonio rendido por la señora Beatriz Escobar Calderón da cuenta de lo siguiente:

Al preguntársele desde cuando conoce al señor VÍCTOR JULIO
RESPONDE: *"Yo lo conozco desde 2009, 2010 aproximadamente que él*
llegó a la barbería siempre iban juntos a la barbería **PREGUNTA:** *Sabe usted*
cual era la relación que llevaba el señor VÍCTOR JULIO VERANO CUELLAR
con la señora MARTHA LUCÍA AGUILAR, **RESPONDE:** *la relación yo creo*
que de pareja porque siempre andaban juntos, **PREGUNTA:** *Sabe usted si*
el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR convivía bajo el mismo techo con la
señora MARTHA LUCIA. **RESPONDE** *Si señor.* **PREGUNTA** *Por qué lo*
sabe? **RESPONDE:** *Ella me lo contó, pues él no pero ella sí.* **PREGUNTA:**
Sabe usted si el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR dependía económicamente
de alguien? **RESPONDE** *pues él trabaja...* **PREGUNTA:** *Sabe usted si lo*
conoció, como era el trato entre ellos dos? **RESPONDE:** *Muy bien, ellos se*
querían mucho... **PREGUNTA:** *Infórmele al despacho si usted sabe si ellos*
vivieron en la misma casa compartiendo con el hijo de la señora MARTHA?
RESPONDE: *Sí, ellos compartieron con el hijo de ella.* **PREGUNTA:** *Sabe*
usted el nombre del hijo al que nos estamos refiriendo. **RESPONDE:** *Yo sí*
sé pero no de me acuerdo MAURICIO creo ...ellos lo nombraban pero no me
acuerdo bien." (Subrayado del Despacho)

La deponente, en su declaración, deja ver un conocimiento muy superficial de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la relación entre el señor Víctor Julio

Cuellar y la señora Martha Lucía Aguilar, de modo que sólo le consta que ambos acudían como pareja a su peluquería para requerir sus servicios aproximadamente cada mes; vale decir, no es una testigo a la que le conste directamente la cohabitación de la pareja, esto es, de ese lugar común en donde compartían diariamente sus alimentos y su lecho, asumiendo mancomunadamente el sostenimiento del hogar.

Sumado a ello, aduce que conoció al señor Cuellar Verano en el año 2009 o 2010 aproximadamente y por lo tanto no da cuenta de la convivencia real y efectiva de dicha pareja durante al menos cinco años anteriores al fallecimiento de la causante, el cual ocurrió en el año 2013.

Igualmente, se recibió el testimonio de la señora María Nelly Marulanda de Duque, quien expuso lo siguiente.

"PREGUNTA: Conoce usted al señor VÍCTOR JULIO CUELLAR VERANO, en caso afirmativo desde hace cuánto y por qué razón? **RESPONDE:** Yo lo conozco a él hace 7 años porque yo lo conocí a través de mi amiga MARTHA LUCÍA, nosotros estuvimos en un congreso en Pereira y a raíz de eso me conocí yo allá con ella, a raíz y por medio de ella luego me dí cuenta de la relación que ellos tenían como pareja. **PREGUNTA:** Sabe usted si el señor VICTOR JULIO CUELLAR convivía bajo el mismo techo con la señora MARTHA LUCÍA AGUILAR, si lo sabe por qué lo conoce? **RESPONDE:** Porque ellos vivían en Villamaría como pareja, él por motivos de trabajo, viajaba y regresaba, viajaba y regresaba y tenían una convivencia **PREGUNTA:** Sabe usted si el señor VICTOR JULIO CUELLAR dependía económicamente de alguien **RESPONDE:** No, el señor siempre ha trabajado... **PREGUNTA:** infórmele a este Despacho si la convivencia entre el señor VICTOR CUELLAR y la señora MARTHA LUCÍA AGUILAR fue en forma permanente y continua. **RESPONDE:** Ellos si llevaban, en lo que yo sepa, antes de que ella muriera llevaban como cinco años, y sé que el permanecía con ella pero viajaba mucho por cuestiones de trabajo, venía y se iba, y regresaba todo el tiempo. **PREGUNTA:** Infórmele a este Despacho si usted sabe y le consta que el señor VICTOR CUELLAR asistiera a la señora MARTHA LUCIA en su última enfermedad: **RESPONDE.** Bueno eso si yo no lo puedo decir, eso si yo no tengo certeza porque yo me di cuenta de la enfermedad de ella, que estuvo muy grave a través de un cáncer, de que ellos estuvieron juntos pero cuando yo fui a visitarla antes de morir ella estaba con una hija. **PREGUNTA** infórmele a este Despacho si la convivencia entre VICTOR CUELLAR Y MARTHA AGUILAR se dio hasta la muerte de ella. **RESPONDE:** Sí, incluso yo estuve hablando con ella y me dijo que hasta el último momento estuvieron juntos... **PREGUNTA:** Sabe usted o le consta si con el producto de lo que trabajaba colaboraba con el hogar a la señora MARTHA. **RESPONDE.** Pues según las palabras de la señora MARTHA me decía que sí, eso sí directamente que yo sepa solamente lo sabe ellos, lo que ella hablaba conmigo me decía que sí, que él era muy especial con ella y le colaboraba y todo..." (subrayado del Despacho)

Esta declaración fue rendida el 12 de septiembre de 2017, razón por la cual se concluye que la deponente conoció al señor Víctor Julio Cuellar en el año 2010, esto es, solamente tres años antes del fallecimiento de la señora Aguilar. Dice que luego se dio cuenta de la relación de pareja que aquellos sostenían aunque no señala la fecha en que comenzó entre

ellos una convivencia permanente bajo un mismo techo; curiosamente, afirma que la relación duró 5 años anteriores al deceso de la señora Martha Lucía y se pregunta entonces la Sala ¿cómo es que ello le consta cuando solamente conoció al aquí demandante en el año 2010?.

Ciertamente, no se trata de un testigo directo que permita establecer la fecha de inicio de la convivencia que se alega por el demandante; su declaración es somera y no denota un conocimiento cercano de esa relación. Alude únicamente a una visita realizada por ella a la señora Martha Lucía antes de su muerte, precisando que en ese momento se encontraba en compañía de la hija y no del señor Víctor Julio, sin dar más detalles sobre la ausencia del mismo en esa ocasión.

Del testimonio rendido por el señor Hernán Cartagena Franco se extrae lo siguiente:

"PREGUNTA: Conoce usted al señor VÍCTOR JULIO CUELLAR VERANO, en caso afirmativo, por qué? **RESPONDE:** lo conozco por ahí unos ocho o diez años, más o menos, lo conocí por la compañera MARTHA AGUILAR... **PREGUNTA:** Sabe usted si la señora MARTHA tenía algún tipo de vínculo con el señor VICTOR JULIO CUELLAR VERANO. **RESPONDE.** Sí señor. **PREGUNTA:** Por qué lo sabe? **RESPONDE:** Porque yo entendía que ellos eran pareja y él en algunas ocasiones, en algunos eventos del colegio la acompañaba a algunas cosas. **PREGUNTA:** Sabe usted si el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR convivía bajo el mismo techo con la señora MARTHA LUCIA. **RESPONDE:** Sí señor. **PREGUNTA:** Infórmele a este Despacho si usted tuvo conocimiento de que el señor VÍCTOR acompañara a la señora MARTHA en su última enfermedad? **RESPONDE:** Yo fui a visitarla varias veces y lo ví con ella en la casa... **PREGUNTA:** Infórmele a este Despacho si es de su conocimiento y le consta, si la convivencia entre VÍCTOR CUELLAR Y MARTHA AGUILAR se sostuvo hasta el momento en que ella falleció? **RESPONDE:** Creo que sí, pues a mí me parece que si... **PREGUNTA:** Por qué le consta que a la señora MARTHA y al señor VÍCTOR JULIO CUELLAR convivieron bajo el mismo techo? **RESPONDE:** Porque tuve la oportunidad de ir a la casa de ella a realizar eventos, cumpleaños por ejemplo y ahí estaba con él. **PREGUNTA:** Obra en el expediente constancia de que la señora MARTHA LUCIA AGUILAR vivió en el edificio Bellavista, tiene usted conocimiento de ese hecho. **RESPONDE:** Bellavista, yo conozco la casa que ellos tienen en Villamaría y que vivieron allá no sé dónde más vivirían." (Subrayado del Despacho)

Frente a esta declaración es dado señalar que el testigo no aporta un dato preciso sobre la fecha o año en que conoció al señor Víctor Julio Cuellar Verano y si en gracia de discusión se aceptase que lo fue en el año 2008, esto solamente daría cuenta del momento a partir del cual tuvo conocimiento que aquel era la pareja de la señora Martha Lucía Aguilar aunque sin precisar si lo era a título de novio o compañero permanente. De la convivencia real y efectiva de la pareja bajo un mismo techo no aporta mayor información; solamente afirma que visitó en varias ocasiones a su compañera de trabajo cuando ésta se hallaba enferma y en esos momento observó que el aquí demandante se encontraba con ella en la casa; sin embargo, no queda claro para ese juez colegiado si la presencia del actor en esos

momentos era transitoria u obedecía a que aquel era su lugar de residencia fijo y estable, donde tenía instaladas sus pertenencias y ejercía el rol de jefe de hogar.

Tal y como lo hizo ver el a quo, cuando el deponente afirma que iba a la casa de su colega cuando se realizaban *“eventos, cumpleaños por ejemplo”*, significa que veía al señor Víctor Hugo allí en ocasiones especiales y no de manera cotidiana, *“destacándose de ello que tal circunstancia no es necesariamente indicativa de la calidad de compañeros permanentes, pues en una relación de pareja en la que no hay convivencia, es también muy probable que a sus miembros se les vea juntos en ocasiones especiales sin que indispensablemente vivan juntos, como lo sería el caso en el que apenas se llevara una relación de noviazgo.”*

En esa misma línea de pensamiento se sopesa el testimonio del señor José Orlando Valencia, pues aunque asegura haber visitado a la pareja por razones de trabajo, ya se ha dicho que la sola presencia del señor Cuellar Verano en la casa de la causante durante tales reuniones no indica, per se, que tuviera asentado allí su lugar de residencia con vocación de permanencia, con el arraigo propio que genera la conformación de una familia; nótese que el testigo nada dice sobre el cumplimiento por parte de aquel, de las cargas propias que conlleva el sostenimiento y administración de una casa, de la rutina que normalmente conoce quien hace parte de la familia, quien es vecino o amigo cercano.

Se advierte, además, que el testigo solamente compartió con la pareja en la casa ubicada en el municipio de Villamaría y dejó ver su desconocimiento sobre la última residencia de éstos en el Edificio Bellavista ubicada en el barrio Milán de esta ciudad. De ahí que al preguntársele sobre su conocimiento acerca de la presencia y acompañamiento del señor Víctor a la señora Martha Lucía en sus últimos días, afirmara que *creía que sí, que le parecía que sí*; vale decir, no le consta ese hecho, no está seguro del mismo y por lo tanto, se trata de una mera suposición que carece de valor probatorio en este proceso y en nada contribuye a probar el extremo final de la supuesta convivencia que se alega por el demandante.

De la declaración del señor Luciano Antonio Arias Osorio no se extraen afirmaciones contundentes que denoten un verdadero conocimiento y cercanía con la pareja ya mencionada; esto, sumado al hecho de que no les volvió a ver desde que se dio el cambio de residencia a la ciudad de Manizales. Veamos:

"PREGUNTA: *¿Sírvese informar si usted conoce al señor VÍCTOR JULIO CUELLAR VERANO, en caso afirmativo hace cuánto tiempo y por qué razón?* **RESPONDE:** *Sí, lo conocí en Villamaría... porque ellos vendían unos productos que llaman Omnilife.* **PREGUNTA:** *¿Sírvese informar si usted conocía a la señora MARTHA LUCIA AGUILAR, en caso afirmativo desde hace cuánto tiempo?* **RESPONDE:** *Yo creo que antes del 2008, porque ella era vecina mía, tenemos casa en el mismo barriecito, casi en la misma... yo soy de la 7B y ella era de la 8, éramos casi vecinos,* **PREGUNTA:** *¿sabe*

usted si el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR tenía algún tipo de relación la señora MARTA LUCIA? **RESPONDE:** Pues creo que eran que le digo yo pareja... **PREGUNTA:** ¿Sabe usted si el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR vivía bajo el mismo techo con la señora MARTHA LUCIA? **RESPONDE:** Sí, ellos vivían, si prácticamente sí... **PREGUNTA:** ¿Sabe usted si el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR dependía económicamente de alguien o tenía algún trabajo? **RESPONDE:** Pues el mismo producto que le comento pues el mismo producto vendiendo esos productos de Omnilife. **PREGUNTA:** ¿Sabe usted cuanto tiempo fue la convivencia entre ellos dos, entre el señor VÍCTOR JULIO y la señora MARTHA LUCIA? **RESPONDE:** Pues la realidad fue que yo los conocí antecitos del 2008, y ellos partieron para creo que fue para Milán tengo la idea no estoy muy bien pero creo que fueron para Milán en el 2010...cambiaron de residencia. **PREGUNTA:** ¿Infórmele a este Despacho si durante el tiempo que usted los conoció ellos vivieron, el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR y la señora MARTHA LUCIA AGUILAR vivieron en forma continua bajo el mismo techo? **RESPONDE:** Doctora, la verdad es que uno no puede decirlo si o no cierto, porque pues yo los conocí como pareja y ellos andaban no sé hasta que salieron del barriecito donde yo, donde nosotros vivíamos demás que sí, porque ellos salieron para Milán juntos, entonces era porque estaban... **PREGUNTA:** ¿Después de que ellos se fueron para Milán usted volvió a tener contacto con ellos? **RESPONDE:** Yo no los volví a... visitarlos porque no los visitaba, porque vivíamos ahí cerquita pero yo no los visitaba pero sí creo que ellos siguieron viviendo juntos. **PREGUNTA:** ¿Usted conoció de la muerte de doña MARTHA? **RESPONDE:** La verdad fue que yo en ese entonces haber, fue como en el 2010, que yo me la encontré aquí en la Catedral y yo la ví a ella muy deteriorada y le pregunté que, me dijo Lucio he estado muy enferma y yo no la volví a ver, murió y a mí no me dijeron y como yo soy también tan ocupado yo soy una persona muy ocupada yo salgo a las seis de la mañana a la calle y vengo por ahí a las nueve o diez de la noche. (Subrayado del Despacho)

Finalmente, en relación con el testimonio de la señora Martha Lucía López de Gutiérrez se tiene lo siguiente:

"PREGUNTA: Sírvase informar al despacho si conoció o si conoce al señor VÍCTOR JULIO CUELLAR VERANO, en caso afirmativo por qué lo conoce y desde hace cuánto tiempo? **RESPONDE:** desde 2007, porque yo pertenezco a una organización que se llama Omnilife y entonces todos los eventos que hacían nos encontrábamos y porque ellos iban a la casa de nosotros VÍCTOR y MARTHA y nosotros también los visitábamos allá en Villamaría cuando hacíamos las reuniones. ... **PREGUNTA:** Sabe usted cual era la relación que llevaba la señora MARTHA LUCIA con el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR? **RESPONDE:** sí, ellos vivían juntos porque cuando nosotros nos conocimos nos hicimos muy buenos amigos de MARTHA y entre mujeres se cuenta uno, ella estaba muy feliz con esa relación con VÍCTOR. **PREGUNTA:** Sabe usted si el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR VERANO tenía unas buenas relaciones con la señora MARTHA LUCÍA? **RESPONDE:** Sí, vivían muy rico paseaban y ellos cuando iban a pasear a la casa a tomar los algos se veían muy alegres y ella decía que se sentía muy feliz con él... **PREGUNTA:** Sabe usted cuánto tiempo convivieron ellos dos el señor VÍCTOR JULIO CUELLAR y la señora MARTHA AGUILAR, más o menos? **RESPONDE:** Más o menos yo los conocí en el 2007 y como hasta el 2013, porque ellos vivían en Villamaría y luego se pasaron a vivir a Milán y nosotros vivíamos ahí cerquita por el Coliseo, pero así exactamente no sé. **PREGUNTA:** Infórmele a este Despacho si la convivencia entre VÍCTOR CUELLAR y la señora MARTHA AGUILAR fue continua desde que usted los conoció hasta la muerte de ella. **RESPONDE:** Sí, siempre vivieron juntos como le digo salían mucho iban a la casa y siempre los veía uno muy alegres y ella como yo también soy viuda ella me decía consígase a alguien porque

*yo estoy feliz, feliz con VÍCTOR que porque es que VÍCTOR es de muy buen genio tuvieron una relación muy estrecha. **PREGUNTA:** Infórmele a este Despacho si el señor VÍCTOR acompañó a la señora MARTHA durante la enfermedad: **RESPONDE:** Sí y estuvo muy triste porque ella como se fue desmejorando cuando vivían en Milán él siempre estuvo muy pendiente de ella y cuando ella se murió también se le veía y se puso muy flaco y todo y una cosa que quiero decir es que me parece tan noble porque ellos vendieron esa casa en Villamaría y compraron la otra, mire que él no hizo nada por pelear esa casa de Milán, la vendieron la familia y todo sabiendo que hoy en día se enreda tan fácil cuando uno consigue alguna cosa después de una relación." (Resaltado del Despacho)*

En torno a esta testigo se recalca que, si bien señala que conoció a la pareja conformada por el señor Víctor Hugo Cuellar y la señora Martha Lucía Aguilar desde el año 2007 hasta el año 2013, se limita a comentar lo mismo que los demás testigos, esto es, que los veían juntos en la casa de Villamaría cuando hacían reuniones de trabajo y que ellos los visitaban también. La deponente aduce que supo de la convivencia entre ellos porque la señora Aguilar se lo comentó; pero no observa la Sala que lo supiera porque hubiese sido testigo directo de que el señor estuviera radicado de forma permanente en la vivienda junto a su pareja, que pernoctara, consumiera sus alimentos diarios y tuviera sus pertenencias en ese lugar, que asumiera obligaciones o cargas domésticas junto con la causante y en general, que diera muestras claras de que se trataba de su compañero permanente y no simplemente de un novio con quien se disfruta de diversos aspectos de la vida, pero sin ese ingrediente de permanencia, de apoyo moral y económico constante e invariable que emerge de la convivencia bajo el mismo y singular techo.

Como puede verse, no existen elementos probatorios que permitan concluir que en el sub examine se cumple con el requisito mínimo de convivencia para acceder a la sustitución pensional al amparo del régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Resta decir que en los alegatos de conclusión presentados por el demandante en esta segunda instancia, se dio a conocer que mediante sentencia proferida el 11 de mayo de 2020 por un Juzgado Administrativo de esta ciudad, se le reconoció la sustitución de la pensión ordinaria de vejez al señor Víctor Julio Cuellar Verano en calidad de compañero permanente de la señora Martha Lucía Aguilar. No obstante lo anterior, debe indicarse que el presente proceso es independiente de aquel y en esa misma medida se valoran las pruebas documentales y testimoniales que obran en este caso, en donde lo solicitado es la sustitución de una pensión gracia. Es de agregar que no se conocen los detalles de las declaraciones rendidas en aquel proceso y que le llevaron al juez a tomar una decisión favorable a las pretensiones del demandante; sí se conoce, en cambio, las declaraciones que de principio a fin rindieron tales testigos en este proceso y es por el análisis que se hace de las mismas - en conjunto con las demás pruebas aportadas -, que se decide negar las pretensiones y por ende, confirmar la sentencia de primer grado.

4. Costas.

No hay condena en costas en esta instancia porque la demanda no careció de fundamento razonable en derecho.

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor **Víctor Julio Cuellar Verano** contra la **UGPP**.

Segundo: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 117

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-006-2016-00137-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Olga Patricia Parra Parra
Demandados: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur
Vinculada: Graciela Valencia Agudelo

Se decide el recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones i) 4568 del 23 de junio de 2015 y 6798 del 23 de septiembre de 2015, y ii) el oficio 8874/GTS SDP del 4 de mayo de 2016, expedidos por Casur. En consecuencia, se ordene a la demandada proferir un nuevo acto donde se reconozca y pague la sustitución de la asignación mensual de retiro del agente Pedro Nel Garzón Sabogal, a la demandante en calidad de compañera permanente, en un porcentaje del 50%.

1.2. Sustento fáctico

Expuso que, el señor Pedro Nel García Sabogal falleció el 26 de agosto de 2014, habiendo sido titular de la asignación de retiro reconocida por Casur mediante Resolución 002547 del 26 de abril de 2005.

Que el Señor Garzón Sabogal y la demandante vivieron en unión libre durante siete años continuos, compartiendo techo, mesa y lecho, hasta su fallecimiento. Que

mediante Escritura Pública 5074 el 17 de julio de 2014 declararon su unión marital de hecho. Que no obstante lo anterior, el causante tenía vigente un vínculo matrimonial con la Señora Graciela Valencia Agudelo con quien tenía una separación de hecho de más de diez años para el momento de su fallecimiento, sin que hubiese entre ellos vínculo o relación alguna.

Que mediante Resolución 4568 del 23 de junio de 2015 Casur reconoció el pago de la asignación mensual de retiro a la Señora Graciela Valencia Agudelo. Que la demandante solicitó la sustitución de asignación de retiro como sobreviviente de su compañero permanente ante Casur el 24 de agosto de 2016.

Que Pedro Nel Garzón Sabogal y la demandante nunca interrumpieron su convivencia en los últimos siete años de vida del causante, acentuado este hecho incluso como consecuencia de los quebrantos de salud del mismo, durante los últimos meses anteriores a su fallecimiento. Que mantuvieron el auxilio mutuo durante su relación, brindándose acompañamiento espiritual, apoyo económico y vida en común.

Que la demandante quedó desamparada con el fallecimiento de su compañero, no solamente en la parte moral o espiritual, sino también por cuanto él era quien se encargaba del pago de los servicios públicos domiciliarios y de comprar el mercado, lo cual hacía con la asignación mensual de retiro que recibía.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Invocó los artículos 2, 6, 48 y 53 de la Constitución, artículos 47 de la Ley 100 de 1993, Decreto 4433 de 2004, y Decreto 1212 de 1990. Enfatizó que, Pedro Nel Garzón Sabogal y la demandante, hicieron vida en común durante siete años y hasta el día en que falleció el asegurado, brindándose de manera permanente apoyo mutuo, económico y espiritual. Durante los últimos cinco años de vida del asegurado Pedro Nel Garzón Sabogal, no hubo convivencia simultánea con ninguna otra persona, sino única y exclusivamente con la demandante. Por lo tanto concluye que, cumple a satisfacción los requisitos exigidos en el artículo 11.3 parágrafo 2°, literal b, del Decreto 4433 de 2004, para acceder el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. Casur no contestó la demanda.

2.2. Graciela Valencia de Garzón: (vinculada) en calidad de cónyuge sobreviviente se opuso a las pretensiones de la demandante; sobre los hechos expresó que unos son ciertos y los demás no le constan. Afirmó que, está probada la legítima unión y

permanencia por más de 37 años entre ella y el señor Garzón Sabogal, no solo la convivencia, el apoyo mutuo que tenían, la solidaridad de pareja y en compartir en familia todos y cada uno de los momentos especiales y cotidianos, cumpleaños, grados, navidades, y que es esta razón la que permite establecer que la única persona con derecho a exigir la pensión del causante es su esposa, con la que sostuvo un vínculo hasta su fallecimiento.

Propuso las excepciones tituladas: *“falta de legitimación en la causa por activa” “cobro de lo no debido”, “causa ilícita para pretender la declaración de la unión marital”, “ausencia de cumplimiento de requisitos legales, para la declaración de unión marital de hecho”, “ausencia de veracidad en el contenido del documento y la correspondencia de este con la realidad”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de *‘cobro de lo no debido’, ‘causa ilícita para pretender la declaración de la unión marital’, ‘ausencia de cumplimiento de requisitos legales, para la declaración de unión marital de hecho’*, propuestas por la señora Graciela Valencia de Garzón, en calidad de vinculada, y **negó las pretensiones** invocadas por la señora Olga Patricia Parra Parra.

Para fundar su decisión señaló que, en atención a que la vinculada Graciela Valencia De Garzón falleció en el curso del proceso, el 27 de diciembre de 2017, el objeto de debate es establecer si la señora Olga Patricia Parra como compañera permanente del causante Pedro Nel Garzón Sabogal, cumple con los requisitos de tiempo de convivencia plasmados en el Decreto 4433 de 2004, para efectos de conceder la sustitución de la asignación de retiro.

Que revisados los medios probatorios se concluye que, se presentan inconsistencias en cuanto a la fecha que debe tenerse en cuenta para efectos de contabilizar el tiempo de convivencia que podía haber existido entre la demandante Olga Patricia Parra y el señor Pedro Nel Garzón Sabogal; y por otro lado, es claro que entre la vinculada la señora Graciela Valencia De Garzón y el Señor Pedro Nel Garzón Sabogal existió una relación como esposos que duró 36 años y que el causante era quien velaba por las obligaciones del hogar y la manutención de la señora Graciela Valencia De Garzón.

Por lo tanto concluyó que, las pruebas allegadas no le permiten a la demandante acreditar el tiempo mínimo de cinco años de convivencia para acceder a la sustitución de asignación de retiro mensual que devengaba el señor Pedro Nel Garzón Sabogal.

4. Apelación

Olga Patricia Parra (demandante) solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se declare a su favor el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro. Afirmó que las pruebas fueron indebidamente valoradas, para ello refirió que:

-. La declarante Gloria Yaneth Valencia Márquez manifiesta de manera detallada como fue la convivencia del causante con la demandante, aspecto que le consta por situaciones bien particulares, debido al hecho de ser la esposa del exesposo de la demandante y vivir en el mismo inmueble de residencia de aquellos, adicionalmente da cuenta de lo que le consta en lo referente a la relación del Señor Garzón Sabogal con su esposa e hijas, por cuenta de lo que el causante le manifestaba a la testigo.

-. La declarante María Melva Jiménez De Montoya narra de manera clara y detallada la relación del causante con la demandante, aspectos que le constan por razón de la familiaridad y cercanía con la familia de esta última, lo que hace de su testimonio una prueba irrefutable que prueba la relación de las partes.

-. La declarante Camila Aguirre da fe de la relación desarrollada entre el causante y la demandante, no obstante algunas imprecisiones, sí se enteró y tuvo una percepción directa de cómo era la relación entre estos, manifestando conocer y notar que había una relación de esposos que era observada por ella y por los vecinos.

-. La declarante Luz Nery Montoya De Torres, si bien es cierto no aporta fechas exactas, da cuenta de la relación de pareja desarrollada entre el causante y la demandante, guardando armonía y relación con lo expuesto por la señora María Melva Jiménez.

-. Olga Patricia Parra al absolver interrogatorio de parte, da cuenta de la relación desarrollada con su compañero permanente, las circunstancias de cómo fue la convivencia y en especial del desarrollo y evolución de la enfermedad del causante, dejando claro que, fue ella quien estuvo al tanto de este aspecto durante ese episodio, siendo este un testimonio claro que no vislumbra asomo alguno de dudas en cuanto a que lo expuesto por ella estuvo ajustado a la realidad de los hechos.

-. En cuanto a la prueba documental refiere que, del material fotográfico y de video allegado por la demandante, se tiene que: en los videos del 2007 C.D. No. 2, C.D. No. 3 y del 19 de septiembre de 2009 puede observarse al causante en diferentes instantes de la grabación, compartiendo con la demandante. Que de los videos y fotografías se puede apreciar un verdadero ambiente de familiar y de camaradería que data desde 2007, contrario a lo visto en el mismo material aportado por la demandada en la que se nota, que las tomas y fotografías obedecen en su mayoría, más al cumplimiento de un acto protocolario que a la verdadera demostración de un ambiente familiar, vale decir que en este material aparecen las testigos escuchadas en el proceso señoras María

Melva Jiménez De Montoya y Luz Nery Montoya De Torres.

-. En cuanto a la prueba pericial aportada por la demandada, tendiente a restarle eficacia a la Escritura Pública 5074 del 17 de julio de 2014 señala que, es evidente que este corrobora que la misma fue suscrita por el causante Pedro Nel Garzón Sabogal; ahora respecto de las circunstancias en que fue tramitada ante la Notaria Segunda, el perito no ahondó en ello, más allá de hacer una interpretación del contenido de la historia clínica, para concluir que al momento de suscribir la misma, no contaba con el pleno goce de sus facultades físicas y mentales, pero sin ningún soporte médico o científico que respalde tal apreciación; que no debe perderse de vista que por parte de la demandante se trató de hacer comparecer al médico neurólogo Ricardo Marín Ballesteros, quien atendió todo el proceso de la enfermedad del causante, para que diera el concepto médico correspondiente, pero fue imposible su comparecencia por circunstancias ajenas a la accionante y de las cuales se informó oportuna y suficientemente al señor Juez.

-. Señaló además que, tampoco se valoró la prueba documental aportada, como es el extracto de la tarjeta de crédito del causante que llegaba a la casa de la demandante, fotocopia oficios de la Fundación Unidos por Madrid, los que si bien no son plena prueba, sí son indiciario de la relación existente entre el causante y la demandante.

En cuanto a la condena en costas señaló que, la conducta asumida por la defensa siempre fue basado en criterios de objetividad y atendiendo a los principios de interpretación legal debe entenderse que sólo opera cuando existe una conducta reprochable atribuible a la parte vencida.

II. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

De conformidad con la sentencia apelada y los argumentos del recurso formulado contra ella, corresponde a la Sala determinar: *¿Cuenta la demandante Olga Patricia Parra con derecho a que le sea reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Pedro Nel Garzón Sabogal?*

¿Procedía la condena en costas impuestas en primera instancia a la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: La demandante Olga Patricia Parra no cuenta con derecho a que le sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor

Pedro Nel Garzón Sabogal, en tanto no se acreditó la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

Para fundamentar lo expuesto se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre la sustitución pensional; ii) las situaciones jurídicas acreditadas; y iii) el análisis del caso concreto.

2.1. Marco jurídico

2.1.1. Sustitución pensional de los Agentes de la Policía Nacional

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

El Consejo de Estado¹ ha aclarado que, la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

La Ley 923 de 2004² estableció en el artículo 3, los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente, de invalidez y sus sustituciones, en los siguientes términos:

“3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 7 de febrero de 2019, expediente 0161-17.

² “(...) Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...)”.

años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. (...)

En los numerales 3.7 y 3.8 de la citada normativa se determinó respectivamente, el orden de beneficiarios de la sustitución pensional y el monto de la prestación, así:

“3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

3.7.2. En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del

fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-209 de 2009 en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo y, posteriormente, el texto resaltado en negrilla también fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-456 de 2015, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el difunto.

Ahora bien, el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004³ «por medio de la cual fue reglamentada la Ley 923 de 2004⁴» incluyó como beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro y/o de la pensión de sobrevivientes, a que se alude en el artículo 40⁵ de esta disposición, al compañero o compañera permanente sobreviviente, en el mismo orden del cónyuge supérstite, de la siguiente manera:

³ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

⁴ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...).”

⁵ “**Artículo 40.** Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante (...).

“Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

(...)

Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un

compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente párrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente". (Se resalta)

El artículo 12 del referido Decreto 4433 de 2004 consagra los eventos en los cuales se pierde la condición de beneficiario, como son:

"Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho" (Se resalta).

El Consejo de Estado⁶ sobre la aplicación del ordinal 12.5 del artículo 12 de la norma en cita, precisó que:

"Su aplicación literal es contraria a las reglas de reconocimiento de la sustitución pensional previstas en el párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, que regula la forma de distribución de la asignación de retiro o pensión a sustituir, en caso de coexistir sociedad conyugal no disuelta con separación de hecho y compañero (a) permanente, sin que haya convivencia simultánea.

En efecto, esta última norma prevé el supuesto de una separación de hecho, pero la exigencia de convivencia por un término superior a cinco años no puede entenderse como los últimos cinco años de vida del causante.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. 24 de agosto de 2017. Rad.: 25-000-23-42-000-2013-00823-01.(0717-2014).

Así lo ha entendido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, al interpretar la misma regla consagrada en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 (modificada por la Ley 797 de 2003) para el régimen general de pensiones; también lo ha corroborado la Corte Constitucional en la Sentencia T-128/16 y lo ha ratificado el mismo Consejo de Estado en decisión del 23 de septiembre de 2015

Así las cosas, aplicar la regla del artículo 12 numeral 4º, haría perder efecto útil a la prevista en el inciso final del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Por último, tenemos que la Ley 923 de 2004 no consagró dicha exclusión, por lo tanto, el presidente de la república no estaba facultado para cambiar los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro regulados en el ordinal 3.7 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004”.

2.1.2. Pensión de sobrevivientes y sustitución de la pensión de vejez - Ley 100 de 1993

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

La Sección Segunda del Consejo de Estado⁷ ha señalado que, la normativa aplicable a la pensión de sobreviviente o la sustitución pensional es la vigente al momento del deceso, en virtud del principio de irretroactividad de la ley. Si este ocurre en vigor de la Ley 100 de 1993, ha de recordarse que su aplicación, según su artículo 279, no se extiende a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Pública, ni aquellos que se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁸

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995⁹, declaró exequible esta exclusión, «*siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad*», por lo que al momento de resolver cada caso, el juez debe analizar no solamente la norma especial, sino también

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P: Luis Rafael Vergara Quintero. sentencia de 25 de abril de 2013, expediente 1605-09.

⁸ “*El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida*”.

⁹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

el régimen general y en el evento en que este sea más favorable debe proceder a su aplicación.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; señala:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible¹⁰> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)

¹⁰ Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'.

De los aludidos grupos de beneficiarios, la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014:

<i>Beneficiario</i>	<i>Causante</i>	<i>Modalidad</i>	<i>Condiciones</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Temporal -20 años-</i>	<i>No haber procreado hijos con el causante.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Compañero permanente</i>	<i>Pensionado</i>	<i>Cuota parte</i>	<i>Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir</i>
<i>Cónyuge y Compañero permanente</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>

En línea con los requisitos que establece la normativa en cita, en lo que respecta a la denominada “vida marital” o “convivencia” el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2012¹¹ precisó:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la

¹¹ Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.

2.2. Situaciones jurídicas acreditadas

- El señor Pedro Nel Garzón Sabogal prestó servicios como Agente de la Policía Nacional durante veintiún años, cinco meses y veintinueve días, con fecha de retiro del 10 de febrero de 2005 (Fl. 1 del C. 2).
- Casur mediante Resolución 2547 del 26 de abril de 2005, reconoció al señor Pedro Nel Garzón Sabogal la asignación mensual de retiro y mediante Resolución 8284 del 23 de diciembre de 2005, reajustó la asignación mensual de retiro por concepto de subsidio familiar. (Fl. 14-15 C.1)
- El señor Pedro Nel Garzón Sabogal falleció el 26 de agosto de 2014. (F. 12 C.1)
- Casur mediante Resolución 4568 del 23 de junio de 2015, reconoció la sustitución de asignación mensual de retiro a partir del 1º de noviembre de 2014, a la señora Graciela Valencia de Garzón, en calidad de cónyuge superviviente, en cuantía equivalente al total de la prestación que devengaba. (Fl. 19-21 C.1)
- Casur mediante la Resolución 6798 del 23 de septiembre de 2015, excluyó el pago de la cuota de sustitución de asignación mensual de retiro que viene devengando la señora Graciela Valencia de Garzón, hasta que se dirimiera la controversia presentada.
- Casur mediante Oficio 8874/GST SDP del 4 de mayo de 2016, negó la solicitud de sustitución pensional de la demandante (Fl. 22 C.1)

2.3. Caso concreto

En cuanto a la convivencia, de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, quien pretenda el reconocimiento de la sustitución de asignación mensual de retiro de un ex agente de la Policía Nacional, en calidad de cónyuge o compañera permanente, deberá acreditar además de tal calidad, que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido durante los últimos cinco años continuos antes de su deceso.

Así, teniendo en cuenta que el señor Pedro Nel Garzón falleció el 26 de agosto de 2014, correspondía a la parte demandante acreditar que convivió con el causante por lo menos desde el 26 de agosto de 2009. La demandante al respecto adujo en su demanda que, vivieron en unión libre durante siete años continuos, esto es, desde 2007, compartiendo techo, mesa y lecho, hasta el día de su fallecimiento.

Para su demostración fue aportada la declaración extra procesales ante notario¹², de Luz Nery Montoya De Torres y María Melva Jiménez De Montoya, realizada el 13 de agosto de 2015, en la que señalaron que: Pedro Nel Garzón convivió con la señora Olga Patricia Parra durante siete años hasta el día de su fallecimiento, que la señora Olga Patricia estuvo en compañía permanente y al cuidado de Pedro Nel Garzón en los momentos de su enfermedad y hasta su fallecimiento; que ella dependía económicamente de su compañero fallecido, que ella no tiene pensiones ni rentas, ni sueldos, ni ninguna vinculación laboral que le genere ingresos.

Además, se recibieron los testimonios de las señoras Gloria Yaneth Valencia Márquez, María Melva Jiménez De Montoya, Camila Aguirre, Luz Nery Montoya De Torres, quienes coincidieron en señalar que, existió una convivencia entre Olga Patricia Parra y Pedro Nel Garzón; que este salía a ver a sus hijas dos o tres veces por semana; que entre Olga Patricia y Pedro Nel existió una relación muy bonita, que mantuvieron juntos hasta el día de su muerte. Afirman además que, no conocían de la existencia de otra relación del señor Pedro Nel Garzón.

En cuanto a la fecha en que inició la convivencia, Gloria Yaneth Valencia Márquez señaló que, conoció al señor Garzón, unos 11 o 12 años, con el tiempo que lleva de muerto, porque él llegó a la casa donde residía la señora Olga Patricia; sin embargo no precisó la época o el año en que inició dicha convivencia.

María Melva Jiménez De Montoya señaló que, conoció al señor Pedro Nel Garzón unos 7 años antes de su fallecimiento, porque era el novio de Olga Patricia; sin embargo aparte de esa afirmación, no suministró más detalles sobre la época en que inició la convivencia. Cuando se le preguntó acerca de cómo estaba conformado el hogar de la señora Olga Patricia para 2008, respondió que estaba integrado por ella y sus dos hijos.

Camila Aguirre por su parte señaló que, conoció a Olga Patricia y a Pedro Nel Garzón hacía unos 8 años, contando desde la fecha de la diligencia, la cual se llevó a cabo el 30 de enero de 2018; tampoco suministró más detalles sobre la época en que inició la convivencia entre aquellos. Cuando se le preguntó acerca de cómo estaba conformado el hogar de la señora Olga Patricia para 2008, respondió que estaba compuesto por ella con los dos hijos y ya después con el señor Pedro Nel, sin precisar desde cuándo.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. sentencia del 10 de mayo de 2018. Rad. 230012333000201400165 01. "36. En ese orden y conforme lo ha señalado la jurisprudencia de esta sección, la ratificación de las declaraciones extra procesales no es necesaria en relación con lo expuesto por terceros para efectos de acreditar la existencia del vínculo de compañeros permanentes; sin embargo este hecho no significa que su admisión, requisitos y valoración judicial deba adelantarse bajo criterios menos estrictos; toda vez que, a dichos elementos de prueba les resultan aplicables las exigencias establecidas para los documentos emanados de terceros, esto es, el cumplimiento de los requisitos para las pruebas documentales y en tal virtud, al momento de su valoración el juzgador debe aplicar las reglas de la sana crítica con la rigurosidad de la prueba testimonial".

Luz Nery Montoya De Torres precisó que, conoció a Olga Patricia y a Pedro Nel Garzón, que ellos se conocieron en la Clínica de la Policía porque él conducía una ambulancia, pero indicó que no recordaba la época en que se conocieron o la fecha en que inició la convivencia entre ellos.

Así las cosas, si bien los testigos hicieron referencia a la existencia de la relación de pareja y que esta perduró hasta el fallecimiento del señor Pedro Nel, la información suministrada por ellos en cuanto a la época en que inició la convivencia, fue general, sin aportar detalles precisos o concretos sobre ese aspecto. Además que, según la demanda, la convivencia inició en 2007, pero las testigos María Melva Jiménez De Montoya y Camila Aguirre señalaron que el hogar de la señora Olga Patricia para 2008, respondió que estaba conformada solo por ella y sus dos hijos.

La demandante Olga Patricia Parra al absolver interrogatorio de parte manifestó que, la casa en que vive en la actualidad está a su nombre, que la construyeron junto con su exesposo, que él vive en **el apartamento** de abajo con su nueva esposa y ella en el apartamento de arriba donde vivía con el señor Pedro Nel Garzón; que para 2009 ya vivía con el Señor Pedro Garzón; que nunca fue beneficiaria del señor Pedro Nel, puesto que ella no se había separado legalmente, por lo que recibía la seguridad por su exesposo hasta 2015, cuando se separó legalmente, ya que nunca vio la necesidad de separarse hasta que decidió reclamar derechos como compañera. Que Pedro Nel era quien asumía los gastos del hogar, junto con sus dos hijos; que en los últimos meses de vida, vivió en su casa y en la de su mama, puesto que era una casa de un piso.

Por otra parte y contrario a lo afirmado por los anteriores testigos, y la demandante, los testigos Alejandro Villegas Villegas, José Duván García Sánchez y Martha Lucía Vanegas Castañeda, convocados por solicitud de la vinculada, de manera uniforme señalaron que, Pedro Nel Garzón y Graciela Valencia eran esposos y que vivieron juntos hasta tres meses antes del fallecimiento del primero, cuando se fue de la casa; que no conocieron que tuviera otra familia u otra señora; que la única familia era Graciela Valencia y sus dos hijas; y que permanecía en su casa o en el billar que se encontraba al frente de su casa y nunca se ausentó de su hogar.

Sandra Milena Garzón Valencia, hija de Pedro Nel Garzón y Graciela Valencia, manifestó que su papá siempre respondió por los gastos del hogar y convivió en el hogar hasta abril de 2014; que él se fue de la casa porque tuvo una discusión con su madre; que su padre se enfermó en junio y falleció en agosto; que él ocasionalmente no se quedaba en la casa una noche como máximo y cuando viajaba a Melgar a visitar a su madre, pero toda la vida vivió en la casa, hasta junio que sacó su ropa y se fue. Manifiesta que su padre mantenía en su casa o en el billar que quedaba al frente y allí

se quedaba todo el día desde que abrían hasta que cerraban; que conoció a la demandante en la clínica cuando su padre estaba ya enfermo, nunca antes la había visto; agrega que conoció la escritura pública donde su papa manifiesta que tiene una unión marital de hecho con Patricia desde hace siete años, que quedó muy sorprendida, por la fecha en que se firmó puesto que su papa ya había sido intervenido del tumor, ya no tenía movimiento de su mano, por eso la firma parece de un niño de kínder, ya no estaba en condiciones neurológicas de hacer eso.

Se allegó además, la Escritura Pública 5074 del 17 de julio de 2014, de la Notaria Segunda de Manizales, a través de la cual Olga Patricia Parra y Pedro Nel Garzón declararon la existencia de la unión marital de hecho, afirmando que *“han convivido bajo el mismo techo desde hace 7 años y hasta la fecha de forma interrumpida”*. (fl. 23 a 24 C.1).

Al respecto, cabe resaltar que, si bien la declaración extraproceso rendida ante Notario es un documento idóneo para acreditar la existencia de la unión marital, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 54 de 1990 modificado por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005¹³, dicha declaración admite prueba en contrario tendiente a ser desvirtuada y el juez debe valorar dicha prueba conforme a las reglas de la sana crítica y en conjunto con los demás medios de prueba.¹⁴

En la Sentencia T-247 de 2016 la Corte Constitucional precisó que, la unión marital se rige por los principios de informalidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, de modo que la relación emerge y produce efectos jurídicos con la sola voluntad de las personas de construir un proyecto de vida común, en esa medida *“para efectos de demostrar la existencia de la unión marital de hecho, opera un sistema de libertad probatoria en virtud del cual, dicho vínculo puede acreditarse a través de cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el CPC, hoy Código General del Proceso. Por consiguiente, al no existir tarifa legal en esta materia, resultan válidos la declaración extrajuicio, el interrogatorio de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”*

En ese orden de ideas, respecto de dicha escritura, el perito grafólogo Rodrigo Hoyos Loaiza concluyó que, la firma sí correspondía a la de Pedro Nel Garzón, pero que, dicha firma no es la misma que usó durante su vida en la firma de documentos

¹³ Artículo 4º. *La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:*

1. *Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.*
2. *Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.*
3. *Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.*

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de agosto de 2020. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez Rad. 25000-23-42-000-2015-05295-01(1417-18).

públicos y privados; que los cotejos gráficos le permiten concluir que, Pedro Nel Garzón no tenía la capacidad volitiva, de entendimiento y comprensión del significado de los contenidos del acto escritural signado, por el estado de salud que presentaba a causa del tumor detectado en el hemisferio izquierdo; que los escritos son el reflejo de lo que somos al momento de signar unas grafías, es decir que las grafía cuestionada no son atribuibles en el ánimo volitivo racional del señor Garzón, ello debido a sus extremas condiciones de salud, aspecto reflejado en sus múltiples patologías padecidas.¹⁵

Sobre el estado de salud del señor Pedro Nel Garzón, para la época de la referida escritura pública, fue allegada la historia clínica de Confamiliares, de Oncólogos de Occidente (fls 69 a 87 C.1) y de la Policlínica de la Toscana (fl. 127 a 284 C.1), en la primera se registra la atención brindada a partir del 19 de junio de 2019, quien ingresa a la Unidad de Cuidados Intensivos con hemiparesia derecha y desviación de la comisura labial; se relata que, previamente fue realizado TAC de cráneo simple el 05/06/2014, concluyendo la presencia de una masa de aproximadamente 23X22mm, que se realizó resección de tumor por craneotomía; y que en el día 7 del postoperatorio se evalúa el paciente y se observa sólo con déficit motor derecho y moderada alteración del lenguaje por lo que se da de alta con controles ambulatorios de neurología.

Que el 30 de junio de 2014 ingresó por urgencias por presentar hemiplejía derecha, disminución de la fuerza en miembro superior derecho 4/5, disminución de la fuerza en miembro inferior derecho 3/5, disartria, desviación comisura labia hacia la izquierda. El 08/07/14 se comenta telefónicamente el paciente con neurocirugía Dr. Ricardo Marín con reportes de patología: *compatible con glioblastoma múltiple (pat 14-008841) explicando este el **pobre pronóstico de la patología tumoral del paciente, e indica consulta prioritaria ambulatoria con oncología para definir inicio quimioterapia y radioterapia control con **neurocirugía** el próximo jueves (10/07/2014) y alta hospitalaria con esteroides y fisioterapia***". (Se resalta)

Lo anterior permite evidenciar que, en efecto, el señor Pedro Nel Garzón para la época de la referida Escritura Pública 5074 del 17 de julio de 2014, en la cual, junto con la demandante Olga Patricia Parra declararon la existencia de la unión marital de hecho, presentaba graves quebrantos de salud, que afectaban no solo su estado físico, sino también neurológico, lo cual como lo indicó el perito y lo encontró acreditado el *a quo*, generan dudas sobre la real comprensión del acto declarado por parte del señor Pedro Nel Garzón. Ello aunado a que, en la referida escritura no se señalan detalles de tiempo, modo o lugar en que se desarrolló la referida convivencia.

¹⁵ Audiencia pruebas de 30 de enero de 2018. Min 20:50 y ss. Min 28:00 y ss. Min 32:00 y ss.

Adicionalmente, fueron allegadas por la demandante varias fotografías y videos¹⁶ en los que, ella se encuentra con el señor Pedro Nel Garzón compartiendo momentos familiares y de pareja; sin embargo, de ellas no es posible establecer la época o la fecha en que fueron tomadas, pues fuera de la fecha que fue impuesta para la denominación o identificación de cada archivo, no se evidencian elementos que permitan afirmar con certeza la fecha de su creación o la época a la que corresponde.

Con relación al valor probatorio de las fotografías el Consejo de Estado¹⁷ se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Respecto de las fotografías allegadas por el demandante como prueba de sus afirmaciones, debe precisarse que tradicionalmente se ha dicho que ellas no pueden ser valoradas en el proceso puesto que carecen de mérito probatorio, porque allí se registran varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas, aunque en algunas ocasiones cuando son debidamente ratificadas por quien las tomó, y se precisan las circunstancias antes relacionadas, pueden ser valoradas conjuntamente con los otros medios de prueba allegados al proceso, como ocurre con las tomadas por los peritos en la inspección judicial al predio Villa Luz”. (Subraya la Sala).

Por lo tanto, las fotografías y videos aportados, tampoco son suficientes para dar por acreditado que, la convivencia entre la demandante y el señor Pedro Nel Garzón perduró por más de cinco años con anterioridad al fallecimiento del señor Garzón.

Fue aportado además, el extracto de la tarjeta de crédito del banco Colpatria, (Fl 89-90 C.1) a nombre del señor Pedro Nel Garzón, dirigido a la calle 46F numero 12 B 21 Peralonso de Manizales, dirección de la demandante; sin embargo, dicho documento correspondiente a septiembre y octubre de 2016, es decir, con posterioridad al fallecimiento del causante, por lo que tampoco aportan elementos de juicio para establecer la época en que inició la convivencia.

Además se aportaron dos comunicaciones de la Fundación Unidos por Madrid, (Fl 91-92 C.1) del 11 de abril de 2014 dirigido, uno a la demandante Olga Patricia Parra y otro al señor Pedro Nel Garzón, sin que en ellos se indicara la dirección de recibo, y en la que se hace referencia al proceso de adjudicación de un lote, pero no indica nada sobre la convivencia entre aquellos. En un tercer oficio, de fecha 20 de febrero de 2014, de la referida Fundación dirigido a la demandante, (Fl 93 C.1) igualmente sin indicar la dirección de recibo, se señala que, ella a la fecha no presenta restricción para pertenecer a la Asociación de vivienda; por lo tanto, estos documentos tampoco aportan

¹⁶ Expediente digital. Carpeta: 005fotos y 006videos. CDS. fls. 65 a 68).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 3 de 2010, rad 18034. MP. Enrique Gil Botero y sentencia de octubre 14 de 2011, rad 22066. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

elementos de juicio para establecer la época en que inició la convivencia.

De acuerdo a lo anterior, y del análisis conjunto de las pruebas aportadas no hay duda que, entre la demandante y el señor Pedro Nel Garzón existió una convivencia; sin embargo, las pruebas no permitan establecer, que esta perduró por más de cinco años con anterioridad al fallecimiento del señor Pedro Nel Garzón.

El Consejo de Estado¹⁸ en asunto similar, en el cual las pruebas aportadas no fueron suficientes para acreditar de manera concreta, clara y precisa el tiempo de la convivencia señaló:

“58. En conclusión, de las pruebas allegadas al proceso no se puede establecer de manera concreta, clara y precisa el hecho relacionado con el tiempo de convivencia entre el señor Hugo Fernández Gómez y la señora Carmen Rosa Molina Mesa, pues, no se logró demostrar que hubiese sido por espacio de 5 años continuos anteriores al fallecimiento del causante, ... lo cual impone para esta Sala la obligación de confirmar el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda”.

Por lo anterior, en el caso concreto no se evidencia un error del *a quo* en la valoración de la prueba aportada al proceso, referente a la fecha de inicio y duración de la convivencia, como lo afirma la parte demandante.

2.4. Conclusión

Conforme a lo anterior, al no encontrarse acreditada la convivencia de la señora Olga Patricia Parra y el causante Pedro Nel Garzón Sabogal durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, se concluye que, aquella no cuenta con derecho a que le sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor Pedro Nel Garzón Sabogal

Por lo tanto, se imponen a la Sala confirmar la sentencia proferida por el *a quo*, que denegó las pretensiones de la demandante.

3. Segundo problema jurídico *¿Procedía la condena en costas impuestas en primera instancia a la parte demandante?*

Para dar respuesta a este interrogante se abordarán los siguientes tópicos: *i)* Naturaleza y régimen normativo de las costas procesales; *ii)* Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales; y *iii)* el caso concreto.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de agosto de 2020. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez Rad. 25000-23-42-000-2015-05295-01(1417-18).

3.1. Sobre la condena en costas

La Corte Constitucional¹⁹ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"* y están conformadas por dos rubros: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del C.G.P., las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial. Las segundas *"no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.²⁰

El artículo 188 del CPACA dispone:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

El CGP al respecto establece:

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

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

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

¹⁹ Sentencia C-089/02

²⁰ Ibidem.

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

3.2. Criterio objetivo-valorativo de imposición de costas

El H. Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016²¹, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que el primero consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, mientras que el segundo adopta un criterio objetivo.

En sentencia del 12 de abril de 2018²² precisó que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los

²¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

²² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No. 05-001-23-33-000-2012-00439-02 (0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*:

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

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

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

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De conformidad con lo expuesto, la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio, siempre que se compruebe su causación; para dicha imposición corresponde al operador judicial atender al criterio objetivo, esto es, que recaer sobre la parte vencida en juicio y realizar un discernimiento valorativo, comprobando que las costas procesales en efecto se causaron, y precisando los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas

3.3. Caso Concreto

Para la imposición de costas en primera instancia el *a quo* señaló que, *“Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 365 y 366 del Código General de Proceso. Se fijan Agencias en Derecho por el equivalente al 1% del valor de las pretensiones de la demanda, lo cual equivale a la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000).”*

Dicha valoración no se ajusta al marco normativo y jurisprudencial sobre la condena en costas previamente señalado, en tanto, si bien atendió al criterio objetivo al recaer sobre la parte vencida en juicio, no se realizó un discernimiento valorativo sobre su imposición.

Una imposición de costas así le impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión. Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto, al evidenciarse una falencia al momento de imponer la condena en costas.

En tal sentido, se revocará el ordinal cuarto de la sentencia recurrida, en la que se impuso la condena en costas a la parte demandante y en su lugar se decide no imponer condena en costas en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

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

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

Sentencia:

PRIMERO: Se revoca el ordinal Cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, el 28 de febrero de 2020, mediante la cual se condenó en costas a la parte demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho Formulado por Olga Patricia Parra Parra contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur. **En su lugar,** no se condena en costas en primera instancia.

SEGUNDO: Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 115

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-008-2017-00436-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante: Jenifer Carmona García
Demandado: Municipio de Manizales

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad del acto administrativo S.S.A.GH-597 del 25 de abril de 2017 mediante el cual el Líder de Proyecto Unidad de Gestión Humana de la Secretaría de Servicios Administrativos del municipio de Manizales dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de Jenifer Carmona García del cargo de Profesional Universitario, Código 219, Nivel 2, Grado 5, adscrito al Despacho del Alcalde - Control Disciplinario Interno a partir del 26 de abril del 2017 y que se disponga su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual superior categoría.

Que con base en lo anterior se ordene el pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales que debió recibir entre su retiro y la fecha de su reintegro efectivo, disponiéndose que no ha existido solución de continuidad en la relación laboral. Que se ordene la reparación por concepto de los perjuicios morales causados.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señala que, la señora Jackeline García Gómez, ocupaba el cargo Profesional Universitario, código 219, nivel 2, grado 05, adscrito al despacho del Alcalde de Manizales – oficina de control disciplinario interno, en propiedad. Que dicha servidora fue encargada en el empleo

público de profesional universitario, código 219, nivel 2, grado 06 adscrito a la Secretaría de Gobierno – Inspección de Pesas y Medidas- del municipio de Manizales, cargo en el que fue posesionada el 11 de octubre de 2012.

En virtud a lo anterior, el alcalde de Manizales nombró en provisionalidad a Jenifer Carmona García, en el cargo de profesional universitario código 219, nivel 2, grado 5, adscrito al Despacho del alcalde – Control Disciplinario Interno; en el que fue posesionada el 1° de julio de 2015.

La servidora Jackeline García presentó renuncia al cargo de Profesional Universitario, código 219, nivel 2, grado 05, que ocupaba en la Oficina de Control Disciplinario Interno, la cual fue aceptada a partir del 24 de abril de 2017. En consecuencia, el alcalde declaró la vacancia definitiva del referido cargo y mediante acto administrativo S.S.A.-GH-597 proferido el 25 de abril de 2017, suscrito por el señor Carlos Arturo Yela Gómez, líder de proyecto de la Unidad de Gestión Humana de la Secretaría de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Manizales, dio por terminado el nombramiento provisional de Jenifer Carmona García, a partir del 26 de abril de 2017.

El 8 de mayo del 2017, el alcalde de Manizales nombró en forma provisional y por vacancia definitiva a la señora Diana Lorena Rodríguez Aguirre en el citado cargo, en el que fue posesionada el 9 de mayo de 2017.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocan como vulnerados los artículos 2, 6, 25,121,122,123,125, 314 y numerales 1,3,7 y 10 del artículo 315 constitucionales; la Ley 1551 del 2012, el decreto 1227 de 2005, Decreto 648 de 2017 y el Manual de funciones del municipio de Manizales.

Como primer cargo señaló que, el acto atacado fue emitido por el Líder del Proyecto de la Unidad de Gestión Humana de Manizales **quien careciendo de habilitación instrumental** procedió a excluir del servicio a la actora, sin que en la ficha técnica del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales - Decreto 296 de 2015, vigente para abril del 2017 se enlistara entre sus funciones aquella relativa a la declaratoria de insubsistencia, facultad que tampoco le atribuye el procedimiento *SOLUCION PSI-1TH-PR-002 versión 5*.

Como segundo cargo refirió que, el acto atacado se fundamentó en la transición de la situación jurídica del empleo público, al situarlo de una vacancia temporal a una definitiva, lo que permitió, a criterio de la administración municipal que se edificara una causal objetiva de retiro del servicio, por lo que generó **una falsa motivación**.

Indicó que **las causales de retiro** están contenidas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 y luego en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, las cuales no hacen referencia a la remoción del empleado en provisionalidad cuando la vacante se torne definitiva. Respecto a la provisionalidad anotó que la mencionada ley otorga la posibilidad de nombrar de esta manera a un empleado público,

siempre que el cargo no fuere posible proveerlo en encargo o efectuando el nombramiento, previo concurso de méritos.

Añadió que, jurisprudencialmente la Corte Constitucional hace extensible los nombramientos provisionales a eventos de vacancia temporal y definitiva, además que exige como expresión del debido proceso, motivar el acto de desvinculación de los provisionales, con lo cual garantiza que la fundamentación de hecho y derecho se circunscriba a razones objetivas y al mejoramiento del servicio.

2. La contestación de la demanda

El **municipio de Manizales** se opuso a las pretensiones de la demandante y señaló que, el señor Carlos Arturo Yela Gómez en calidad de Líder de Proyecto Unidad de Gestión de la Secretaría de Servicios Administrativos estaba facultado legalmente para comunicar a la demandante la declaración de vacancia definitiva del cargo en el que se desempeñaba; que la comunicación emitida por el citado se hizo en acatamiento a la orden impartida por el Alcalde mediante Decreto 0293 del 20 de abril del 2017.

Indicó que, la demandante fue nombrada en forma provisional mediante Decreto 0355 del 24 de junio de 2015 por vacancia temporal del cargo objeto de controversia. Que mediante el oficio demandado le fue comunicada a la accionante la orden impartida en el Decreto 0293 del 20 de abril del 2017 por el Alcalde, en el sentido de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la actora a partir del 26 de abril del 2017, debido a que la vacancia de temporal se convirtió en definitiva, por lo cual la administración municipal estaba en la obligación de adelantar el procedimiento interno para proveer dicho cargo conforme al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el procedimiento interno de la Alcaldía *SOLUCION PSI-ATH-PR-002 Versión 5*, denominado “*Procedimiento Proveer Cargos Vacantes*”.

Señaló que la Alcaldía procedió a efectuar la convocatoria pública 040 del 24 de abril del 2017 para proveer el cargo en disputa, la que fue declarada desierta, por no haberse encontrado en la administración municipal funcionarios de carrera administrativa que reunieran los requisitos de estudio y experiencia para desempeñarlos, razón por la cual se nombra en provisionalidad por vacancia definitiva a la señora Diana Lorena Rodríguez Aguirre.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **accedió parcialmente a las pretensiones** de la demandante, declarando la nulidad del acto demandado y ordenando el reintegro de la demandante al cargo que ocupaba, sin solución de continuidad, además del pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta el momento en que se produzca su reintegro.

Como fundamento de la decisión señaló que, el oficio S.S.A – GH 597 del 25 de abril del 2017 suscrito por el Líder Proyecto de Gestión Humana, es el acto que sin lugar a dudas da por terminado el nombramiento de la demandante en el cargo de Profesional Universitario,

Código 219, Nivel 2, grado 05, adscrito al Despacho del Alcalde Oficina Control Disciplinario Interno, y no otro.

Que así las cosas, el señor Carlos Arturo Yela Gómez, no estaba comunicando una decisión como lo señala el apoderado del municipio de Manizales, sino que estaba adoptando una decisión, pues no reposa en el expediente prueba alguna que demuestre que la terminación del nombramiento se decidió por el nominador, esto es, el señor Alcalde del Municipio de Manizales, en acto administrativo diferente que luego le fuere comunicado por el Líder Proyecto de Gestión Humana; simplemente el señor Yela Gómez, mediante el oficio atacado decidió dar por terminado el nombramiento de la señora Jenifer Carmona García, consignando en el mismo: *“Por tal motivo se da por terminado su nombramiento provisional por vacancia temporal a partir del 25 de abril del 2017, en virtud de las razones expuestas.”*

Encontró acreditado además que, el señor Yela Gómez no estaba facultado para dar por terminado el nombramiento de la señora Carmona García, de conformidad con el numeral 3 del artículo 315 de la Constitución y artículo 28 de la Ley 1551 de 2012.

Además encontró configurada, la falsa motivación del acto acusado señalando que, en dicho documento solamente se indicó como fundamento el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, sin embargo no se motivó el acto indicándose las razones de la desvinculación.

4. Recurso de apelación

La **parte demandada** solicitó que se revoque el fallo y se nieguen las pretensiones de la demandante; señaló que, el Decreto 355 del 24 de junio de 2015, mediante el cual se efectuó el nombramiento provisional de la demandante, se hizo con fundamento en lo establecido en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, por lo tanto era una vinculación transitoria, de carácter provisional.

Indicó que: *“No se puede ahora alegar el desconocimiento del acto administrativo que declaró la vacancia definitiva del cargo ostentado, ya que incluso el mismo fue aportado por la demandante en el libelo introductorio, lo que difiere sustancialmente de la interpretación dada por el despacho, ya que la consecuencia legal de la declaratoria de vacancia definitiva era per se la terminación del nombramiento provisional, esto en cumplimiento de los postulados legales.”¹*

Con relación a la falta de motivación del acto sostuvo que, tanto el decreto que declaró la vacancia definitiva del cargo, como el documento mediante el cual se dio a conocer el mismo a la demandante, están adecuadamente motivados; precisamente ese conocimiento claro dado a la demandante fue el que esgrimió para adelantar el medio de control que nos ocupa, en el cual palmariamente se acepta el conocimiento del decreto emanado del alcalde municipal y demás documentos y motivaciones que generaron su desvinculación.

¹ Sic

Por otra parte señaló que, el monto establecido como condena, se aparta de los límites a la indemnización por despido injusto, dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias SU-556 de 2014, reiterada en sentencias SU-053 y 054 de 2015. Por lo anterior, señaló que, la condena debería hacerse en abstracto, de tal para forma que pueda verificar si efectivamente la señora Carmona no ha devengado salario alguno desde su desvinculación, siendo conocido incluso que labora en la rama judicial desde 2017, por lo que no se genera el perjuicio aludido o la indemnización decretada, debiendo entonces ser tomada en cuenta esta circunstancia y procurar su prueba atendiendo lo establecido en el artículo 212 del CPACA.

Finalmente censuró la condena en costas al no estar demostrados los hechos generadores de las mismas.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia recurrida y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

¿El acto administrativo que dispuso la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Jenifer Carmona García, adolece de nulidad por haber sido expedido con indebida motivación?

¿El monto establecido como condena en la sentencia, se aparta de los límites dispuesto por la Corte Constitucional?

¿Procedía la imposición de condena en costas contra la entidad accionada?

2. Primer Problema Jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

El acto administrativo que dispuso la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante, esto es, el oficio S.S.A – GH 597 del 25 de abril del 2017 suscrito por el Líder Proyecto de Gestión Humana de la Alcaldía de Manizales se encuentra indebidamente motivado, por cuanto: la declaración de vacancia definitiva del cargo por renuncia del titular y la temporalidad de la provisionalidad, no son razones suficientes para desvincular a la demandante del cargo que venía desempeñando en la entidad.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: *i)* el marco jurídico sobre el encargo y los nombramientos provisionales; la debida motivación de los actos de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad; *ii)* los hechos relevantes que se consideran debidamente acreditados; para descender al *iii)* análisis del caso.

2.2. Marco jurídico

2.2.1. Encargo y nombramientos en provisionalidad

La Ley 909 de 2004² al respecto establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

En cuanto a la terminación del nombramiento en un cargo de carrera, la referida norma dispone:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (Resaltado fuera de texto).

El artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 648 de 2017³ señaló que: *“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.*

² Dicha norma fue modificada por la Ley 1960 de 2019, no obstante, la misma no era aplicable para la época de los hechos.

³ *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública”. Norma vigente para la época de los hechos.*

2.2.2. Debida motivación de los actos de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad

El Consejo de Estado ha señalado que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 la falta de motivación en los actos de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado que desempeña un cargo de carrera administrativa constituye causal de nulidad de la decisión. En efecto dicha corporación expuso⁴:

“Ahora bien, advierte la Sala que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la situación es distinta, pues en este escenario la motivación del acto que disponga el retiro del servicio de un funcionario nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera es requisito de su esencia, de tal manera que la falta de tal exigencia constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.”.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha sido uniforme y reiterativa⁵ en cuanto a la obligación de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a servidores públicos designados en cargos de carrera administrativa, al indicar que⁶:

“...el acto administrativo mediante el cual se prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad debe cumplir con el principio de ‘razón suficiente’ que implica que en el acto administrativo consten “las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”.

Por tanto, una motivación constitucionalmente admisible es aquella en la que la insubsistencia se basa en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez realizado el respectivo concurso de méritos; la calificación insatisfactoria del funcionario; la imposición de sanciones disciplinarias y “otra razón específica atinente al servicio que está prestando”, como lo puede ser el vencimiento del período por el cual ha sido designado el funcionario, siempre que la ley establezca esa posibilidad. En esa medida, las referencias de carácter general con relación a la naturaleza provisional del nombramiento, la no pertenencia a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una facultad discrecional que realmente no existe, o la “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”, no son admisibles como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario”.

En ese orden de ideas, si bien los empleados en provisionalidad no tienen la prerrogativa estabilidad laboral, lo cierto es que no pueden ser separados del cargo sin que exista una razón objetiva que guarde proporción con los hechos que sirven de causa a una decisión de tal naturaleza, lo cual debe verificarse en las consideraciones consignadas en el acto.

⁴ Sección Segunda. Subsección A. Consejera Ponente (E): Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 1º de julio de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-05524-02(0558-14).

⁵ Al respecto, pueden consultarse las sentencias SU-556 de 2014, SU-053 de 2015, SU-054 de 2015, T-085 de 2015 y T-437 de 2015.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 2013.

2.3. Hechos relevantes acreditados

- A través del Decreto 355 del 24 de junio de 2015 suscrito por el Alcalde de Manizales, Jenifer Carmona García fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Nivel 2, Grado 5, adscrito al Despacho del Alcalde (Control Disciplinario Interno), en el cual tomó posesión el 1 de julio del mismo año⁷.
- El alcalde de Manizales por medio del Decreto 293 del 20 abril de 2017, decidió:

“ARTÍCULO 1: Aceptar a partir del día 24 de abril de 2017, la renuncia irrevocable, presentada por la señora JACKELINE GARCÍA GÓMEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 24.332.687, al cargo del cual es titula Profesional Universitario, Código 219, nivel 2, Grado 05, asignación mensual \$2.677.599 adscrito a la Oficina de Control Disciplinario Interno y al cargo en el que se encuentra encargada de Profesional Universitario, Código 219, Nivel 2, Grado 06, asignación mensual \$2.972.839 adscrito a la Secretaría de Gobierno.

ARTÍCULO 2: Declarar la vacancia definitiva de los cargos Profesional Universitario, Código 219, Nivel 2, Grado 05, asignación mensual \$2.677.599 adscrito a la Oficina de Control Disciplinario Interno y el cargo Profesional Universitario, Código 219, Nivel 2, Grado 06, asignación mensual \$2.972.839 adscrito a la Secretaría de Gobierno.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE (sic)”⁸

- El Líder de Proyecto Unidad de Gestión Humana de la Alcaldía de Manizales, mediante oficio S.A.A. – GH 597 del 25 de abril de 2017, señaló lo siguiente:

“Mediante Decreto (sic) No. 0355 del 24 de junio de 2015, fue nombrada en forma provisional por vacancia en el cargo Profesional Universitario, Código 219, nivel 2, grado 05, adscrito al Despacho del Alcalde (Control Disciplinario Interno), cargo del que es titular la señora Jackeline García Gómez (...)

Que la vacancia del cargo se debió a que la titular del cargo Jackeline García Gómez (...), fue encargada en el cargo Profesional Universitario, Código 219, nivel 2, grado 06, adscrito a la Secretaría de Gobierno, mediante Resolución No. 0612 de fecha 29 de marzo de 2012.

Que mediante Decreto No. 0293 del 20 de abril de 2017, le fue aceptada renuncia irrevocable a la señora Jackeline García Gómez en el cargo Profesional Universitario, Código 219, nivel 2, grado 05, adscrito al Despacho del Alcalde Oficina Control Disciplinario Interno, razón por la cual dicho cargo queda en vacancia definitiva.

Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y acorde con el proceso ISOLUCION PSI-ATH-PR-002, Versión 5, denominado “Procedimiento Proveer

⁷ Pág. 11 a 13 A.D. “04Anexos”

⁸ Pág. 27 A.D. “04Anexos”

Cargos Vacantes”, el encargo a efectuar deberá recaer en empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de cargos, y que cumpla con los requisitos de estudio y experiencia para el desempeño del cargo.

Por tal motivo se da por terminado su nombramiento provisional por vacancia temporal a partir del 26 de abril de 2017, en virtud a las razones antes expuestas.”⁹

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

El Despacho de primer grado consideró que, el oficio S.S.A – GH 597 del 25 de abril del 2017 se encuentra indebidamente motivado por cuanto, la única razón por la cual se dio por terminado el nombramiento de la señora Jenifer Carmona García, es el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el cual fue erróneamente interpretando por el Líder de Proyecto, quien finiquitó el nombramiento debido a que el cargo que ostentaba la accionante pasó de una vacancia temporal a una definitiva.

Por su parte, el municipio de Manizales en su apelación señaló que, el Decreto 293 de 2017, contiene la decisión del alcalde de Manizales de desvinculación de señora Carmona García, y que este y el oficio demandado están adecuadamente motivados, y que si bien jurisprudencialmente se ha exigido esta motivación, esto es para permitir que el “*administrado disponer de los elementos de juicio necesarios para decidir si adelanta o no la respectiva acción ante la jurisdicción contencioso administrativa. Lo anterior obedece a que “si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional”*”; que precisamente ese conocimiento claro dado a la demandante fue el que esgrimió para adelantar el medio de control que nos ocupa, en el cual palmariamente se acepta el conocimiento del decreto emanado del alcalde municipal y demás documentos y motivaciones que generaron su desvinculación.

La Sala, del análisis del Decreto 293 de 2017 del alcalde de Manizales observa que, las únicas decisiones que en él se adoptaron fueron la aceptación de la renuncia al cargo que ostentaba en carrera administrativa la señora Jackeline García Gómez y la declaración de que el cargo de Profesional Universitario, código 219, nivel 2, grado 05, adscrito al Despacho del Alcalde–oficina de control disciplinario interno, a partir de ese momento quedaba como una vacante definitiva. En ninguno de sus apartes se mencionó que, la señora Carmona García quedaba desvinculada del cargo que venía desempeñando en provisionalidad.

Por su parte, en el oficio S.S.A – GH 597 del 25 de abril del 2017 dirigido a la demandante por el Líder Proyecto de Gestión Humana, luego de citar el referido Decreto 0293 del 20 de abril de 2017 y hacer referencia al artículo 24 de la Ley 909 de 2004, se indica: *Por tal motivo se da por terminado su nombramiento provisional por vacancia temporal a partir del 26 de abril de 2017, en virtud a las razones antes expuestas”,*

⁹ Pág. 1 y 2 A.D. “04Anexos”

Por consiguiente, como lo señaló el *a quo*, fue a través de este oficio que, el municipio de Manizales efectivamente decidió terminar la vinculación de la demandante, pues es aquí donde se plasmó expresamente que, quedaba desvinculada a partir del 26 de abril de 2017.

Ahora bien, sostiene la parte recurrente que, la consecuencia legal de la declaratoria de vacancia definitiva del cargo, era *per se* la terminación del nombramiento en provisional que ostentaba la demandante por cuanto, el decreto mediante el cual se efectuó el nombramiento provisional de la demandante, se hizo con fundamento en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y que la relación legal entre la demandante y el municipio, era “*transitoria*”.

Al respecto, las citadas normas invocadas por la parte recurrente señalan los eventos en que proceden los nombramientos en encargo y en provisionalidad, así como su duración, precisando que, ello se realizará, “*mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa*”, y que “*Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera*”.

Sin embargo, el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, además exige la motivación del acto; y el artículo 2.2.5.3.4 del Decretos 648 de 2017, precisa que: “*Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados*”.

El Consejo de Estado, frente a la desvinculación de empleados nombrados en provisionalidad, basándose en el argumento de la temporalidad, ha señalado que:

*“78. En ese orden de ideas, la Sala evidencia que el Tribunal Administrativo de Boyacá, vulneró los derechos fundamentales invocados supra, toda vez que si bien es cierto en el acto administrativo de desvinculación se establecieron razones por las cuales se le daba por terminado el nombramiento en provisionalidad al sostenerse que i) **la duración del nombramiento en provisionalidad duraría por el término de seis meses contados a partir de la fecha de posesión, y de que además, ii) se le advirtió que la vinculación terminaría al término de 6 meses, dichos motivos no eran razón suficiente para desvincular al señor Arley Parra Gil en el cargo que venía desempeñando al interior de la entidad, máxime cuando llevaba vinculado con la entidad varios años en periodos de vinculación de máximo 3 y 6 meses¹⁰, por lo que en el caso sub examine, al actor se le vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia.***”(Destaca el Tribunal).¹¹

Por lo tanto, para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado, es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se

¹⁰ El señor Arley Parra Gil estuvo vinculado desde el 02 de julio de 2013 hasta el 05 de abril de 2016.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Hernando Sánchez. Sentencia del 12 de marzo de 2020. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-05310-00(AC)

prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. En este orden de ideas, “(...) *sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto*”^{12,13}(Destaca la Sala)

De conformidad con lo expuesto, si bien es cierto, la demandante al momento de ser nombrada en el mencionado cargo, tenía claridad de que el mismo era transitorio, en virtud al encargo de su titular, ello no eximía al ente territorial de plasmar una debida motivación al momento de realizar la desvinculación, basado en argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Argumentos que claramente no se encuentran contenidos ni en el del Decreto 293 de 2017 ni en el Oficio S.S.A – GH 597 del 25 de abril del 2017.

Así, la simple declaración de vacancia definitiva del cargo que venía ocupando la demandante, por renuncia del titular o la temporalidad del nombramiento en provisionalidad, no constituían razones suficientes para desvincular al empleado que lo ocupaba en provisionalidad.

2.5. Conclusión

El acto administrativo que dispuso la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante, esto es, el oficio S.S.A – GH 597 del 25 de abril del 2017 suscrito por el Líder Proyecto de Gestión Humana de la Alcaldía de Manizales se encuentra indebidamente motivado, por cuanto la declaración de vacancia definitiva del cargo por renuncia del titular y la temporalidad de la provisionalidad no son razones suficientes para desvincular a la demandante del cargo que venía desempeñando en la entidad.

Por lo anterior, los cargos señalados por la parte recurrente no prosperan y en este aspecto se confirmará la sentencia. Lo anterior aunado a que, el *a quo* encontró demostrado además que, el acto declarado nulo fue proferido por funcionario carente de facultad para hacerlo, aspecto de la sentencia que no fue objeto de apelación.

3. Segundo problema jurídico *¿El monto establecido como condena en la sentencia, se aparta de los límites dispuesto por la Corte Constitucional?*

3.1. Tesis del Tribunal

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

El monto establecido como condena en la sentencia recurrida, se aparta de los límites de la indemnización dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, en consecuencia se condenará al Municipio de Manizales a pagar a Jenifer Carmona García el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir por el término de veinticuatro (24) meses, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: *i)* los efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad y; *ii)* solución del caso concreto.

3.2. Efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad

La Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014 respecto al pago de salarios y prestaciones como medida de restablecimiento, cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, señaló:

“(...) no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.”

Precisó que, de acuerdo con la Constitución Política, la persona no solo tiene el derecho al trabajo, sino también la carga de procurarse los medios económicos para su sostenimiento y, de ese modo, para asumir la responsabilidad de su propio destino, contribuyendo al desarrollo de la sociedad por medio de la realización de la actividad lícita que elija ejercer libre y voluntariamente; agregando además que:

*“(...) frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, aún por un acto viciado de nulidad, en la medida de sus posibilidades, **la persona debe asumir la carga de su propio sostenimiento**, sin pretender que sea el empleador quien la asuma, por la totalidad del periodo que permanezca desvinculado, y sin que haya desplegado acción alguna tendiente a recuperar esa capacidad de auto-sostenimiento.”*

Por todo lo anterior, fijó las siguientes reglas:

“3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el

equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.” (Se resalta)

3.3. Caso concreto

El *a quo* declaró la nulidad del acto administrativo demandado, ordenando a título de restablecimiento del derecho, el reintegro de la demandante al cargo que ocupaba, sin solución de continuidad, además del pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta el momento en que se produzca su reintegro. Como fundamento de esto último señaló que: “(...) no habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido la demandante en el evento de que durante su desvinculación con el MUNICIPIO DE MANIZALES - CALDAS haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales con entidades del Estado.”¹⁴

Frente a lo anterior, el municipio de Manizales censuró que el monto establecido como condena, se aparta de los límites a la indemnización, dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias SU-556 de 2014, reiterada en sentencias SU-053 y 054 de 2015.

Al respecto, encuentra la Sala que, le asiste la razón a la parte recurrente, toda vez que, la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia, tuvo como fundamento la sentencia del Consejo de Estado del 27 de octubre de 2011, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, dentro del proceso con Radicación: 25000-23- 25-000- 2007-00450- 01(1148-11); ello, sin establecer argumentos de fondo para apartarse de las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014. Por lo tanto, el monto establecido en la sentencia de primera instancia, deberá ser ajustado a las reglas establecidas por la Corte Constitucional.

Así las cosas, en atención a que los límites de la indemnización los estableció la alta corporación atendiendo a que los 6 meses constituyen el término máximo de duración de la provisionalidad, y los 24 meses, a que se considera que en este lapso se presenta la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, conclusión a la que llegó la Corte Constitucional luego de analizar investigaciones que establecieron el término promedio en que un colombiano logra vincularse a un empleo después de la cesación en sus labores, extendiendo este plazo a un máximo de 24 meses.

Por lo anterior, se modificará la sentencia recurrida para en su lugar señalar que, el monto de la indemnización a pagar a la demandante, equivale a los salarios, prestaciones sociales y emolumentos de todo orden dejados de devengar desde el momento del retiro y hasta la fecha de esta sentencia, descontando de ese monto las sumas que hubiese devengado por cualquier concepto laboral proveniente de recursos públicos o privados, dependiente o

¹⁴ Pág. 45 a 46 A.D. “29Sentencia”

independiente, sin que la cantidad a cancelar a título de indemnización sea superior a veinticuatro (24) meses de salario.

3.4. Conclusión

El monto establecido como condena en la sentencia recurrida, se aparta de los límites a la indemnización dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, en consecuencia, el ordinal “*TERCERO*” de la sentencia será modificado en los términos previamente señalados.

Para el cumplimiento del fallo, la demandante deberá suministrar al municipio la información necesaria referentes a los nombramiento, cargos, asignaciones salariales, vinculaciones, honorarios, pagos de aportes a la seguridad social, entre otros; así mismo, la entidad demandada podrá consultar y requerir información de terceros.

4. Tercer problema jurídico *¿Se ajusta a derecho la imposición de condena en costas dispuesta en la sentencia recurrida contra la entidad accionada?*

4.1. Tesis del Tribunal

La condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta ajustada a derecho, pues como fundamento de la misma se advirtió que los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentra debidamente acreditados en la hoja de gastos del expediente, aunado a que, la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la parte actora debió concurrir a la interposición del presente medio de control a través de apoderado judicial, el cual actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes.

Para fundamentar lo anterior se abordaran los siguientes tópicos: *i)* Naturaleza y régimen normativo de las costas procesales; *ii)* Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales y *iii)* Caso concreto.

4.2. Naturaleza y régimen normativo de las costas procesales

En primer lugar resulta necesario aclarar que si bien el artículo 366 del C.G.P¹⁵ en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del C.P.A.C.A; En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

¹⁵ Aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA.

Así las cosas, siguiendo con el desarrollo del problema jurídico planteado, la doctrina nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*¹⁶, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

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

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

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en su artículo 188 dispone: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece las reglas para la imposición de costas.

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016¹⁷, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto C.P.C. y el C.G.P., puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas según el cual:

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

4.3. Caso concreto

¹⁶ Sentencia C-089/02

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

De lo expuesto en precedencia se concluye que, la imposición de la condena en costas, tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio, siempre que se compruebe la acusación de estas en el expediente.

En tal sentido, estima esta Colegiatura que la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta ajustada a derecho, pues como fundamento de la misma se advirtió que, los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentra debidamente acreditados en la hoja de gastos del expediente, aunado a que, como se advirtió en precedencia la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la parte actora debió concurrir a la interposición del presente medio de control a través de apoderado judicial, el cual actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes.

Coralario, se confirmará en este aspecto la sentencia recurrida.

5. Costas de Segunda Instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, en tanto, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el Consejo de Estado¹⁸ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha condena.

Así, no se impondrá tal carga al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta instancia y que la partes no efectuaron intervención ante este Tribunal.

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

Resuelve

Primero: **Modificar el ordinal tercero** de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, el cual quedará así:

“TERCERO.- CONDENAR al MUNICIPIO DE MANIZALES a pagar a Jenifer Carmona García el equivalente a los salarios, prestaciones sociales y emolumentos de todo orden dejados de devengar desde el momento del retiro y hasta la fecha de esta sentencia, descontando de ese monto las sumas que hubiese devengado por cualquier concepto laboral proveniente de recursos públicos o privados, dependiente o independiente, sin que la cantidad a cancelar a título de indemnización sea superior a veinticuatro (24) meses de salario”.

Segundo: **Confirmar** en todo lo demás la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales.

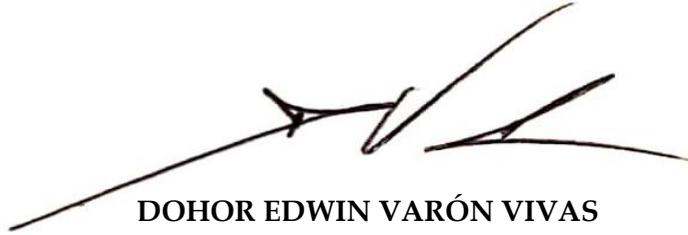
¹⁸ Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

Tercero: Sin costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema "Justicia Siglo XXI".

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 124

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00526-00
Naturaleza: Controversia Contractual
Demandante: Municipio de Chinchiná
Demandado: Consorcio Aguacatal¹ y Seguros del Estado

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, que se declare la nulidad del “*acta de recibo a satisfacción*” del 10 de agosto de 2015, suscrita entre el supervisor del contrato y el Consorcio Aguacatal; se declare el incumplimiento del contrato de obra pública 222 del 19 de agosto de 2017 por parte del contratista por no haber ejecutado el contrato y en consecuencia, se ordene la liquidación judicial y se le condene a título de daño emergente, a la restitución de \$672.046.936 y, a título de lucro cesante el reconocimiento y pago de los intereses de mora a la tasa máxima legal que equivaldrían a \$424.062.199.

Que se ordene a Seguros del Estado reembolsar al municipio la totalidad de los dineros pagados al contratista con su correspondiente indexación e intereses, en virtud a la póliza de cumplimiento 42-44101072363.

1.2. Fundamento fáctico

Señaló que, el municipio de Chinchiná publicó el pliego de condiciones de la Licitación Pública 0011 de 2014. Que luego de surtidas las etapas pertinentes, fue adjudicado al Consorcio Aguacatal mediante Resolución 087 de 2014. El 19 de agosto de 2014 fue suscrito el contrato de obra pública 222 cuyo objeto era “*La Construcción de la cancha de futbol El*

¹ Integrado por Jaime León Ustman Salazar y Benjamín Orlando Arana Osuna

Aguacatal en el Municipio de Chinchiná”, por valor de \$672.046.936, cuyo plazo de ejecución inicial fue de seis meses.

Que el contratista aportó la póliza de cumplimiento 42-44-101072363 del 25 de agosto de 2014 cuya vigencia se extendía hasta el 25 de febrero de 2020. Que el 25 de agosto de 2014, fue suscrita el acta de inicio entre el supervisor del contrato y el representante legal del Consorcio Aguacatal; el 23 de febrero de 2015 se acordó adicionar el contrato por tres meses más de ejecución; el 4 de marzo de 2015 fue suscrita acta de suspensión del contrato; el 20 de mayo de 2015 fue suscrita acta de reinicio de obra. Finalmente, el 15 de agosto de 2015 fue suscrita acta de recibo a satisfacción.

1.3. Fundamentos de derecho

Señaló como vulnerados los artículos 83 de la Constitución Política, el artículo 871 del Código de Comercio, y los artículos 5, 7, 28, 52 y demás normas concordantes y afines de la Ley 80 de 1993, toda vez que el contratista no cumplió con el objeto del contrato. Que de acuerdo con lo estipulado el artículo 52 de la Ley 80 de 1993, los integrantes del consorcio deben responder solidariamente por las acciones y omisiones en la actuación contractual y en consecuencia, en la devolución del valor entregado por la municipalidad, al igual que los intereses moratorios.

2. Contestación de la demanda

2.1. El señor Jaime León Ustman Salazar integrante y representante legal del Consorcio Aguacatal² se opuso a las pretensiones de la demandante por considerar que, cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales, en los términos señalados en el otrosí 1 del 25 de febrero de 2015.

Señaló que, el objeto del contrato fue modificado, pues la nueva obra a realizar consistía en la construcción de la estructura para el encauce de las aguas, obra que era necesaria, pues sin ella no era posible hacer los llenos que se requieren para el terraplén donde se pondría la cancha. Que además, la obra ejecutada correspondía al valor que inicialmente se había pactado, razón por la cual no existían recursos para la construcción de la cancha, lo que se constituye en una falta de previsión imputable al contratante.

Propuso las excepciones que denominó: *-Inexistencia de incumplimiento del contrato*: Aseguró que cumplió a cabalidad la obra en los términos establecidos en el otrosí 1. *-Improcedencia de la nulidad del acto administrativo demandado*: Señaló que la pretensión de nulidad del acta de recibo no es coherente con lo el medio de control empleado. *- Caducidad de la acción* basado en que, al pretender la nulidad de un acto, el demandante debió acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual caducó el 09 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado fue expedido y notificado el 10 de agosto del 2015.

² Pág. 16 a 25 archivos digitales “CUADERNO1A”

La excepción de caducidad fue declarada no probada en providencia del 20 de noviembre de 2020.

2.2. El señor Benjamín Orlando Arana Osuna³ (actuando a través de curador ad litem), se opuso a las pretensiones de la demandante. Propuso las excepciones: -“*Cumplimiento del contrato*”: Señaló que la obra fue entregada a satisfacción, conforme al acta de recibo. - “*Inexistencia de la obligación*”: No está obligado a pagar ninguna suma, en razón a que la obra fue recibida a satisfacción.

2.3. Seguros del Estado⁴: Se opuso a las pretensiones de la demandante por considerar que carecen de fundamento jurídico y fáctico. Frente a los hechos aceptó como ciertos los referentes a la suscripción del contrato de obra. Propuso las excepciones que denominó:

- “*Ausencia de cobertura de la Póliza de Seguro de Cumplimiento entidad estatal No. 42-44101072363 y consecuente inoperancia de los amparos otorgados por operancia (sic) de una exclusión*”: Señaló que operó la causal de exclusión de inoperancia de la póliza, toda vez que, según la cláusula sexta del contrato, el municipio tenía la obligación de verificar la correcta ejecución del contrato, lo cual no ocurrió. - “*Terminación automática del contrato de seguro por agravación y modificación del estado de riesgo*”: Señaló que los recursos del Contrato 222 del 19 de agosto de 2014, no fueron utilizados en el objeto del mismo, sino en la construcción de una “*canalización en tubería de 1.60 metros de diámetro, de una quebrada que pasaba por el lote*”, cambiando por completo el riesgo asumido y sin darle aviso a la aseguradora dicho evento, generando en consecuencia la terminación automática del contrato de seguro. - “*Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro*”: Señaló que el municipio tuvo conocimiento de la modificación del contrato a partir del 10 de agosto de 2015, por lo tanto, el ente tenía hasta el 10 de agosto de 2017, para iniciar la reclamación, razones por las cuales considera que se configura la prescripción del seguro. - “*Inexistencia de siniestro a la luz del contrato de seguro; imposibilidad de indexación y pago de intereses; límite de valor asegurado contenido en la póliza*”: Señaló que a la fecha no se ha declarado el siniestro y por tanto no está en mora de pagar ninguna suma de dinero. - “*Ausencia de cobertura de lucro cesante*”: Señaló que el lucro cesante no está cubierto por la póliza.

3. Alegatos de conclusión y concepto

La parte demandante sostuvo que, está debidamente acreditado que, el supervisor del contrato y el representante legal del consorcio no cumplieron a cabalidad con la ejecución del contrato, el primero en certificar el verdadero estado de la obra y el segundo en no cumplir con el objeto contractual. Que a la fecha no existe ninguna cancha de fútbol en ese lugar ni total ni parcialmente, por lo tanto se torna necesario que se decrete la nulidad del acta de entrega a satisfacción y se ordene la restitución de los dineros por parte de la compañía de seguros como garante del buen manejo de los recursos públicos.

³ Pág. 89 a 91 archivos digitales “CUADERNO1A”

⁴ Pág. 94 a 106 archivos digitales “Cuaderno:1H” y “2018-00293 C.1H”

Jaime León Ustman Salazar, reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda; hizo referencia a un informe técnico del que concluye que financieramente el contrato arrojó un saldo a favor del municipio pero que de ese valor, no se contempló la excavación y llenos para la tubería tipo box que se instaló y los trasiegos realizados internamente indicando además que, estos solo podían determinarse durante el día a día de la obra y los cuales eran intangibles para su revisión a la fecha.

Reiteró que el Consorcio Aguacatal ejecutó adecuadamente el contrato en los términos modificados por la entidad contratante y que el cambio del objeto es una situación imputable a la planeación de la entidad contratante y no al contratista.

Seguros del Estado refirió que, se configuró la culpa exclusiva del municipio en el incumplimiento del contrato garantizado por la aseguradora, por cuanto se modificó el objeto contractual, el cual terminó en la suscripción de un acta de recibo a satisfacción. Que el contrato amparado fue modificado y dicha modificación no fue puesta de presente a la aseguradora, por lo que solicitó que se nieguen las pretensiones en su contra.

El Ministerio Público presentó concepto, en el cual realizó un recuento de la demanda y sus pretensiones, de las contestaciones a la demanda y de las pruebas practicadas en el proceso, para luego del análisis jurídico concluir que, se estructuran los presupuestos para declarar la responsabilidad contractual de los demandados, al acreditarse la conducta constitutiva del incumplimiento y el daño antijurídico, además de la relación de causalidad entre ambos, razón suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

III. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

De conformidad con la demanda y sus contestaciones, así como la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, se estima necesario determinar:

-. ¿Adolece de nulidad absoluta el acta de recibo a satisfacción, sin número, del 10 de agosto de 2015 referente al contrato N° 222 del 19 de agosto de 2014, suscrita entre el Supervisor del contrato, y el Contratista Consorcio Aguacatal, por ser contraria a la realidad?

-. ¿Se encuentra demostrado el incumplimiento del contrato 222 del 19 de agosto de 2014 por parte del Consorcio Aguacatal?

-. ¿Debe ordenarse la liquidación judicial del contrato N° 222 del 19 de agosto de 2014 suscrito entre el municipio de Chinchiná y el Consorcio Aguacatal?

-. ¿Debe reconocer a favor del municipio a título de indemnización, el reembolso de la totalidad de lo pagado junto con los intereses?

- . ¿Al tenor de la póliza de cumplimiento Nro. 42-44- 1010723630 otorgada por la compañía Seguros del Estado S.A., esta debe o no reembolsar al municipio de Chinchiná, los dineros pagados al Contratista?

2. Primer problema Jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

El acta de recibo a satisfacción, sin número, del 10 de agosto de 2015 referente al contrato 222 del 19 de agosto de 2014, suscrita entre el municipio y el Consorcio Aguacatal, adolece de nulidad por ser contrario a la realidad, toda vez que, en él se indicó que, el objeto del contrato había sido modificado y que el contratista había ejecutado el objeto del contrato, sin embargo, ello no es cierto.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre, el alcance y nulidad de las actas de recibo final; la modificación del objeto del contrato; la diferencia entre adición de contrato y contrato adicional; los efectos de la vulneración de los límites a las modificaciones ii) los hechos acreditados, para descender iii) al análisis del caso.

2.2. Fundamento jurídico

2.2.1. Alcance y nulidad de las actas de recibo final

Sobre el alcance de las actas de recibo final en los contratos de obra, el numeral 4 del artículo 2060 del Código Civil, aplicable por remisión que autoriza el artículo 13 la Ley 80 de 1993⁵, señala: *“El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone”*.

De acuerdo con la norma en cita, el acta de recibo final de un contrato de obra da cuenta de la conformidad externa en relación al ajuste a lo requerido por las partes y a las reglas del arte, sin que exima por ello de responsabilidad al contratista respecto del cumplimiento del contrato por existir inestabilidad en la obra, por vicios constructivos, por vicios de ejecución del personal empleado, vicios en los materiales (cuando no fuesen suministrados por la entidad contratante), entre otros.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado:

“23. En relación con el acta de recibo final –sobre la cual versa el problema jurídico a resolver en el sub-lite-, la ley, como en el caso de las actas parciales, tampoco regula concretamente esta

⁵ *“ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán registrar en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. (...)”*

clase de elemento accidental del contrato, que se deja al libre acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Pero la doctrina se refiere a ellas al analizar el tema de la terminación de los contratos por cumplimiento del objeto contractual, caso en el cual, las partes suscriben un acta en la que conste la recepción provisional o definitiva de los bienes, servicios o trabajos realizados, por cuanto “Tanto la recepción provisional como definitiva deben instrumentalizarse con intervención del cocontratante, expidiéndose por los funcionarios responsables de aquellas los certificados correspondientes de recepción para su pago (...)”.

24. Es decir que dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final-.⁶

Además, precisó que: *“si bien el acta de recibo final del contrato puede ser tenida como un principio de prueba respecto del cumplimiento del contrato, **su tenor no es absoluto en relación con la demostración del cumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes**, más aún si se tiene en cuenta que tal documento no constituye el corte final de cuentas del contrato”.*⁷

En sentencia del 1 de junio de 2020 señaló además que:

“3.5.3. En el sub judice, la demandante alega que las actas de recibo de las obras del contrato (párr. 3.4.5. y 3.4.6.) contiene una conducta desplegada por la administración de la que predica protección bajo la teoría de los actos propios. Dichas actas expresan, respectivamente, la reunión previa y la diligencia en que se realizó la entrega de las obras; en esta última ocasión las partes y el interventor afirmaron en conjunto que, para el 7 de diciembre de 2011, las obras mostraban un avance del 100% y fueron acordes a lo pactado en el contrato, lo que conminaba a la administración a desembolsar el 50% restante del valor del contrato conforme fue pactado en su clausulado.

Para la Sala, si bien dichas expresiones fueron relevantes entre las partes del contrato, en tanto provocaron el pago de las sumas pendientes al momento de la entrega, no dejan de ser afirmaciones carentes de sustento fáctico, es decir, estos asertos no fueron apoyados en pruebas reales del cumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio, o por un seguimiento fidedigno del avance del objeto contratado por parte del interventor, quien, además estuvo ausente durante el procedimiento administrativo instruido por el municipio.

⁶ Consejo de Estado, C.P. Danilo Rojas Betancourth. sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199).

⁷ Consejo de Estado - Sección Tercera. Consejera ponente: María Adriana Marín. 4 de junio de 2021. Radicación: 05001-23-31-000-2006-02551-01(48794)

En ese orden de ideas, ante la información sobreviniente que evidenciaba el incumplimiento, el ente territorial no podía mantenerse vinculado a su manifestación anterior so pena de desconocer los deberes jurídicos de gestión, dirección y control del contrato estatal, concretado entre otros en el de exigir del contratista y del garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual (Ley 80 de 1993 – artículo 4° núm. 1). En otras palabras, mantener la conducta anterior le significaba a la demandada obrar contra derecho. Por lo tanto, ante el escenario vislumbrado por los informes lo ordenado por la ley era que el Municipio adelantara el procedimiento del que se muestra sorprendida la actora, y que tiene sustento, precisamente, en las finalidades especiales del contrato estatal.

Por lo tanto, esas expresiones no consolidaron en modo alguno la situación jurídica del contratista, y menos aún la del garante. No comportan una conducta de la administración de la cual pueda desprenderse un grado relevante de confianza creado por el Municipio en el garante que merezca protección jurídica, porque ante las evidencias recaudadas de la entidad, mantenerla de forma irreflexiva, como lo pretendía la actora, produciría una consecuencia indeseada para el ordenamiento: el incumplimiento del contrato estatal.⁸ (Se resalta)

Y en cuanto a la posibilidad de anulación de dichas actas, precisó que:

*“Clara, entonces, que la voluntad de las partes, expresada en el acta indicada, ha de producir efectos jurídicos, como el de finiquitar el contrato, por medio de un negocio jurídico pleno; **solamente podía ser invalidado por decisión de autoridad competente, es decir, de los tribunales administrativos o por mutuo acuerdo de las mismas partes.** En manera alguna por acto unilateral de uno de los contratantes, por más de que tratarse de la administración, que no goza, bueno advertirlo, de esa amplia facultad de alteración o modificación de un negocio jurídico de esta estirpe. Porque, en verdad, como entidad de derecho público, al encontrar reparo al Acta, gozaba de la acción de lesividad, para destruir la legalidad contenida en el documento, si acreditaba cualquier hecho que permitiera un pronunciamiento por la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa.*

Pero lo que si no es aceptable es que se produzca una manifestación de voluntad unilateral, con marcado sentido de cambiar o alterar lo convenido inicialmente amparándose, para ello, en observaciones hechas por la oficina jurídica de la entidad demandada. No solo por razones de prudencia, sino de seguridad en el tráfico, cuando se ha de otorgar un acta de liquidación final, se deben tener de presente todos los elementos de juicio que permitan sostener que lo que allí se dice es, en puridad, lo que se deriva, de su naturaleza, por tratarse de un negocio jurídico de indiscutible alcance sustancial. Absurdo, pues, que se autoricen a los funcionarios para suscribir determinados documentos, con la fuerza vinculatoria que se establezca, para, luego, destruir o aniquilar su eficacia, por una declaración de voluntad posterior, en sentido

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia del 1 de junio de 2020, Rad. 08001-23-33-000-2012-00254-01(48945).

contrario".⁹

En sentencia de 16 de mayo de 2019 señaló además que:

"Al señalarse en el inciso primero de la norma aquí citada [87 CCA] que, mediante la acción de controversias contractuales puede pedirse que "se hagan otras declaraciones y condenas", se entienden comprendidas en este grupo abierto de pretensiones aquellas encaminadas a cuestionar la validez o legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad estatal, en el marco del contrato ya celebrado y en ejecución, o bien, con ocasión del mismo cuando este ya ha finalizado –v.gr., la liquidación unilateral o la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra-. En concordancia con ello, el inciso segundo del artículo en cita señala expresamente que, en materia de contratación administrativa, solo los actos previos a la celebración del contrato, proferidos con ocasión de la actividad contractual, son los que pueden demandarse a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho".¹⁰

2.2.2. Sustitución total o modificación del objeto del contrato

El Consejo de Estado¹¹ al referirse a la modificación del contrato precisó que, ello se refiere a aspectos no esenciales del mismo, sin que ello pueda conducir a la modificación de su objeto, pues ello implica la celebración de un nuevo contrato, :

*"Esto es así si se tiene en cuenta que si bien es posible modificar aspectos no esenciales del contrato, como ocurre con el plazo u obligaciones a cargo del contratista que sean necesarios para asegurar el objeto del contrato y con ello los fines estatales que se pretender satisfacer. ... Lo cierto es que ello **no puede conducir a la modificación del objeto contractual, pues ello, se resalta, implica la celebración de un nuevo contrato.***

Sobre la particular resulta ilustrativo lo expuesto por la Sala de Consulta de esta Corporación:

*"Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que **cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato**, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, **solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato**".¹² (negrilla fuera del texto)*

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: José Alejandro Bonivento Fernández. Sentencia 9 de agosto de 1984. Rad.: 797-CE-SEC3-1984-08-09-N3215.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Sentencia 16 de mayo de 2019. Rad.: 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102).

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 7 de septiembre de 2018. Rad.: 05001-23-31-000-2002-03563-01(39143)

¹² "Esta ha sido la posición del Consejo de Estado según se desprende de lo considerado en las consultas números 1812 del 2 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Y en las sentencias del 6 de agosto de 1987, expediente 3886,

De acuerdo a lo anterior, el poder de modificación de los contratos estatales debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto. En otras palabras, la modificación de los contratos estatales tiene como límite el “cambio de objeto o el tipo de contrato”¹³.

2.2.3. Diferencia entre adición de contrato y contrato adicional

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 16 de febrero de 2022¹⁴, en cuanto a la diferencia entre dichas figuras, en el caso del contrato de obra, señaló:

La doctrina de la Sala sobre el alcance que tiene la adición en un contrato de obra pactado a precio unitario también es acogida de manera mayoritaria¹⁵ por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Así, por ejemplo, en Sentencia del 15 de julio de 2004¹⁶, esta Corporación manifestó:

[N]o puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, la adición del contrato a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, de las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente... Se destaca al respecto el fallo proferido el día 18 de julio de 2002, en el cual se diferenció entre el concepto de obras adicionales y mayores cantidades de obra ejecutada:

‘Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distintas y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada

Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, también de la Sección Quinta.”

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012. Exp.23966 y Sentencia del 29 de mayo de 2013. Radicación núm. 76001-23-31-000-1997-25178 01(27926). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas. Número Único: 11001-03-06-000-2021-00167-00. Radicación Interna: 2473

¹⁵ 59 Una segunda posición, en todo caso minoritaria, señala que las mayores cantidades de obra que se generan en un contrato de obra pactado a precio unitario sí generan un contrato adicional. Cfr. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2003. Radicación No 47001-23-31-000-1996-04800-01 (17554) en el que se concluye lo siguiente: “Se tiene entonces que, en la medida en que surgiera mayor cantidad de obra necesaria para la ejecución del objeto contractual, ella representaba un costo superior al previsto y calculado, por lo cual para su reconocimiento, había necesidad de efectuar aumentos al valor inicialmente pactado, mediante la celebración de contratos adicionales, que lo son precisamente el valor a pagar, no en el objeto a ejecutar”. En el mismo sentido, Sentencia del 23 de abril de 2008. Radicación número: 27001-23-31-000-1997-02953-01(16491). C.P. Ruth Stella Correa.

¹⁶ 60 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2004. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 76001-23-31-000-2002-1164-02 (AP). De manera adicional, esta posición reasumida por la Sala de Consulta había sido planteada en la Sentencia del 31 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C.P. Ruth Stella Correa.

*pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una 'prolongación de la prestación debida', **sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual...** En cambio, **la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria.** (...)'". [Subrayado fuera de texto]*

Con base en el Concepto 1439 y en la Sentencia del 15 de julio de 2004, citada en precedencia, la Sala mediante el concepto 2148 de 2013, concluyó lo siguiente:

De la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, para: (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.).

En síntesis, existe una posición mayoritaria en la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil y en parte de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que concluye que la adición del valor de los contratos estatales, a que se refiere el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se admite en dos casos: i) para agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, en las condiciones mencionadas en la celebración del negocio, y/o ii) para modificar el precio del contrato, también en las condiciones establecidas en dicha celebración".

Así, el contrato adicional es aquel que implica una modificación fundamental del acuerdo inicial, mientras que la adición del contrato se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto.

4.2.2. Consecuencias del desconocimiento de la prohibición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993

El inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, señala que "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales". Y el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

...

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; (...).”

Ahora, en cuanto a los efectos de la nulidad, el artículo 48 ibidem, dispone:

“ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

2.3. Lo probado en el proceso

- El municipio de Chinchiná por medio de la Resolución 078 del 7 de julio de 2014¹⁷, ordenó la apertura de la Licitación Pública 011 y mediante Resolución 087 del 4 de agosto de 2014¹⁸, adjudicó el contrato al Consorcio Aguacatal y el 19 de agosto de 2014, fue suscrito el contrato 222, cuyo objeto era la *“Construcción de la Cancha de Fútbol El Aguacatal en el Municipio de Chinchiná”*, por valor de \$672.046.936 y una duración inicial de 6 meses¹⁹.

- El 25 de febrero de 2015, entre el supervisor del contrato y el Consorcio Aguacatal se suscribió el *“ACTA DE JUSTIFICACIÓN DE ADICIÓN EN TIEMPO AL CONTRATO DE OBRA No. 222 DEL 19 DE AGOSTO DE 2014”*²⁰ y *OTRO SI No. 01*²¹ en el que se dispuso:

“CLAUSULA PRIMERA: Prorrogar el Plazo establecido en la cláusula Segunda del Contrato N° 222, del 19 de Noviembre de 2014 en TRES(3) meses más.

CLAUSULA SEGUNDA: Al presente OTRO SI se anexan acta de justificación suscrita por el Jefe de la Oficina de Planeación e Infraestructura del MUNICIPIO en calidad de Supervisor y el CONSORCIO AGUACATAL representado legalmente por JAIME LEÓN USTMAN SALAZAR identificado con c.c 10.139.731 en calidad de contratista del contrato de obra N° 222 de 19 de Agosto de 2014...”

- El 4 de marzo de 2015, fue suscrita el *“Acta de Suspensión Contrato de Obras”*²² por el supervisor de contrato y el contratista, en el que se consideró:

¹⁷ Pág. 157 a 158 archivo digital “CUADERNO1”

¹⁸ Pág. 161 a 162 archivo digital “CUADERNO1”

¹⁹ Pág. 163 a 168 archivo digital “CUADERNO1”

²⁰ Pág. 185 a 186 archivo digital “CUADERNO1”

²¹ Pág. 19 a 20 archivo digital “42PruebasConsortioAguacatal”

²² Pág. 173 a 174 archivo digital “CUADERNO1”

*“... 1. Por motivos del rediseño del Box Coulvert, para la canalización de la Quebrada San Carlos que pasa por el sector, se cambió por un Box con tubería de concreto reforzado 160mm (64”) *2.03, para facilitar tiempos de construcción.*

2. La entidad que suministra la tubería está en proceso de fabricación de la Tubería para cumplir con las especificaciones, ya que no cuenta con toda la tubería requerida.

3. En la actualidad se presenta un paro camionero en nuestro país, situación que no permite abastecimiento de la tubería y material proveniente de ciudades principales.

(...)

SEGUNDO: Como consecuencia de la suspensión, la vigencia del contrato se correrá hasta que se supere el paro camionero y el suministro de la tubería requerida, esto para disponer del material que se requiere en la ejecución de la canalización de la Quebrada San Carlos.

TERCERO: La suspensión del contrato no genera costos adicionales para ninguna de las partes que intervienen”.

- El 20 de mayo de 2015, fue suscrita “Acta de Reinicio Contrato de Prestación de servicios profesionales (sic)”²³ por el supervisor de contrato y el contratista, en el que se indicó:

“(...) PRIMERO: Suscribir la presente acta de reinicio del contrato No. 222 del 19 de agosto de 2014, a partir del día 20 de mayo de 2015, por haberse superado todas y cada una de las situaciones que originaron la suspensión.

SEGUNDO: El contratista se compromete a ampliar las garantías (pólizas), teniendo en cuenta el tiempo de suspensión y el restante para cumplir el plazo contractual, además debe tener en cuenta en ampliar el plazo que se estipula en la adición al contrato que se tramita”.

- El 10 de agosto de 2015 el supervisor del contrato y el representante del Consorcio Aguacatal, suscribieron el “Acta de recibo a Satisfacción”.²⁴

2.3. Análisis sustancial del caso concreto

La parte demandante solicita que se declare la nulidad del acta de recibo a satisfacción del 10 de agosto de 2015 y que se declare el incumplimiento por parte del contratista por no haber ejecutado el contrato. Por el contrario, los integrantes del consorcio demandado sostienen que, este cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales, en los términos señalados en el otrosí 1 del 25 de febrero de 2015; aclaran que el objeto del contrato fue modificado, pues la nueva obra a realizar consistía en la construcción de la estructura requerida para el encauce de las aguas, obra que era necesaria, pues sin ella no era posible hacer los llenos que se requieren para el terraplén donde se pondría la cancha.

Al respecto, encuentra el Tribunal acreditado que, en el contrato de obra 222 del 19 de agosto de 2014, se estipuló que su objeto consistía en que: “EL CONTRATISTA se obliga con el MUNICIPIO a contratar la CONSTRUCCIÓN DE LA CANCHA DE FUTBOL EL

²³ Pág. 175 a 176 archivo digital “CUADERNO1”

²⁴ Pág. 187 a 188 archivo digital “CUADERNO1”

AGUACATAL EN EL MUNICIPIO DE CHINCHINÁ.”²⁵

El 25 de febrero de 2015, se suscribió el Otrosí 01 al contrato, en el que se dispuso prorrogar el plazo establecido en tres meses más, se indicaron las siguientes justificaciones a la modificación:

“... 1. Llevando a cabo la ejecución de la obra se evidenció que era necesaria la construcción de una estructura que encauce las aguas y proteja el afluente del lleno que debe realizarse sobre este, para dar cumplimiento al objeto contractual en cuanto a las dimensiones mínimas reglamentarias para este tipo de escenarios deportivos establecidas por la FIFA por lo anterior, la entidad contratante solicitó la colaboración de la autoridad ambiental competente para determinar las especificaciones de la ocupación del cauce y posteriormente realizó convocatoria de concurso de méritos para contratar los diseños del box coulvert a construir en ese sector, siendo adjudicado al ingeniero Andrés Marín Marmolejo, que efectivamente hizo entrega de los correspondientes diseños.

*2. De acuerdo con lo anterior, la entidad contratante deberá suministrar estos diseños y localización en campo de la estructura tipo box coulvert que se plantea construir, con el fin de encauzar y proteger la quebrada del movimiento de tierra que deber realizarse para garantizar la estabilidad y dimensiones reglamentarias de la Cancha de futbol. Debido a que esta estructura no está contemplada en el presupuesto ni los estudios previos, **debe incorporarse como una actividad complementaria, para lo cual el contratista deberá aportar el Análisis de Precio Unitario y presentarlo a la Entidad para su revisión y aprobación; adicionalmente deberá presentar un balance de obra para evaluar el estado financiero del contrato debido a la incorporación de esta nueva actividad.***

3 Considera el Municipio que para poder cumplir a cabalidad con el objeto del contrato es pertinente ampliar el plazo establecido en el mismo, teniendo en cuenta que las dificultades que se han presentado en el desarrollo de este no pueden ser atribuibles a ninguna de las partes contractuales, ya que para dar cumplimiento a las dimensiones reglamentarias del escenario deportivo establecidas por la FIFA es necesario realizar el movimiento de tierra hasta la quebrada existente por lo que debe construirse una estructura que proteja el cauce de la misma”. (Resalta la Sala).

De lo anterior se observa que, con posterioridad al inicio de la obra, las partes contratantes evidenciaron la necesidad de realizar una obra adicional, por lo que se consideró necesario ampliar el plazo para que el municipio suministrara al contratista los diseños de esa obra, para que luego, el contratista aportara el análisis de precios unitarios para su aprobación y un balance de obra.

Del contenido del referido otrosí, no es posible afirmar que, se modificó o sustituyó el objeto del contrato, esto es, “la CONSTRUCCIÓN DE LA CANCHA DE FUTBOL EL AGUACATAL EN EL MUNICIPIO DE CHINCHINÁ”, por el de “la construcción de una estructura que encauce las aguas y proteja el afluente del lleno”, o que se relevó al contratista de ejecutar el objeto del

²⁵ Pág. 163 archivo digital “CUADERNO1”

contrato; se reitera lo que se indica es que, la nueva obra “*debe incorporarse como una actividad complementaria*”.

Además, como fue señalado en acápites anteriores, si bien es posible modificar aspectos no esenciales del contrato, como ocurre con el plazo u obligaciones a cargo del contratista que sean necesarios para asegurar el objeto del contrato y con ello los fines estatales que se pretende satisfacer, “*lo cierto es que ello no puede conducir a la modificación del objeto contractual, pues ello, se resalta, implica la celebración de un nuevo contrato*”.²⁶ (CREO QUE NO ES PERTINENTE LA REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN UNILATERAL PORQUE AQUÍ NI SE USÓ TAL FACUTAD Y ADEMÁS LA MODIFICACIÓN FUE PACTADA)

El 10 de agosto de 2015 el supervisor del contrato y el representante del Consorcio Aguacatal suscribieron el “*Acta de recibo a Satisfacción*”²⁷, en la cual se señaló:

“(...)En la ciudad de Chinchiná (...) se reunieron los mencionados participantes, con el objeto de realizar de común acuerdo Acta de Recibo a Satisfacción del contrato de Obra No. 222 de 2014.

(...)

Cláusula Tercera: Las partes suscribieron, OTRO SÍ en el tiempo al contrato de Obra NO. 222 de 2014, de fecha 25 de febrero/2015, con el objeto de modificar el alcance del contrato, por solicitud del supervisor, para la modificación de las obligaciones especiales del contratista (...)

Cláusula Cuarta: En consideración al cumplimiento del contratista de sus obligaciones con los sistemas de seguridad social, en salud y pensiones, riesgos profesionales así como los aportes a cajas de compensación familiar; SENA e ICBF durante la vigencia del contrato se constató por parte del Supervisor del contrato JULIÁN VARGAS BLANDÓN secretario de Infraestructura del municipio de Chinchiná caldas (sic) que el Contratista cumplió con esta obligación a entera satisfacción.

Cláusula sexta (sic): De acuerdo con las funciones legales asignadas y las descritas en el Manual de Supervisión de la Alcaldía y las obligaciones contractuales asignadas, el supervisor, vigiló la correcta ejecución del objeto del contrato y prepararon el proyecto de liquidación, previa verificación de la información contractual en cuanto al cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, desarrollo técnico, ejecución de actividades.

Cláusula Séptima: Acorde con la Cláusula del Contrato de Obra, orden No. 222 de 2015 (sic), el Supervisor verificó que las garantías se encuentran vigentes.

Como constancia de lo anterior, se suscribe la presente Acta de Recibo a Satisfacción (...).
(Resalta la Sala).

Pese a lo señalado en el “*Acta de recibo a Satisfacción*”, el objeto contractual, esto es, la

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 7 de septiembre de 2018. Rad.: 05001-23-31-000-2002-03563-01(39143)

²⁷ Pág. 187 a 188 archivo digital “CUADERNO1”

construcción de la cancha *El Aguacatal* no fue cumplido, ello, se desprende del informe pericial elaborado por el Ingeniero Civil Mario Corrales Giraldo, quien fue nombrado como perito por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, con ocasión a solicitud de prueba extraprocesal.²⁸

Frente al interrogante acerca del cumplimiento del objeto del contrato 222 del 19 de agosto de 2014, el perito señaló: “(...) Según lo observado en el terreno, en visitas realizadas al predio intervenido, solamente se ha realizado un movimiento de tierra dentro del mismo lote y se puede observar la existencia de una cámara de alcantarillado, que debe pertenecer a un drenaje de aguas subterráneas del terreno, en el cual no existe ninguna construcción diferente a la explanación, y la cámara de inspección de flujo de aguas”²⁹, agregó más adelante, frente al cuestionamiento a cerca de las obras realizadas: “(...) En el terreno, solamente se encontró una obra, el movimiento de tierra, o excavación y ninguna otra de las obras descritas en el contrato”³⁰; frente al estado del predio el ingeniero precisó: “(...) En el lote de propiedad del municipio de Chinchiná destinada para construcción de la cancha de fútbol “El Aguacatal”, no existe ninguna construcción visible, con excepción de un movimiento de excavación de tierra y la tapa de una cámara de alcantarillado.”³¹

De acuerdo con lo anterior resulta, evidente que la cancha del fútbol *El Aguacatal* no fue construida, hecho que no es controvertido por los integrantes del consorcio; además que, en el informe suscrito por el demandado Jaime León Ustman como representante legal del Consorcio Aguacatal, se señala:

“Así mismo se anexa el acta final N°5 derivada del contrato 222 de agosto de 2014 y otrosí modificadorio N°1 de fecha 25 de febrero de 2015, donde se presentaron mayores y menores cantidades en ítems correspondiente al movimiento de tierra y actividades relacionadas con el suministro e instalación de tubería para la canalización de la quebrada San Carlos.

***De tal manera que de los ítems contractuales correspondiente a los ítems 2,9, 2,11 y del 2,14 al 4,3 no fueron ejecutados y como consecuencia sus valores en el acta final 5 se encuentran en cero “0” en los capítulos “cancha- camerinos y complementarios”, tanto en cantidad como en valor total ejecutado; ya que el monto del presupuesto inicial fue invertido en las obligaciones enmarcadas en el otrosí modificadorio N° 1 de fecha 25 de febrero de 2015 el cual fue suscrito con el objeto de modificar el alcance del contrato inicial.”*³²(Destaca el Tribunal)**

Por lo tanto, si bien en el “Acta de recibo a Satisfacción” se indica que, el contratista cumplió con sus obligaciones contractuales, ello se encuentra totalmente desvirtuado, por cuanto, nunca fue sustituido el objeto del contrato, esto es, “la CONSTRUCCIÓN DE LA CANCHA DE FUTBOL EL AGUACATAL EN EL MUNICIPIO DE CHINCHINÁ” y tampoco es cierto que se cumplió con el objeto del contrato.

²⁸ Radicado 171743112001-2016-00088-00. Ver archivo digital “CUADERNO1” “1- EXPEDIENTE AGUACATAL”

²⁹ Pág. 876 ibidem.

³⁰ Pág. 883 ibidem

³¹ Pág. 891 ibidem

³² Pág. 3 archivo digital “42PruebasConsortioAguacatal”

Lo anterior aunado a que la adición de las obras no contempladas en el contrato inicial, a través del otrosí modificatorio N°1 de 25 de febrero de 2015, es contrario al ordenamiento jurídico, pues dicha adición implicaba la celebración de un nuevo contrato, al variar sustancialmente el objeto del contrato y su valor.

Cabe resaltar además que, lo manifestado en el acta de recibo no consolida una situación jurídica inmodificable a favor del contratista, que merezca protección jurídica, porque ante las evidencias recaudadas, mantenerla, produciría consecuencias indeseadas para el ordenamiento: la modificación del objeto del contrato estatal y su incumplimiento.

Además, el municipio contratante no podía mantenerse vinculado a su manifestación contenida en el acta de recibo final, pues ello conllevaría a *“desconocer los deberes jurídicos de gestión, dirección y control del contrato estatal, concretado entre otros en el de exigir del contratista y del garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual (Ley 80 de 1993 – artículo 4° núm. 1). En otras palabras, mantener la conducta anterior le significaba a la demandada obrar contra derecho”*.³³

2.4. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, el acta de recibo a satisfacción, sin número, del 10 de agosto de 2015 referente al Contrato 222 del 19 de agosto de 2014, suscrita entre el municipio y el Contratista Consorcio Aguacatal, en el que se señaló que el objeto del contrato había sido modificado y que el contratista había ejecutado el objeto del mismo, adolece de nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, será declarada la nulidad del acta de recibo a satisfacción y será negada la excepción denominada *“Improcedencia de la nulidad del acto administrativo demandado”* formulada por el demandado Jaime León Ustman Salazar.

3. Segundo problema Jurídico *¿Se encuentra demostrado el incumplimiento del contrato 222 del 19 de agosto de 2014 por parte del Consorcio Aguacatal?*

3.1. Tesis del Tribunal

Se encuentra acreditado el incumplimiento del contrato 222 del 19 de agosto de 2014 por parte del Consorcio Aguacatal por cuanto, como se indicó en el acápite anterior: el objeto del mismo, consistente en la construcción de la cancha de fútbol *El Aguacatal*, no fue ejecutado; del Otrosí 01 del 25 de febrero de 2015, no es posible afirmar que se sustituyó el objeto del mismo; además que, el agotamiento del presupuesto inicial, no eximia al contratista de cumplir lo pactado.

Para fundamentar lo anterior, en atención a los hechos señalados como acreditados, se hará

³³ Sentencia del 1 de junio de 2020, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad.: 08001-23-33-000-2012-00254-01(48945)

referencia a: i) el fundamento jurídico sobre los deberes del contratista, para descender ii) al análisis del caso.

3.2. Fundamento jurídico – Deberes de los contratistas

Respecto al deber de colaboración que les asiste a los contratistas, la Ley 80 de 1993 preceptúa:

“ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

(...)

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse. (...)”

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado, tratándose del principio de la buena fe en la ejecución del contrato estatal, ha señalado que:

“Debe destacarse que durante la relación comercial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y el contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y que se materializan a través de contratos adicionales, prórrogas, modificaciones o acuerdos que convengan su suspensión. Tales acercamientos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.”³⁴

3.3. Análisis sustancial del caso concreto

Como se indicó al analizar el problema jurídico anterior, si bien en el “Acta de recibo a Satisfacción” se indica que el contratista cumplió con sus obligaciones contractuales, ello se encuentra totalmente desvirtuado, por cuanto, no es cierta la modificación o sustitución del objeto del contrato, esto es, “la CONSTRUCCIÓN DE LA CANCHA DE FUTBOL EL AGUACATAL EN EL MUNICIPIO DE CHINCHINÁ” y tampoco es cierto que se construyó la referida cancha.

Ahora, los integrantes del consorcio sostienen que, la obra ejecutada correspondía al valor que inicialmente se había pactado, razón por la cual no existían recursos para la

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 25 de julio de 2019. Rad.: 88001-23-31-000-2012-00017-01(51772)

construcción de la cancha, lo que constituye una falta de previsión imputable al contratante.

Para la Sala, dicha situación no justifica el incumplimiento del contrato por parte del Consorcio contratado por cuanto, de conformidad con la Ley 80 de 1993 los contratistas deben colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad, de manera que, el supuesto agotamiento del valor pactado no podía ser usado como argumento para afirmar que, se cumplió con el objeto contractual.

Además, como lo ha definido la jurisprudencia, si durante la relación comercial las partes afrontan dificultades relativas a la definición de los alcances y el contenido de las prestaciones contraídas, entre ellas el precio, estas pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes dirigidos a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y que se materializan a través de adiciones, prórrogas o modificaciones.

Adicionalmente, el hecho de evidenciarse con posterioridad a la suscripción del contrato la necesidad de ejecutar unas obras adicionales, no es suficiente para afirmar que esa falta de previsión de la entidad contratante, legitimara al contratista para sustraerse del cumplimiento del objeto contratado, más aún cuando aceptó la ejecución de las mismas.

3.4. Conclusión

Se encuentra acreditado el incumplimiento del contrato 222 del 19 de agosto de 2014 por parte del Consorcio Aguacatal, por cuanto el objeto del mismo consistente en la construcción de la cancha de fútbol *El Aguacatal*, no fue ejecutado; del Otrosí 01 del 25 de febrero de 2015, no es posible afirmar que sustituyó el objeto del mismo; y el agotamiento del presupuesto inicial, no eximia al contratista de cumplir y terminar el objeto contractual.

Como consecuencia de lo anterior, se declarará el incumplimiento del contrato de Obra 222 de 2014 por parte del contratista y se negaran las excepciones denominadas "*Inexistencia de incumplimiento del contrato*", propuesta por Jaime León Ustman Salazar; "*Cumplimiento del contrato*" y "*Inexistencia de la obligación*", propuestas por Benjamín Orlando Arana Osuna.

4. Tercer problema jurídico: *¿Debe ordenarse la liquidación judicial del contrato 222 del 19 de agosto de 2014 suscrito entre el municipio de Chinchiná y el consorcio Aguacatal?*

4.1. Tesis del Tribunal

Debe ordenarse la liquidación del contrato 222 del 19 de agosto de 2014 suscrito entre el municipio de Chinchiná y el consorcio Aguacatal, por lo que teniendo en cuenta que, el valor pactado y que fue pagado al contratista ascendió a \$672.046.935.60, y que se encuentra acreditado que el contratista ejecutó obras por el mismo valor, financieramente no resultan saldos a favor de ninguna de las partes contratantes.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la liquidación del contrato estatal; ii) los hechos relevantes acreditados y ii) el análisis del caso.

4.2. Fundamento jurídico

4.2.1. Liquidación del contrato estatal

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, señala que: *“Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”*.

Así, la liquidación es una actuación que procede con posterioridad a la terminación normal o anormal del contrato estatal, por causas contractuales o legales o por causas atribuibles a ambos contratantes o a uno de ellos, *“cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial”*.³⁵

4.2.2. Consecuencias del desconocimiento de la prohibición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993

Como se indicó en acápites anteriores, el inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, señala que *“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”*. Y el numeral 2 del artículo 44 ibidem señala que *“los contratos del Estado son absolutamente nulos”*, entre otras causales, cuando *“2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”*.

En cuanto a los efectos de la nulidad, para efectos de la liquidación del contrato, el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2021³⁶, precisó:

G.- Las prestaciones ejecutadas en desarrollo de las adiciones que se anulan, cuyo valor fue reconocido como obligación a cargo de la entidad contratante en las liquidaciones unilaterales de los contratos

19.- El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 dispone que:

“...Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Exp. n.º 16.370.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Martín Bermúdez Muñoz. sentencia del 26 de julio de 2021. Rad.: 25000-23-26-000-2009-00016-01(40452)

para satisfacer un interés público”.

20.- *En la Resolución 8908 del 24 de diciembre de 2008 mediante la cual se liquidó unilateralmente el Contrato 087, la entidad demandante reconoció la existencia de un saldo de setecientos dos millones doscientos cincuenta y seis mil quinientos setenta y cinco pesos (COP\$702.256.575).³⁷ Por su parte, en la Resolución 8909 del 24 de diciembre de 2008, que liquidó unilateralmente el Contrato 089³⁸, también se reconoció que existía un saldo a favor del contratista que ascendía a la suma de quinientos noventa y cuatro millones doscientos ochenta y ocho mil doscientos noventa y cuatro pesos (COP\$594.288.294).*

21.- *En las liquidaciones anteriores la entidad demandante incluyó las sumas adeudadas al Contratista demandado como consecuencia de la ejecución de las adiciones cuya nulidad se solicitó en la demanda, y tal inclusión permite deducir que las prestaciones reconocidas beneficiaron a la entidad.*

22.- *En el expediente se encuentra acreditado que las prestaciones objeto de las adiciones declaradas nulas fueron ejecutadas. Al respecto se encuentra que en el acta de recibo definitivo y a satisfacción del Contrato 087 de fecha 22 de noviembre de 2007 la Registraduría manifestó: <<Que analizadas las tareas efectivamente realizadas se encontró que el contratista cumplió con todas las obligaciones pactadas en la CLÁUSULA TERCERA del contrato No. 087 y sus adicionales 01, 02 y 03>>³⁹. La anterior manifestación se encuentra igualmente realizada en el acta de recibo del Contrato 089, de fecha 26 de noviembre de 2007⁴⁰. En este sentido, la manifestación que hace la entidad de haber recibido a satisfacción los servicios objeto de los Contratos 087 y 089 y sus adiciones permite presumir que la entidad se benefició con su cumplimiento.*

23.- *Además de lo anterior, el gerente de informática de la entidad y el Registrador Delegado para lo Electoral certificaron que respecto de los Contratos 087 y 089 de 2007 la sociedad demandada:*

<<Proporcionó el software de pre conteo y realizó el proceso de consolidación departamental de los resultados electorales para las elecciones de gobernadores, alcaldes, asambleas departamentales, consejos municipales y JAL en los departamentos asignados.

<<Suministró el software de escrutinio y el soporte técnico a los delegados, registradores y comisiones escrutadoras durante el tiempo en que se realizaron los escrutinios en las capitales de los departamentos asignados, correspondientes al proceso electoral.

<<Creó para los municipios no zonificados un aplicativo liviano para la generación sistematizada de los formularios E-24, E-26 y del acta final de corrección.

³⁷ Cuaderno de pruebas, folio 1278.

³⁸ Cuaderno de pruebas No. 3, folio 77.

³⁹ Cuaderno principal, folio 80.

⁴⁰ Cuaderno principal, folio 68.

<<Digitalizó los formularios E-14 y los transmitió al sistema de divulgación/Intranet>>⁴¹

24.- La certificación de haber realizado dichas actividades permite concluir que el objeto de los Contratos 087 y 089 y sus adiciones fue cumplido y por tanto, la jornada electoral del 28 de octubre de 2007 pudo realizarse en las zonas geográficas determinadas en dichos contratos. En consecuencia, en la medida en que el fin último de la ejecución de los Contratos 087 y 089 y sus adiciones era la correcta realización de las elecciones referidas, existe evidencia de que sí se generó un beneficio a la entidad demandante.

25.- Por lo anterior, en la medida en que la demandante no afirmó ni demostró que las prestaciones ejecutadas no beneficiaron a la entidad, no puede accederse a las pretensiones dirigidas a que se declare que la Registraduría no está en la obligación de pagar dichas prestaciones y, que en caso de haber sido pagadas, se ordenara su devolución.” (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, el desconocimiento de la prohibición señalada en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 genera una nulidad absoluta de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita⁴², cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.

4.3. Hechos relevantes acreditados

- En el contrato de obra 222 del 19 de agosto de 2014 fue pactado un valor para su ejecución de \$672.046.936.

- Según certificado del 14 de junio de 2017 expedido por la secretaria Administrativa y Financiera de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Chinchiná⁴³, dicho ente pagó al Consorcio Aguacatal por la ejecución del contrato de Obra 222 en actas parciales las siguientes sumas:

Fecha de pago	Valor pagado
12/11/2014	201.614.080.80
19/02/2015	81.024.651.00
30/04/2015	86.307.133.11
30/04/2015	82.436.677.09
23/06/2015	27.924.434.00
23/06/2015	80.097.533.90
24/07/2015	108.298.897.70

⁴¹ Cuaderno No. 3, folio 69 para el Contrato 087. Cuaderno No. 3, folio 36 para el Contrato 089.

⁴² ARTÍCULO 1519. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

⁴³ Pág. 191 archivo digital “CUADERNO1”

21/12/2015	4.343.528.00
Total pagado	672.046.935.60

- De acuerdo con el "Acta Parcial de Pago 01"⁴⁴ del 18 de febrero de 2015, se dejó constancia por parte del supervisor del contrato y el representante del Contratista que, a esa fecha se había ejecutado \$81.024.651, menos el 30% de amortización de anticipo por valor de \$24.307.395, y que el total a pagar era \$56.717.255.

- De acuerdo con el "Acta Parcial de Pago 02"⁴⁵ del 30 de mayo de 2015, se dejó constancia por parte del supervisor del contrato y el representante del Contratista, que a esa fecha se había ejecutado \$241.062.586, menos el 30% de amortización de anticipo por valor de \$72.318.775, y que el total a pagar era \$168.743.810.

- De acuerdo con el "Acta Parcial de Pago 03"⁴⁶ del 18 de junio de 2015, se dejó constancia por parte del supervisor del contrato y el representante del Contratista, que a esa fecha se había ejecutado \$154.317.097, menos el 30% de amortización de anticipo por valor de \$46.295.129, y que el total a pagar era \$108.021.967.

- De acuerdo con el "Acta Parcial de Pago 04"⁴⁷ del 23 de julio de 2015, se dejó constancia por parte del supervisor del contrato y el representante del Contratista, que a esa fecha se había ejecutado \$154.712.711, menos el 30% de amortización de anticipo por valor de \$46.413.813, y que el total a pagar era \$108.298.897.

- De acuerdo con el "corte parcial o final de obra"⁴⁸ del 1º de septiembre de 2015, se dejó constancia por parte del supervisor del contrato y el representante del Contratista, que a esa fecha se había ejecutado \$671.640.887,20, menos amortización de \$201.614.080,80 por lo que existía un saldo por pagar de \$470.026.806,40.

- En el "Acta de recibo a Satisfacción"⁴⁹ del 10 de agosto de 2015 el supervisor del contrato y el representante del Consorcio Aguacatal, señalaron que, el valor total ejecutado ascendía a \$672.046.936.

4.4. Análisis sustancial del caso concreto

Solicita la parte actora que, en virtud a la declaratoria de incumplimiento del contrato de Obra 222 de 2014, se proceda a su liquidación.

Al respecto, la Sala de conformidad con las pruebas encuentra acreditado que, el valor del contrato de Obra 222 de 2014 fue por la suma de \$672.046.935.60, suma que fue cancelada al contratista en su totalidad. Además, se encuentra acreditado que, el contratista ejecutó

⁴⁴ Pág. 171 a 172 archivo digital "CUADERNO1"

⁴⁵ Pág. 177 a 178 archivo digital "CUADERNO1"

⁴⁶ Pág. 179 a 181 archivo digital "CUADERNO1"

⁴⁷ Pág. 182 a 184 archivo digital "CUADERNO1"

⁴⁸ Pág. 760 a 763 y, 889 a 890 archivo digital "CUADERNO1" "1- EXPEDIENTE AGUACATAL"

⁴⁹ Pág. 187 a 188 archivo digital "CUADERNO1"

unas obras que se encontraban pactadas y unas imprevistas que resultaban necesarias para la culminación del objeto contractual, aseveración que encuentra respaldo probatorio en las Actas parciales de pago, donde se describen las obras realizadas, así como la cantidad de presupuesto ejecutado y pagado⁵⁰, actas que fueron suscritas por el supervisor del contrato y el representante del Consorcio Aguacatal.

Sobre la necesidad de las obras imprevistas, en el Otrosí 01 del 25 de febrero de 2015, en donde se indican las siguientes razones:

*“... 1. Llevando a cabo la ejecución de la obra se evidenció que **era necesaria** la construcción de una estructura que encauce las aguas y proteja el afluente del lleno que debe realizarse sobre este, para dar cumplimiento al objeto contractual en cuanto a las dimensiones mínimas reglamentarias para este tipo de escenarios deportivos establecidas por la FIFA por lo anterior, la entidad contratante solicitó la colaboración de la autoridad ambiental competente para determinar las especificaciones de la ocupación del cauce y posteriormente realizó convocatoria de concurso de méritos para contratar los diseños del box coulvert a construir en ese sector, siendo adjudicado al ingeniero Andrés Marín Marmolejo, que efectivamente hizo entrega de los correspondientes diseños.*

...

*3 Considera el Municipio que para poder cumplir a cabalidad con el objeto del contrato es pertinente ampliar el plazo establecido en el mismo, teniendo en cuenta que las dificultades que se han presentado en el desarrollo de este no pueden ser atribuibles a ninguna de las partes contractuales, ya que para dar cumplimiento a las dimensiones reglamentarias del escenario deportivo establecidas por la FIFA **es necesario** realizar el movimiento de tierra hasta la quebrada existente por lo que debe construirse una estructura que proteja el cauce de la misma”⁵¹. (Resalta la Sala).*

Adicionalmente, de acuerdo con el ajuste final de cuentas del Contrato de Obra 222 de 2014⁵², no resultó ningún saldo a favor del municipio de Chinchiná, toda vez que, fue acreditado que se ejecutaron los \$672.046.935.

Ahora bien, en el informe pericial allegado como prueba extraprocésal practicada por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná⁵³, respecto de la ejecución de los ítems que componían la obra prevista en el contrato 222 de 2014, el perito señaló:

*“(...) **Ítem No. 1.1. Localización y replanteo.** Son 6.000 metros cuadrados, valor unitario de \$512 por metro cuadro para un total de \$3.072.000.*

La localización y el replanteo de la obra, puede constituir de dos partes. En la primera parte se señalan componentes de madera, o de concreto, el perímetro del sitio que ocuparán las obras. Como solamente se ha realizado movimiento de tierra, y el volumen movido a veces sobre pasa las líneas de delimitación de la excavación, estas señales no son aparentes en la obra.

⁵⁰ Ver memorias de Cálculo Acta No. 01- Contrato de obra No. 222. Pág. 48-52, archivo digital “44ContratoObra222”

⁵¹ Pág. 26 a 31 A.D. “44ContratoObra222”

⁵² Pág. 187-188 archivo digital “CUADERNO1”

⁵³ Ver archivo digital “CUADERNO1” “1- EXPEDIENTE AGUACATAL”

En la segunda parte se dé la localización y replanteo, se señalan con estacas de madera, lo ejes de la vigas de los cimientos así como los centro de las columnas de acuerdo con los plantos.

Esta localización y replanteo se ejecuta cuando esté listo el terreno para iniciar la construcción de edificación.

En esta cancha estaba previsto la construcción de un edificio para camerinos descrito en los ítems numero 3-11 hasta el número 3-35.

No se habilito el terrón para los camerinos por lo tanto no se ha hecho localización ni el replanteo del edificio.

De este ítem No. 1, no se ha ejecutado ninguna parte.

Ítem No. 1.2. Construcción de campamento de 18 metros cuadrados de área. *Con un valor unitario de \$84.474 y un valor total de \$1.527.732.*

No existe en el sitio de la obra ninguna construcción para campamento.

El campamento se utiliza principalmente como una bodega para almacenar los materiales destinados a la construcción del edificio, en este caso de los camerinos.

De este ítem No. 1.2 Campamento no se ha ejecutado ninguna parte.

Ítem No. 2.1. Excavación a máquina sin retiro. *La cantidad prevista es de 4.800 metros cúbicos, con un valor unitario de \$5.100 por metro cúbico y un valor total de \$24.480.000.*

En el sitio de la obra cancha de fútbol el Aguacatal de "La Nubia", solamente se encuentran visibles el movimiento de tierra correspondiente a este ítem, y una cámara de inspección de alcantarillado, de una profundidad o longitud por determinar en próxima visita, ítem correspondiente al ítem 2.14 si la cámara tiene 100x100 centímetros libres para levantar la tapa de concreto de la cámara, llamada en el contrato caja de inspección en concreto se requieren varias personas.

Liquidación del movimiento de tierra

Las excavaciones previstas figuran, además de las que aparecen en el ítem No. 2.1. En los ítems 2.2. retiro de material excavado y/o escombros a máquina menor o igual a 10 kilómetros de distancia.

En el ítem No. 2.3. Figuran excavaciones varias sin clasificar y en el ítem No. 2.4. Aparece: conformación, nivelación y/o compactación de la subrasante.

De los ítems números 2.1., 2.2., 2.3 y 2.4, solamente se hicieron obras en el ítem 2.1.; excavación a máquina sin retiro.

*Sobre el movimiento de tierra existente en el lote "La Nubia" para la cancha de futbol "EL Aguacatal", la única obra visible de las enumeradas en el contrato, se pueden hacer dos observaciones, que permiten concluir que esta parte de la obra no fue ejecutada "**correcta o totalmente**" como se pregunta en el cuestionario.*

(...)

Obra construida para el contrato 222-2014 Municipio de Chinchiná

Para la construcción de la obra original contratada, solamente se observa en el terreno la excavación o aplicación mecánica, en una superficie aproximada de 50 metros de ancho por

unos 150 metros de longitud, con un área de 7.500 metros cuadrados. En el proyecto original, solamente se consideraba una explanación de 50 metros de ancho por 100 metros de largo, con un área de 5000 metros cuadrados.

En la excavación existente, compuesta de seis terrazas, no existe la zona plana proyectada de 50 m x 100 m para la cancha y los camerinos.

(...)

El único ítem de pago visible en el lote es el:

"2.1. excavación a máquina sin retiro

Unidad: M3

Cantidad presupuestada: 4800

Valor unitario: \$5.100

Valor total presupuestado: \$24.480.000

OBRA EJECUTADA

Cantidad: 25574 m3 – acta No. 05 y final

Valora total: \$130.427.400 acta No. 05 y final.(...)⁵⁴ (Se resalta)

Ahora, respecto de las **obras no previstas en el contrato**, pero que fueron ejecutadas por el contratista, señaló:

"(...) Como el objeto del contrato se cambió para ejecutar obras de drenaje de una quebrada, en el acta No. 5 y final se presentan inversiones en obras no visibles, se encuentran por ejemplo:

2.2. Retiro de material excavado y/o escombros a máquina 205794 m3 por \$25.721.250

2.3. Excavaciones varias sin clasificar 340.24 m3 por \$4.936.882,40

2.4. Conformación, nivelación y/o compactación de la subrasante 440.92 metros cuadrados por \$992.510.92

En los demás ítems de pago, no es posible conocer cuales fueron ejecutados y en cuantas cantidades, porque se construyó una obra que funciona debajo de la superficie del terreno, y no es posible inspeccionar detalladamente (...)"⁵⁵

...

El contratista Consorcio Aguacatal suministró un conjunto de documentos denominado "Corte de Acta Parcial o Final de obra Construcción de Cancha El Aguacatal Corte de 05 y final".

En el capítulo: ACTIVIDADES NO PREVISTAS se describen los siguientes ítems, cuyos precios tuvieron que ser convertidos después de legalizado el contrato No. 222.

Capítulo	Obra Ejecutada Acumulada	Valor total
5.1	Rocería y Limpieza	\$3.421.064
5.2	Trincho secundario	\$561.439
5.3	Lleno a máquina con material común	\$155.822.325

⁵⁴ Pág. 877 a 882 "CUADERNO1" "1- EXPEDIENTE AGUACATAL"

⁵⁵ Pág. 882 "CUADERNO1" "1- EXPEDIENTE AGUACATAL"

5.4	Suministro e instalación tubería concreto ref. 1600 mm (72") x2.03 a \$1.488.262	\$133.645.305
5.5	Lateral y tapa en concreto 28 Mps (4000 psi) para cajas hidráulicas, no incluye refuerzo (cero)	
5.6	Anclaje epóxido para ½ profundidad 0.55 m no figura valor – cero	
5.7	Acarreo interno material no figura valor – cero	
5.8	Excavación y control bajo agua	\$10.538.645
5.9	Envocado encole	\$576.000
	U (total costo directo)	\$304.655.410
	Administración 20.00%	\$60.931.062
	Imprevistos 3.00%	\$9.139.662
	Utilidades 7.00%	\$21.325.879
	(u) Subtotal 2	\$396.052.033
	(W) valor total	\$671.640.887⁵⁶

Nota: el contratista y el interventor certifican que las obras recibidas en la presente acta fueron ejecutadas en las cantidades aquí relacionadas de acuerdo con lo establecido en el contrato de obra 222 de 2014".(...)

El dictamen fue aclarado por el Ingeniero Mario Corrales Giraldo, indicando:

"(...) NO es posible determinar al perito cual fue el volumen total de la tierra removida, porque la mediada de este volumen solo puede hacerla un topógrafo que utilice la llamada Estación Geodésica o estación de topografía y un aparato moderno, que reemplaza los aparatos o equipos de ingeniería llamados TRANSITO, NIVEL, NIVEL LCHE Y MIRA.

(...)

No se hicieron obras para el contrato No. 222 del 14 de agosto del año 2014 del municipio de Chinchiná.

Para el cubrimiento con tierra de la tubería de drenaje de la quebrada San Carlos y para el relleno de la zona del cauce de la quebrada, se hizo un movimiento de tierra con excavaciones laterales que Ocuparon una Superficie aproximada de una hectárea es decir cerca de 10.000 metros cuadrados. En la zona de retiro de material para tapar las obras de alcantarillado en tubería, quedo incluida una parte del área donde estaba proyectada la cancha de futbol, El área explanada para la cancha de futbol, que sin proponérselo, fue un rectángulo aproximado a 60 metros de largo por 50 metros de ancho, o sea una superficie de 3000 metros Cuadrados. Observando los cortes laterales en la montaña se ha supuesto que el movimiento de tierra utilizable para la cancha de futbol, dentro de la explanación mayor, Puede tener un promedio de un metro de altura. Con esta suposición basada en la observación del terreno, se estima un volumen de tierra movido utilizable para el Proyecto de la cancha de futbol "El Aguacatal" tiene un volumen de 3000 metros cúbicos equivalentes a un corte de un metro de altura en una superficie de 3000 metros cuadrados.

⁵⁶ Resultado de sumar el "Subtotal 1" (cuadro 1) más "Subtotal 2" (cuadro 3)

Esta parte de la obra del contrato No. 222 del Municipio de Chinchiná se hizo teniendo en cuenta la necesidad de material de relleno para tapar la tubería de alcantarillado, y para llenar el espacio de la cañada o quebrada San Carlos, corriente de agua encausada con tubería de gran diámetro.

El movimiento de tierra descrito como parte de la zona para la cancha de fútbol, fue pagada al contratista por uno o varios de los siguientes ítems de liquidación que aparecen en el documento titulado ALCALDÍA MUNICIPAL CHINCHINÁ CALDAS- CORTE PARCIAL O FINAL DE OBRA.

...

Se hizo movimiento de tierra, o excavación pagado de acuerdo con las liquidaciones anteriores, para un finalidad diferente a la construcción de la cancha de futbol.

Por coincidencia, se hizo una explanación dentro de los terrenos señalados para la construcción de la cancha de futbol, explanación pagada como correspondiente a la obra ejecutada en reemplazo de las obras del contrato No. 222 del municipio de Chinchiná. Como la explanación realizada en la zona de la cancha de futbol fue pagada con los pagos de otras obras diferentes, el contratista no realizó ninguna de las obras previstas en el contrato 222.

La pregunta que parte del contrato no se ha ejecutado ¿Corresponde a que porcentaje?

Se puede responder diciendo que el contrato No. 222 no se ha ejecutado ninguna obra, es decir no se hizo ningún porcentaje de lo contratado, y por lo tanto del contrato No. 222, del 100% de la obra no se hizo ningún porcentaje.

La parte de la explanación utilizable para construir la cancha de futbol, corresponde a un conjunto de obras diferentes, ya pagadas, son como parte del contrato No. 222, sino como parte de la construcción de un alcantarillado.

(...)

Con las respuestas anteriores, se encuentra que del valor de la obra ejecutada dentro del contrato No. 222 del municipio de Chinchiná, no se ejecutó ninguna obra.

*El valor de la obra utilizable para la explanación de la cancha de futbol, se pagó como obra correspondiente a ítems incluidos en la construcción de otro conjunto de obras diferentes al conjunto de obras del contrato No. 222 del Municipio de Chinchiná".*⁵⁷(se destaca)

De acuerdo con lo expuesto por el perito: de los ítems señalados en el contrato 222 no se ha ejecutado ninguna obra, es decir no se hizo ningún porcentaje de lo contratado; sin embargo precisa que, el contratista ejecutó unas obras, de las cuales pudo constatar las referentes a los ítems: 2.2. Retiro de material excavado y/o escombros a máquina 205794 m3 por \$25.721.250; 2.3. Excavaciones varias sin clasificar 340.24 m3 por \$4.936.882,40; 2.4. Conformación, nivelación y/o compactación de la subrasante 440.92 metros cuadrados por \$992.510.92 y que, en los demás ítems indicados en el documento titulado ALCALDÍA MUNICIPAL CHINCHINÁ CALDAS- CORTE PARCIAL O FINAL DE OBRA: **“no es posible conocer cuales fueron ejecutados y en cuantas cantidades, porque se construyó una obra que funciona por debajo de la superficie del terreno, y no es posible inspeccionar detalladamente”**.⁵⁸

⁵⁷ Pág. 997-1004 “CUADERNO1” “1- EXPEDIENTE AGUACATAL”

⁵⁸ Ibidem.

Se destaca además que, la parte demandante no allegó prueba que permita señalar como falsos o incorrectos los ítems y cantidades de obra ejecutadas que fueron señalados en el acta de recibo a satisfacción del 10 de agosto de 2015⁵⁹, y la referida acta final de obra del 1º de septiembre de 2015⁶⁰.

De acuerdo con lo anterior la Sala concluye que, el presupuesto inicial de la obra y que fue cancelado al contratista asciende a \$672.046.935,60 y el valor de las obras ejecutadas por el contratista ascendía a dicho valor; aseveración que encuentra respaldo probatorio en las Actas parciales de pago, donde se describen las obras realizadas, así como la cantidad de presupuesto ejecutado y pagado⁶¹, actas que fueron suscritas por el supervisor del contrato y el representante del Consorcio Aguacatal.

Así, si bien el contratista no cumplió con el objeto contractual, esto es la construcción de la mentada cancha de futbol, las obras ejecutadas y que agotaron el presupuesto pactado, eran las autorizadas por el municipio y necesarias para culminar el objeto del contrato.

Adicionalmente la demandante no demostró que las prestaciones ejecutadas por el contratista no la beneficiaron, por lo tanto, no puede accederse a las pretensiones dirigidas a que se declare que no está en la obligación de pagar dichas prestaciones.

4.5. Conclusión

Por lo anterior, procede la **liquidación del contrato** de Obra 222 de 2014, por lo que teniendo en cuenta que, el valor pactado y que fue pagado al contratista ascendió a la suma de \$672.046.935.60, y que el contratista ejecutó obras por el mismo valor, financieramente no resultan saldos a favor de ninguna de las partes contratantes.

5. Cuarto problema jurídico *¿Debe reconocer a favor del municipio a título de indemnización, el reembolso de la totalidad de lo pagado junto con los intereses?*

5.1. Tesis del Tribunal

No procede el reconocimiento a favor del municipio, del reembolso de la totalidad de lo pagado junto con los intereses toda vez que, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el daño y los perjuicios derivados del incumplimiento atribuido al contratista.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre el daño y el perjuicio, así como su prueba en los eventos del incumplimiento contractual; ii) los hechos relevantes acreditados y iii) el análisis del caso.

⁵⁹ Pág. 187 a 188 archivo digital "CUADERNO1"

⁶⁰ Pág. 760 a 763 y, 889 a 890 archivo digital "CUADERNO1" "1- EXPEDIENTE AGUACATAL"

⁶¹ Ver memorias de Cálculo Acta No. 01- Contrato de obra No. 222. Pág. 48-52, archivo digital "44ContratoObra222"

5.2. Fundamento jurídico

5.2.1. El daño y el perjuicio

El daño es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que la parte demandante acredite los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁶².

Sobre la noción de los perjuicios materiales, el Código Civil, dispone:

ARTICULO 1613. <INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS>. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ARTICULO 1614. <DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE>. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

De acuerdo con lo anterior, el daño emergente supone la pérdida económica y el lucro cesante, es la ganancia o provecho que deja de reportarse.

5.2.2. Prueba del daño derivado del incumplimiento contractual

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que: *“la prueba del incumplimiento contractual no necesariamente equivale a la prueba del derecho al reconocimiento de los perjuicios. Bien se sabe que puede tener lugar un incumplimiento contractual inocuo o que no sea la causa de perjuicio alguno, como también se ha evidenciado que la falencia de la prueba del perjuicio conduce a denegar las pretensiones del contratista”*⁶³.

Además, ha concluido que:

⁶² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 1º de marzo de 2018, exp. 54.557.

“Cuando la expectativa de uno de los contratantes se ve frustrada por causa del incumplimiento de la otra parte, surge la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a la parte cumplida, entre ellos el lucro cesante (...).

Dentro del proceso no existe prueba oportunamente allegada que acredite cual era la ganancia que esperaba recibir el contratista (...).

*En este sentido, la negligencia de la parte actora en la aportación de la prueba conduce a que la pretensión esté condenada al fracaso”.*⁶⁴

Igual ocurre en los eventos en que se demuestra la nulidad de un acto administrativo precontractual o contractual, pero se niega el reconocimiento de perjuicios por falta de prueba sobre la existencia del daño y de los perjuicios indemnizables⁶⁵.

Además ha señalado que *“si el demandante no acredita el perjuicio irrogado, el juez debe denegar la pretensión resarcitoria a cargo del Estado contratante. En la medida en que las pruebas estén a su alcance, es el contratista demandante quien tiene que pedir las e impulsar su práctica, para allegar los elementos de juicio que permitan la condena contra la parte estatal contratante”.*⁶⁶

En sentencia del 13 de agosto de 2020⁶⁷ precisó que:

“la actividad contractual no implica necesariamente y en todos los casos percibir una utilidad, dado que el sinalagma negocial y la aleatoriedad ínsita a todo contrato –al margen de que sea conmutativo– puede llevar a la configuración de pérdidas en su ejecución.

*Una cosa es entender que el contratista tiene derecho a percibir utilidades en el contrato estatal y otra distinta es que se establezca que las utilidades están garantizadas por el Estado contratante en favor del particular contratista. Por ello, para fundar la condena al lucro cesante causado por el incumplimiento del contrato se requiere: i) que se pruebe el incumplimiento y ii) que se demuestre que el contratista habría obtenido una ganancia o provecho que se vio frustrado por causa del incumplimiento”.*⁶⁸

5.3. Análisis sustancial del caso concreto

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 35252, sentencia de 14 de septiembre de 2017, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 20.741, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, exp. 17.211, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín. sentencia de 13 de agosto de 2020. Rad. 05001-23-31-000-2002-03180-01(50049)

⁶⁸ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de marzo de 2018, exp. 54.557, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Consultar igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de octubre de 2019, exp. 39.339, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

La parte demandante solicita que, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual y de la nulidad del acta de recibo a satisfacción suscrita el 10 de agosto de 2015, se condene en forma solidaria al consorcio Aguacatal y a los señores Jaime León Ustman Salazar y Benjamín Orlando Arana Osuna a pagar a favor del municipio:

4.1 A TÍTULO DE PERJUICIO MATERIAL, en la modalidad de DAÑO EMERGENTE, LA RESTITUCIÓN de la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MCTE (\$672.046.936.00).

4.2 A TÍTULO DE LUCRO CESANTE el RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS INTERESES DE MORA, a la tasa máxima legal vigente, equivalentes a la suma de CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES SESENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$424.062.199) POR CONCEPTO DE INTERESES DE MORA.

Señaló además que, “en aplicación de lo dispuesto en el artículo 206 de la ley 1564 de 2012, estimo de forma razonada y bajo juramento que el valor de las pretensiones de esta demanda corresponden al valor” antes referido.

No obstante, la parte demandante no realizó alguna actividad probatoria para demostrar el daño, esto es la lesión a un derecho y el perjuicio irrogado, los cuales como lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, no pueden ser inferidos del simple hecho del incumplimiento contractual por parte del contratista, más aún que como se vio, en este caso, el contratista sí ejecutó unas obras que estaban convenidas y autorizadas, y que en las actas parciales de obra se da cuenta que estas agotaron el valor del contrato.

Así, según se demostró con el otrosí No. 01 del 25 de febrero de 2015, **era necesaria** “la construcción de una estructura que encauce las aguas y proteja el afluente del lleno que debe realizarse sobre este, para dar cumplimiento al objeto contractual en cuanto a las dimensiones mínimas reglamentarias para este tipo de escenarios deportivos establecidas por la FIFA”⁶⁹. De allí que con dichas obras se consumiera el valor total que se tenía pactado para la ejecución del contrato.

De lo anterior que, no pueda afirmarse en este caso, la existencia de un perjuicio en la modalidad de daño emergente, pues la parte demandante en este caso, no señaló en que consistió el detrimento económico y mucho menos lo acreditó. Por la misma razón tampoco puede afirmarse la existencia del lucro cesante.

Ahora, sobre el juramento estimatorio realizado en la demanda se tiene que, el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 señala que:

Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente

⁶⁹ Pág. 185 a 186 archivo digital “CUADERNO1”

*bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento **hará prueba de su monto** mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

Por tanto, si bien dicho juramento estimatorio es prueba de la cuantía de los perjuicios, ello no es prueba de la existencia del daño y el perjuicio.

Adicionalmente, en este caso tampoco procede la condena en abstracto, dado que esta solo es pertinente en aquellos eventos en que, demostrada la existencia del daño, resulta imposible su cuantificación o tasación exacta, motivo por el cual el juez queda facultado para decretar la condena de forma genérica, dando los parámetros para su posterior liquidación en concreto.

En el caso objeto de análisis, se insiste, no es posible acceder a una condena en abstracto, comoquiera que la parte actora no demostró el daño irrogado, esto es, la afectación negativa patrimonial alegada. En otras palabras, el demandante no acreditó el elemento cierto del daño y, por tal motivo, las sumas indicadas en la demanda son eventuales o hipotéticas, puesto que no tienen soporte probatorio.

5.4. Conclusión

Así las cosas, en este proceso no procede el reconocimiento a favor del municipio, del reembolso de la totalidad de lo pagado junto con los intereses toda vez que, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el daño y los perjuicios derivados del incumplimiento atribuido al contratista.

Por lo tanto, se negarán las pretensiones de condena a la indemnización de perjuicios reclamada por la demandante.

Teniendo en cuenta que, no será condenado al consorcio Aguacatal y los señores Jaime León Ustman Salazar y Benjamín Orlando Arana Osuna al pago de sumas de dinero a favor del municipio de Chinchiná, la Sala se abstendrá de resolver el último problema jurídico planteado.

6. Compulsa de copias para investigación

Toda vez que la Sala advierte graves falencias en el diseño, ejecución y seguimiento del contrato y un claro detrimento patrimonial, se remitirán copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación para que, si aún no lo hubiere hecho, inicie la correspondiente investigación por la posible comisión de conducta penal por parte de los servidores públicos y contratistas que intervinieron en la celebración, ejecución y liquidación del contrato de obra 222 de 2014. De igual manera, se remitirán copias del expediente a la Contraloría General de la República para que, si aún no lo hubiere hecho, adelante las diligencias pertinentes a fin de establecer la posible responsabilidad fiscal de los implicados.

7. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, el cual dispuso lo siguiente: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”* y el artículo 365 del CGP no se condenará en costas al haber prosperado las pretensiones de la parte demandante, solo de manera parcial.

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

Sentencia:

Primero: Se declaran no probadas las excepciones de *“inexistencia de incumplimiento del contrato”*, propuesta por Jaime León Ustman Salazar; *“Cumplimiento del contrato”* y *“Inexistencia de la obligación”*, propuesta Benjamín Orlando Arana Osuna y, *Ausencia de cobertura de la Póliza de Seguro de Cumplimiento entidad estatal No. 42-44101072363 y consecuente inoperancia de los amparos otorgados por operancia (sic) de una exclusión”*; *“Terminación automática del contrato de seguro por agravación y modificación del estado de riesgo”* y *“Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”*, propuestas por Seguros del Estado.

Segundo: Se declara la nulidad del acta de recibo a satisfacción, sin número, del 10 de agosto de 2015 referente al contrato 222 del 19 de agosto de 2014, suscrita entre el municipio y el Contratista Consorcio Aguacatal.

Tercero: Se declara el incumplimiento del contrato de obra No. 222 del 19 de agosto de 2014, por parte del Consorcio Aguacatal en calidad de contratista.

Cuarto: Se liquida el contrato de obra No. 222 del 19 de agosto de 2014, celebrado entre el municipio de Chinchiná y el Consorcio Aguacatal, el cual queda con un saldo en cero para ambos extremos contratantes.

Quinto: Se niegan las demás pretensiones.

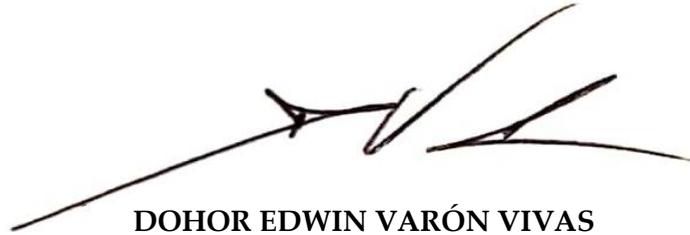
Sexto: No se condena en costas.

Séptimo: Se ordena a la Secretaría del Tribunal, remitir copias del expediente a la **Fiscalía General de la Nación** para que, si aún no lo hubiere hecho, inicie la correspondiente investigación por la posible comisión de conducta penal por parte de los servidores públicos y contratistas que intervinieron en la celebración, ejecución y liquidación del contrato de obra 222 de 2014. De igual manera, se remitirán copias del expediente a la **Contraloría General de la República** para que, si aún no lo hubiere hecho, adelante las diligencias pertinentes a fin de establecer la posible responsabilidad fiscal de los implicados.

Octavo: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** a la parte interesada los remanentes, si los hubiere, y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA 2ª. ORAL DE DECISIÓN
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, trece (13) de Mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17001-23-33-000-2018-00040-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP
Demandado:	Isnelda de Jesús Ruda Gil
Providencia:	Sentencia No. 87

La Sala 2ª. de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia de **primera instancia**, dentro del proceso de **Nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social– UGPP** contra la señora **Isnelda de Jesús Ruda Gil**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita el apoderado de la parte demandante que por esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

“PRIMERA. Se declare la nulidad de la Resolución No.005726 del 30 de junio de 1994 por medio de la cual la extinta CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia (sic) favor del señor LUIS ERNESTO VALOYES PINO, liquidando el 75% de lo devengado en el año anterior al cumplimiento del status pensional en cuantía inicial de \$162.396.66, con efectividad a partir del 5 de agosto 1991. Y de la Resolución No. RDP 020512 del 6 de mayo de 2013 la (sic) UGPP resolvió un recurso de Reposición revocando la Resolución No.15597

del 8 de abril de 2013 y en consecuencia ordenó reconocer una pensión de sobrevivientes a favor de la señora ISMELDA DE JESUS RUDA GIL en el 100\$ (sic) de lo devengado en vida por el causante, efectiva a partir del 8 enero de 2013, por tener computados tiempos del orden nacional.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la señora ISMELDA DE JESUS RUDA (sic) GIL en su condición de beneficiarla de la pensión gracia, reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo que le reconoció dicha pensión gracia, toda vez que no le asistía derecho a ser reconocida por el no cumplimiento de los requisitos exigidos para tal reconocimiento. Sumas que deberán ser indexadas al momento del pago.”

2. Hechos.

El señor Luis Ernesto Valoyes Pino nació el 5 de agosto de 1941 conforme partida eclesiástica de bautismo.

El referido señor prestó los siguientes tiempos de servicio:

- Secretaría de Educación De Chocó: desde el 30 de enero de 1965 hasta el 12 marzo de 1968, nombrado mediante Decreto No 27 de 30 de enero de 1965 según certificación de fecha 8 de enero de 1991 expedida por esa Entidad.
- Ministerio de Educación Nacional Secretaría de Educación del Departamento de Caldas: desde el 2 de febrero 1972 hasta el 7 de agosto de 2006 con vinculación de carácter nacional, nombrado mediante Resolución no. 1510 del 17 de abril 1972 emanada del Ministerio de Educación Nacional, según Acta de posesión de fecha 5 de mayo de 1972 y certificado de información laboral de fecha 24 de octubre de 2017 expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

El último cargo desempeñado fue el de docente en la Normal Nacional de Anserma – Caldas.

Por medio de la Resolución No. 005726 del 30 de junio de 1994 la extinta CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia favor del señor Luis Ernesto Valoyes Pino, liquidando el 75% de lo devengado en el año anterior al cumplimiento del status pensional, en cuantía inicial de \$162.396.66, con efectividad a partir del 5 de agosto 1991.

Por medio de la Resolución No. 41393 del 26 de agosto de 2008, Cajanal negó al interesado la reliquidación de la pensión gracia por nuevos factores salariales, por ser docente Nacional.

A través de la Resolución No.17124 del 4 de mayo de 2009, Cajanal resolvió recurso de reposición y confirmó la Resolución No.41393 de agosto del 2008 en todas y cada una de sus pares.

El señor Luis Ernesto Valoyes Pino Falleció el 07 de enero de 2013, según obra en Registro Civil de Defunción.

Con la Resolución No. RDP 020512 del 6 de mayo de 2013 la UGPP resolvió un recurso de Reposición revocando la Resolución No. 15597 del 8 de abril de 2013 y en consecuencia ordenó reconocer una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Ismelda de Jesús Ruda Gil en el 100% de lo devengado en vida por el causante, efectiva a partir del 8 de enero de 2013.

Mediante Resolución No. RDP 028051 del 12 de julio de 2017 la UGPP negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes reclamada por la señora Eglantina María Palacios Cuesta y ordenó remitir a la Subdirección jurídica para determinar la existencia del derecho a favor de la señora Ismelda de Jesús Ruda Gil, considerando que la prestación fue reconocida con tiempos de orden nacional. Dicha resolución fue confirmada con las resoluciones RDP 033375 de 2017 y RDP 035938 DE 2017, mediante las cuales se desató un recurso de reposición y apelación, respectivamente.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera vulnerados:

Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 4, 6,121, 122, 123 y 209.

Ley 114 de 1913.

Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2.

Sentencia C-489 de 2000.

Sentencia del Consejo de Estado, radicado 0423-2008 del 1 de octubre de 2009.

Sentencia del Consejo de Estado, radicado 3809-2004 del 16 de marzo de 2006.

La UGPP aduce que el acto administrativo que reconoció y pagó la pensión gracia al señor Luis Ernesto Valoyes Pino y que actualmente se encuentra en cabeza de la señora Ismelda de Jesús Ruda Gil resulta ilegal de acuerdo con la normatividad aludida y el precedente jurisprudencial reseñado, pues se otorgó sin que el docente hubiera reunido la totalidad de los requisitos que exige la ley 114 de 1913 y el artículo 15 de la ley 91 de 1989, porque aunque el referido señor cumplió con el supuesto de estar vinculado antes del 31 de diciembre de 1980, no cumplió con los 20 años que exige la leyes 114 de 1913, esto es,

en plaza nacionalizada o territorial; pues todo el tiempo lo cumplió, según dice, como docente del orden nacional, incumpliendo así uno de los presupuestos esenciales para el otorgamiento de dicha prestación vitalicia.

4. Contestación de la demanda.

Actuando a través de apoderado judicial, la señora Isnelda de Jesús Ruda Gil contestó la demanda para oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora. Admite como ciertos los hechos relacionados con la actuación administrativa para el reconocimiento de la pensión gracia en favor del señor Valoyes Pino. No se pronunció frente a los demás hechos.

Propuso como excepciones las que denominó: “buena fe”, pues asegura que la demandada ha percibido la pensión con la convicción de haber adquirido el derecho conforme a la ley y por lo tanto recalca que en cualquier caso no le debe ser ordenada la devolución de lo devengado hasta el momento. Y “genérica”. (fls. 304-306, C. 1 A)

5. Audiencia Inicial.

Se prescindió de esta etapa procesal de conformidad con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020. (fl. 340, C. 1 A)

6. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante: La UGPP reiteró los argumentos expuestos en la demanda. (fls. 344 a 347, C. 1 A)

5.2. Parte demandada: Iteró que la actuación de la demandada y del docente causante del derecho, siempre estuvo guiada por la buena fe y por lo tanto solicita abordar su situación desde los cánones constitucionales que abogan por la aplicación de ese principio; recalca que la decisión debe tener efectos hacia futuro. (fls. 357 a 358. C. 1 A)

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante mediante la acción de **nulidad y restablecimiento del derecho**, que por esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución No.005726 del 30 de junio de 1994, por medio de la cual la extinta Cajanal reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor del señor Luis Ernesto Valoyes Pino. Y de la

Resolución No. RDP 020512 del 6 de mayo de 2013, por medio de la cual la UGPP revocó la Resolución No.15597 de 2013 y ordenó reconocer una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Ismelda de Jesús Ruda Gil. En consecuencia, se ordene el reintegro de las sumas percibidas por tal concepto.

La parte demandada se opone a tal pretensión, al considerar que tanto el causante como la actual titular del derecho han actuado de buena fe.

1. Problemas jurídicos a resolver.

Los problemas jurídicos se contraen a establecer lo siguiente:

1.1. ¿El señor Luis Ernesto Valoyes Pino - en su momento - reunía la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión gracia?

1.2. ¿El tiempo de servicio prestado por el señor Luis Ernesto Valoyes Pino en calidad de docente, puede ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión gracia?

1.3. ¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo que reconoció la pensión gracia al señor Valoyes Pino y en consecuencia, la nulidad del acto administrativo que reconoció la sustitución de esa prestación en favor de la señora Ismelda de Jesús Ruda Gil?

1.4. ¿Hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros percibidos por la demandada con fundamento en los actos objeto de nulidad?

Para resolver lo anterior, la Sala abordará los siguientes ítems: i) marco jurídico de la pensión gracia; y ii) solución al caso concreto.

2. Las normas que rigen el reconocimiento de la pensión gracia.

La Ley 114 de 1.913 dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no inferior a veinte años, y que reunieran todos los requisitos exigidos por la ley, el derecho a una pensión de Jubilación Gracia vitalicia, consagrada en el artículo 4:

“Artículo 4. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

2. (Derogado por la ley 45 de 1913)

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

4. Que observe buena conducta.

5. (Derogado artículo 8 ley 45 de 1913)

6. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.”
(Subrayado de la Sala).

En principio, la Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 4º, una pensión por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, siempre que se comprobara “*que no reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional*”.

Luego, la ley 116 de 1.928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública. Se autorizó en el artículo 6º de esta ley para completar el tiempo requerido, sumar los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933 en el artículo 3º determinó que las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto legislativo, quedarían nuevamente en la cuantía señalada por las leyes e hizo extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios consagrados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

La interpretación correcta que se le debe dar a la frase “hubieran completado” consignada en esta norma, ha sido objeto de varios pronunciamientos, tanto por los Tribunales como por el Consejo de Estado.

En efecto, en sentencia de 11 de marzo de 1.999¹, se precisó:

“... Una interpretación jurídica que indague no solamente por el sentido de las palabras, sino también por el significado del texto en su conjunto, teniendo en cuenta la conexión y posición del instituto jurídico en comento en el complejo normativo y las raíces u origen de los preceptos en su delimitado contexto, permite establecer, sin hesitación alguna, que cuando el legislador de 1933 utilizó el vocablo “completado”, pretendió no solamente señalar que para acceder a la prestación en comento se podría integrar el lapso correspondiente al desempeño de maestro en establecimientos de enseñanza

¹ Consejero Ponente: Silvio Escudero Castro, Exp. 38287-2399-01.

secundaria (que igualmente exigía dotes especiales de constancia, abnegación y desinterés) al de escuelas primarias oficiales y al de escuelas normales, sino, inclusive, consumir todo el tiempo de servicios en aquella o, en escuelas normales. En este sentido se ha pronunciado en múltiples oportunidades la Sala....

“...en el fallo de 16 de junio de 1995, proferido dentro del expediente No.9538, se dijo: La correcta interpretación de la Ley 37 de 1.933 no es la restrictiva que hizo la Caja, en el sentido literal de añadir o sumar un tiempo a otro; el artículo 3° de dicha ley quiso conceder también a los maestros de secundaria en el orden municipal o departamental, con 20 años de servicio, la pensión gracia acordada para los de primaria, como lo hizo la Ley 116 de 1928 para los normalistas e inspectores en los mismos niveles”.(Gaceta Jurisprudencial, abril de 1.999, pág.61).

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal a), reiteró la vigencia del derecho a la pensión Gracia sólo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.980 y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, la jurisprudencia ha señalado²:

“...Lo anterior permite precisar: i) la vigencia del derecho a la pensión gracia para aquellos docentes territoriales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, siempre y cuando reúnan la totalidad de requisitos consagrados en la Ley para tal efecto; ii) la inexistencia de derecho alguno al respecto para los docentes nacionales; iii) la conclusión de dicho beneficio para los docentes territoriales o nacionalizados vinculados por primera vez a partir del 31 de diciembre de 1980; como también, iv) que la excepción que en cuanto a la pensión gracia permite la compatibilidad en el pago de dos pensiones de carácter nacional - pensión gracia y pensión ordinaria de jubilación- en virtud de la Ley 91 de 1989, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975, quienes deberán reunir en todo caso los demás requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913 para hacer efectivo dicho beneficio”. (Subraya la sala)

Lo anterior permite establecer que, para el disfrute de la pensión Gracia, se deben reunir íntegramente los requisitos legales mencionados.

En reciente pronunciamiento del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, se advirtió que para obtener el reconocimiento de la pensión de gracia, se requiere necesariamente **“haber prestado los servicios como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de veinte (20) años y que estuviere vinculado**

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo / Sección segunda C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN / dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). / Rad. 2006-07030-01(2093-08)

antes del 31 de diciembre de 1980; haber cumplido cincuenta años de edad; y haberse desempeñado con honradez, consagración y buena conducta.”³

Ahora bien, para determinar la naturaleza de la plaza ocupada por el docente durante el tiempo requerido para acceder a la pensión gracia, ha de tenerse en cuenta la precisión que al respecto ha hecho el Consejo de Estado⁴:

(v) No es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional, ni por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.

(vi) Lo relevante frente al reconocimiento de la pensión de gracia es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada.

(vii) Para acreditar la calidad de docente territorial, se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.

De esta forma procede la Sala a verificar las pruebas recaudadas en el proceso, y conforme a ellas, el cumplimiento o no de los requisitos legales por parte del señor Valoyes Pino para acceder al derecho a la pensión gracia; y por consiguiente, la suerte que ha de seguir la sustitución de esa prestación en cabeza de la demandada Ruda Gil.

3. Caso concreto.

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, mediante auto interlocutorio No. 639 del 13 de diciembre de 2019, el cual se encuentra en firme, se accedió a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se depreca en este proceso. (fls. 311 a 315, C. 1 A)

En dicho proveído se expuso lo siguiente:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00572-01(2629-15)

⁴ Sentencia del 18 de junio de 2018, radicación 25000-23-42-000-2013-04683-01

“De todo lo anterior se desprende que, una de las condiciones exigidas para ser beneficiario de la pensión gracia, ya sea por servicios docentes en primaria, secundaria o normalista, es que éstos se hayan prestado en entidades territoriales, pues la compatibilidad pensional que consagra la ley es con pensiones reconocidas por tiempos prestados a los departamentos o municipios.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente⁵:

...

Como consecuencia del proceso de nacionalización de la educación, que trajo la Ley 43 de 1975 «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones» los docentes de primaria y secundaria quedaron vinculados con la Nación y por ende, ya no se presentarían diferencias salariales entre los distintos docentes del sector oficial.

Luego, se expidió la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» disposición que en su artículo 1.º estableció:

Artículo 1º.- *Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

- 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
- 2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
- 3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

Por su parte, en su artículo 15 ordinal 2 fijo un límite temporal para tener derecho a la pensión gracia en los siguientes términos:

2.- Pensiones

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

De las normas previamente señaladas se deduce que el legislador acabó con el reconocimiento de la pensión gracia, esto es, por quedar todos los docentes vinculados con la Nación. Por ello, la Sala sigue el criterio expuesto por la sala plena de esta corporación en fallo del 26 de agosto de 1997, en el sentido de que el numeral 2.º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 es de carácter transitorio,

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá D.C. Septiembre 6 de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04688-01 (3811-16).

para no desconocer los derechos adquiridos en relación con la pensión gracia, en tratándose de los docentes nacionalizados.

La providencia previamente señalada sostuvo lo siguiente:

[...] La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad '[...] con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación', hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera '[...] otra pensión o recompensa de carácter nacional'.

[...]

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la '[...] pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año', que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No.2, artículo 15 lb.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que **dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 'tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia [...] siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos'**. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley⁶. /Negrilla de la Sala/

En el presente caso la entidad demandante asegura que el señor Valoyes Pino fue docente de nivel nacional y por lo tanto nunca se le debió reconocer la pensión gracia. Ahora bien, tal y como lo establece la Ley 91 de 1989, se consideran nacionales aquellos docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; aspecto que en este caso se encuentra acreditado con los siguientes documentos:

- Constancia suscrita por la rectora de la Escuela Normal Nacional de Jericó, Antioquia. (fls. 89 - 90 Vltto; y 128 - 129, C. 1)
- Constancia suscrita por el rector de la Escuela Normal Nacional de Anserma, Caldas. (fl. 91, C. 1)
- Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral, expedido por el departamento de Caldas. (fl. 92, C. 1)
- Hoja de liquidación de prestaciones económicas. (fl. 104, C. 1)
- Resolución No. 005726 del 30 de junio de 1994, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual se reconoció una pensión gracia de jubilación. (fls. 114 - 116, C. 1)

⁶ Expediente S-699 del 26 de agosto de 1997, actor: Wilberto Therán Mogollón, consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

- *Derecho de petición de reliquidación de pensión gracia, presentada en su momento por el señor Luis Ernesto Valoyes Pino. (fl. 119, C. 1)*
- *Resolución No. 41393 del 23 de septiembre de 2008, mediante la cual, la extinta Cajanal negó una reliquidación de pensión gracia. (fls. 120 – 122, C. 1)*

Así pues, comoquiera que en el expediente se observan documentos que certifican que el demandado prestó sus servicios en calidad de docente de nivel nacional, la Sala concluye que están dadas las condiciones para decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 009128 del 28 de septiembre de 1994 (sic), mediante la cual CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor de la demandada.

En consonancia con lo anterior, encuentra la Sala que la solicitud efectuada en el libelo de la demanda para que sean suspendidos los efectos de las Resoluciones No. 005726 del 30 de junio de 1994 y No. RDP 020512 del 6 de mayo de 2016, atiende a las exigencias normativas para su decreto. Ello, sin perder de vista que la pensión gracia, reconocida a la parte demandada, le está causando a la UGPP un perjuicio, dado que es ésta la entidad a la que le corresponde el pago de las mesadas pensionales otrora reconocidas por Cajanal.

Por lo expuesto, dado que la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las resoluciones ya mencionadas cumple con los requisitos de que trata el artículo 229 del CPACA, se procederá a su decreto.⁷

Se ordenará a la entidad demandante UGPP, que las sumas que por esta decisión se dejaren de pagar a la demandada, se mantengan en una cuenta especial hasta tanto haya pronunciamiento definitivo mediante sentencia debidamente ejecutoriada”.

Entre las pruebas allegadas al proceso se destaca el certificado de historia laboral expedido por el departamento de Caldas el 14 de agosto de 2006, por medio del cual se establece que, mediante Resolución 1510 del 17 de abril de 1972, el señor Luis Ernesto Valoyes Pino fue nombrado en propiedad en la Normal Nacional de Jericó Antioquia, cargo que desempeñó en dicha institución hasta el día 16 de abril de 1978 en plaza nacional (fl. 92, C. 1). Dicha resolución fue expedida por el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con la certificación expedida por el Rector de dicha institución educativa (fls. 89 a 91, C. 1)

El certificado emanado del departamento de Caldas también deja expresamente señalado que el señor Luis Ernesto Valoyes Pino fue nombrado en propiedad en la Escuela Normal Superior Rebeca Sierra de Anserma, Caldas, por medio de la Resolución 2967 del 17 de marzo de 1978, iniciando labores docentes a partir del 17 de abril de 1978 hasta el 7 de agosto de 2006; lapso durante el cual también estuvo

⁷ *En similar sentido, esta Sala de Decisión resolvió sobre la suspensión provisional solicitada en el proceso radicado bajo el radicado 2018-00440, mediante Auto Interlocutorio 206 del 12 de abril de 2019, en el cual fungía como demandante la UGPP y como demandado el señor Rigoberto Parra Mosquera.*

afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como docente nacional.

Así las cosas, de conformidad con el marco legal y jurisprudencial expuesto en precedencia, y de cara al material probatorio que obra en el expediente, esta Sala de Decisión ha podido establecer que el señor Luis Ernesto Valoyes Pino no cumplía a cabalidad con los requisitos establecidos en la ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia, y esto es así, pues con los certificados de tiempo examinados no se logra acreditar 20 años de servicio en calidad de docente territorial o nacionalizado, requisito *sine qua non* para hacerse acreedor a dicha prestación social.

Es por lo anterior que queda desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución No.005726 del 30 de junio de 1994 por medio de la cual la extinta CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor del señor Luis Ernesto Valoyes Pino; y como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, también resulta desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución No. RDP 020512 del 6 de mayo de 2013, por medio de la cual la UGPP ordenó reconocer una pensión de sobrevivientes (sustitución pensional) a favor de la señora Ismelda de Jesús Ruda Gil.

No obstante lo anterior, el restablecimiento del derecho en los términos solicitados por la parte demandante, esto es, el reintegro por parte de la demandada de todos los valores pagados como consecuencia del reconocimiento ilegal de su pensión, no será ordenado por este juez colegiado toda vez que no se advierte mala fe por parte de aquella, ni maniobras fraudulentas o torticeras para obtener la aludida prestación vitalicia.

Ciertamente, la señora Ruda Gil insistió en su reclamación y la entidad demandante accedió al reconocimiento y pago de la pensión en la forma ya mencionada, sin embargo, no se tienen elementos probatorios para afirmar que la aquí demandada acudió a alguna presión indebida o medio ilegal para lograr el reconocimiento de la pensión, razón por la cual no es dado atribuir mala fe en cabeza de ésta.

Así las cosas, más allá de la ilegalidad de los actos administrativos acusados, no se encuentra demostrada la mala fe de la demandada en torno al reconocimiento de la pensión; por lo tanto, no resulta procedente ordenarle el reintegro de los valores percibidos por concepto de las mesadas pensionales pagadas por la UGPP, pues se insiste, no hay elementos de juicio para concluir que ella actuó de mala fe y con la clara intención de defraudar el erario con documentación falsa, tergiversación de información o presiones indebidas.

En consecuencia, ha de concluirse que la presunción de legalidad de las resoluciones enjuiciadas fue desvirtuada y por lo tanto, se accederá a la pretensión principal de declararlas nulas; sin embargo, no se ordenará el restablecimiento del derecho en la forma pedida por la entidad demandante, esto es, ordenando a la demandada la devolución de las mesadas recibidas en cumplimiento de esos actos administrativos.

En su lugar, se ordenará - como consecuencia obvia de la declaratoria de nulidad-, la cesación o extinción en el pago de las mesadas que con fundamento en dichos actos administrativos se le hacen a la señora Isnelda de Jesús Ruda Gil.

4. De las costas en primera instancia.

Se condenará en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 3% de las pretensiones de la demanda a cargo de la parte demandada, teniendo en cuenta la gestión que a través de apoderado judicial tuvo que realizar la entidad demandante en esta instancia, así como los gastos del proceso en que incurrió (fl.285), según el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho" del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

Con fundamento en lo expuesto, **el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

III. Falla.

Primero: Se declara la nulidad de la **Resolución No.005726** del 30 de junio de 1994 por medio de la cual la extinta CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor del señor Luis Ernesto Valoyes Pino; y de la **Resolución No. RDP 020512** del 6 de mayo de 2013, por medio de la cual la UGPP ordenó reconocer una pensión de sobrevivientes (sustitución pensional) a favor de la señora Isnelda de Jesús Ruda Gil.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, se ordena la cesación o extinción en el pago de las mesadas que con fundamento en dichos actos administrativos se le hacen a la señora Isnelda de Jesús Ruda Gil.

Tercero: Se niegan las demás pretensiones de la parte demandante.

Cuarto: Se condena en costas a la parte demandada, en los términos señalados en la parte motiva.

Quinto: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la UGPP al abogado Edinson Tobar Vallejo, portador de la Tarjeta Profesional No. 161.779, de conformidad y en los términos del poder general a él conferido. (fls. 324 a 337, C. 1 A)

Sexto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

Séptimo: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y Cúmplase

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

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 126

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001 33 33 008 2018 00399 02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Idelfonso Ramírez Valencia y otros
Demandados: Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare responsables a las demandadas por los perjuicios ocasionados al señor Idelfonso Ramírez Valencia -en adelante IRV- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que soportó entre el 10 de febrero de 2017 y el 5 de julio de 2017, así como el error judicial y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales², el daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados³; por la *lesión a la honra, el honor, el buen nombre y por la privación injusta de la libertad*⁴, por *daños a la salud*⁵.

1.2. Hechos

¹ Yadira Delgado Guzmán (cónyuge); Idelf Daniel Ramírez y María Alejandra Ramírez Delgado(hijos); Álvaro, María Nilsa, Jaime Iván y Juan Carlos Ramírez Valencia (Hermanos); Edgar Eduardo Ramírez Ávila, Ana Sofía Ramírez Salazar, Liliana Andrea Murcia Ramírez (sobrinos).

² Tasados en 100 smlmv para la víctima directa, cónyuge e hijos; 50 smlmv para los hermanos y 35 smlmv para los sobrinos.

³ i) Se publique en diario de amplia circulación nacional la sentencia; ii) Se pida excusas públicas en el municipio de la Dorada; iii) se garantice la atención médica y psicológica de forma permanente; iv) Divulgar en las Fiscalía, Juzgados, Tribunales y dependencias judiciales el contenido de la sentencia; v) se implemente campaña al interior de la Fiscalía y Rama Judicial para evitar este tipo de injusticias y vi) pagar 100 smlmv para la víctima directa, cónyuge e hijos.

⁴ Tasados en 200 smlmv cada uno

⁵ Tasados en 100 smlmv para la víctima directa, cónyuge e hijos.

Se indica en síntesis que, el señor IRV llevaba más de doce años residiendo en el municipio de La Dorada, Caldas, era docente de una institución educativa de ese municipio, y se encargaba además, de colaborarle a su hermano Juan Carlos Ramírez Valencia con la compra y venta de bienes a fin de tener un ingreso extra.

Para junio de 2013, Juan Carlos Ramírez Valencia, realizó un negocio con los señores Mauricio Andrés Jaramillo Rodas y Viviana García Arias, relacionado con la compraventa de una casa de su propiedad, vendiéndola por un valor total de \$66.000.000, de los cuales se pagarían \$49.000.000 a través de un crédito hipotecario y suscribiéndose un pagaré por valor de \$17.000.000 para el pago restante del inmueble.

En noviembre de 2013 y aún sin firmar las escrituras, los señores Mauricio Jaramillo y Viviana García, guardaron algunos objetos relacionados con una mercancía de una tienda, en el inmueble que comprarían al señor Juan Carlos Ramírez, no obstante, días más tarde les manifestaron a los hermanos Ramírez Valencia que, no les era posible pagar la parte que les correspondía de los gastos notariales toda vez que, no les había llegado un dinero que estaban esperando, por lo que le pidieron el favor al señor Idelfonso que les ayudara con la venta de los abarrotes que la pareja de esposos tenía guardada en el inmueble; para lo cual el señor IRV en aras de ayudar a finiquitar el negocio y teniendo las llaves de la casa, consiguió un comprador para los abarrotes de la tienda, los cuales sacó del inmueble, quedando el hoy demandante con una estantería que pagaría directamente a la pareja de esposos.

Con el dinero recaudado producto de la venta de dichos abarrotes, se lograron firmar las escrituras, las cuales fueron enviadas al banco donde le manifestaron al señor Juan Carlos Valencia que, para hacerse efectivo el desembolso del dinero, es decir los \$49.000.000, era menester que la señora Viviana García Arias, quien aparecía como titular del crédito, desbloqueara su cuenta pagando unas tarjetas de crédito que adeudaba; debido a lo anterior y con la motivación de no deshacer el negocio, el señor Juan Carlos Ramírez, le desembolsó \$1.000.000 concerniente a las tarjetas de crédito a pagar, quedando a paz y salvo del pago de la estantería que su hermano había adquirido con relación a los abarrotes de propiedad de la pareja, pudiendo finiquitar de este modo parte de la negociación; sin embargo quedaba pendiente el pago de los \$17.000.000, de los cuales los compradores Mauricio Jaramillo y Viviana García Arias, al parecer no tenían ánimo de pagar.

El señor IRV, recibió una llamada por parte del señor Mauricio Andrés Jaramillo, quien le manifestó que había sido víctima de un hurto, en el que prácticamente todos los enseres de su casa ubicada en La Dorada habían desaparecido, por lo cual este interpuso el denuncia.

El señor IRV, recibió citación para presentarse ante la Fiscalía Tercera Local de La Dorada, a la cual compareció con su abogado el 10 de octubre de 2014, fecha en la que se había programado audiencia de formulación de imputación ante la Juez Quinta Promiscuo Municipal de La Dorada, imputándole el delito de hurto calificado y agravado, los cuales no aceptó. La Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 16 de marzo de 2015 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada. Finalmente, la audiencia de Juicio

Oral se realizó los días 03 y 31 de agosto de 2016 y se dictó el sentido de fallo condenatorio por los delito de hurto calificado y agravado.

El demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y el 18 de julio de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en su Sala Penal dio lectura de fallo de segunda instancia, en la cual revocó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial⁶

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual afirmó que, los presupuestos fácticos de la demanda no llevan a atribuir responsabilidad a la entidad demandada. Que las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal se emitieron en cumplimiento de la ley y la Constitución y la medida de aseguramiento decretada en su contra se dictó con fundamento en los elementos probatorios e información legalmente obtenida, exhibida por la fiscalía, razón por la cual no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por los convocantes y la actuación de la rama judicial. Que además, el ente persecutor contaba con los indicios racionales que le indicaban que podía estar incurso en los delitos investigados, pues fue el proceder impropio del investigado otrora hoy demandante que dio lugar al proceso penal. Propuso las excepciones tituladas:

.- Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del Estado, señala que la Judicatura tenía el deber legal de adelantar la citada investigación de carácter penal en atención a la gravedad de los hechos relacionados.

.- Falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que fue la Fiscalía General de la Nación la que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la CP, solicitó la captura del demandante y aportó los elementos que llevaron al Juez de Control de Garantías al convencimiento de su participación en el punible.

.- Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del estado en cabeza de la Nación – Rama Judicial, pues no solo la detención era una carga que el demandante se encontraba en el deber jurídico de soportar, sino que además la falencia en el despliegue probatorio y acusación por parte del ente investigador exonera de responsabilidad a la Nación - Rama Judicial, de conformidad con lo señalado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (agosto 10 de 2015).

.- Culpa exclusiva de la víctima, basada en que, el demandante realizó una conducta inverosímil de acudir a retirar unos bienes para pagar parte de los derechos notariales de un contrato que a él beneficiaría, sin entenderse por qué lo hizo si no tenía autorización contractual para tal cometido, es ahí donde se pregunta si el retiro de dichos bienes se dio en virtud del evidente incumplimiento del contrato de compraventa y no avizoramente de recuperación del inmueble, premisa esta que también debe tenerse en cuenta en la

⁶ Pág. 40-48 A.D. "06AdmisionContestacionTrasladoExcepciones"

valoración probatoria, toda vez que no hubo compulsas de copias para los denunciados del hurto y que en caso de haberse dado conllevaba a un falso testimonio.

- Hecho de un tercero, en virtud de la denuncia expuesta por la pareja Jaramillo García quienes manifestaron a las autoridades de que el señor Ramírez había realizado el hurto de los bienes de su propiedad en el inmueble que este último les había vendido.

- Cumplimiento de un deber legal, en atención a que el Estado debía actuar de acuerdo a la denuncia de la ocurrencia de un ilícito de hurto, donde se evidenció la presentación de pruebas que así lo evidenciaban.

2.2. Fiscalía General de la Nación⁷

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, toda vez que la actuación de la Fiscalía se adelantó de conformidad con la Constitución, la Ley y las normas procedimentales, por lo que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, no hubo error y ni privación injusta de la libertad, lo que fundamenta en transcripciones de las pruebas obrantes en el expediente penal y en normas relativas a las competencias y funciones del ente acusador. Propuso las excepciones tituladas:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: aduciendo que, de conformidad con lo previsto en el actual sistema penal acusatorio, Ley 906 del 2004, la Fiscalía es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo el Juez quien determine la legalidad de dichas medidas.

- En los eventos en que la absolución penal tuvo como fundamento la aplicación del principio in dubio pro reo y/o que el investigado no cometió la conducta punible, o por atipicidad subjetiva de la conducta, no se puede condenar de manera automática al estado. Basada en la sentencia SU-072 de 2018, en la que la Corte Constitucional precisó que, en los eventos en los que la absolución tiene como fundamento la aplicación del principio *in dubio pro reo* o que el investigado no cometió la conducta, en los casos de atipicidad subjetiva, no se puede proceder a una condena automática del Estado. Lo anterior, con fundamento en que en esos casos, se requieren mayores esfuerzos investigativos y probatorios por parte del fiscal y del juez penal de conocimiento para vincular al presunto responsable con la conducta punible investigada bajo la calidad de autor o partícipe.

- Inexistencia de nexos causal, entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto e improbadamente aducido por la parte actora.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **accedió parcialmente** a las pretensiones de la parte demandante, por lo que, condenó a las demandas en partes iguales, al pago de perjuicios: i) morales a favor de la víctima directa 12.07 SMLMV y, de Yadira Delgado Guzmán, Idelf Daniel Ramírez Gómez y María Alejandra Ramírez Delgado, la suma de 6.03 SMLMV para cada uno. ii) reconoció

⁷ Pág. 60-98 A.D. "06AdmisionContestacionTrasladoExcepciones"

indemnización por concepto de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la víctima directa y a Yadira Delgado Guzmán, Idelf Daniel Ramírez Gómez y María Alejandra Ramírez Delgado la suma equivalente a 6 SMLMV para cada uno.

Para ello, encontró probado el daño, en tanto el señor IRV fue vinculado a un proceso penal como presunto autor de los delitos de "*Hurto Calificado y Agravado*", y le fue impuesta la medida de privación de la libertad, consistente en prisión domiciliaria, desde el *10 de febrero de 2017, hasta el 05 de julio de 2017*.

Respecto a la legalidad de la medida privativa de la libertad en el lugar de domicilio sostuvo que, los medios de convicción traídos a colación en la decisión del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, no permitían construir indicios graves de responsabilidad.

Que se incurrió en una falla del servicio, al ser condenado el señor IRV a la pena privativa de su libertad, lo que según la sentencia de segunda instancia proferida en el proceso penal por el Tribunal Superior de Manizales - Sala Penal, se dio sin el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley para emitir un fallo condenatorio, pues nunca se logró establecer la responsabilidad del hoy demandante en los hechos endilgados.

Respecto a la imputación del daño consideró que, al ser el Juez de conocimiento el que impuso la medida privativa de la libertad la Rama Judicial debe responder por el daño antijurídico. Frente a la responsabilidad de la Fiscalía señaló que, conforme el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía General de la Nación, es quien solicita la orden de captura, sin la cual el Juez de Control de Garantías, no podía imponer medida de aseguramiento alguna, por lo tanto, dicho ente acusador no puede desligarse de su responsabilidad, cuando teniendo la obligación de recaudar el acervo probatorio para fundamentar la medida o la autoría del acusado, no lo hizo.

4. Recurso de apelación

4.1. La Rama Judicial solicitó revocar la sentencia argumentando que, la Fiscalía incurrió en un error en la acusación; además que, el propio demandante fue el causante de la investigación, como quiera que existió una situación irregular respecto al retiro de los bienes, una serie de negocios, cruce de deudas, generándose en consecuencia la culpa exclusiva de la víctima.

Adujo además que, el señor IRV no fue absuelto porque fuera establecida su inocencia, sino en aplicación del principio *in dubio pro reo*; además que, el fallo condenatorio de primera instancia se fundó en declaración rendida por Rocío Rodríguez Vidal, quien nunca se retractó y, por otro lado, la existencia de una denuncia formal por hurto.

Señaló además que, mientras las inferencias del Juez sean lógicas, razonadas y aceptables, la defensa en procesos de reparación directa por este título de imputación debe basarse en el análisis de los artículos 66 y 67 de la Ley 270 de 1996, para determinar si se cumplen cada uno de los requisitos.

Sostuvo que, las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal, se emitieron en cumplimiento de la ley y la Constitución, y la medida de aseguramiento decretada se dictó con fundamento en los elementos probatorios, e información legalmente obtenida exhibida por la Fiscalía, razón por la cual no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado y la actuación de la Rama Judicial.

Concluyó que, no se evidencia una vía de hecho y/o medida caprichosa por parte de la autoridad judicial, toda vez que existían denuncias, se individualizó el sujeto, parte de los bienes al parecer hurtados, además de que fue en sede judicial decretada la absolución, pero por *in dubio pro reo*.

4.2. La Fiscalía General de la Nación solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, argumentando que, la privación de la libertad del demandante no se dio por la imposición de una medida de aseguramiento por solicitud de la Fiscalía, pues si bien en la audiencia de formulación de imputación, el Fiscal elevó dicha solicitud, la misma no tuvo acogida por parte del Juzgado con Funciones de Control de Garantías, quien procedió a imponer medida de aseguramiento no privativa de la libertad, consistente en la “*prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares*” - en este caso a la vivienda de las víctimas. En cambio, la privación de la libertad en el domicilio del ahora demandante, se dio como consecuencia de la emisión del fallo condenatorio del 10 de febrero de 2017. Por lo anterior, consideró que el daño no es imputable a la Fiscalía.

Sostuvo que, la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando se atribuye el daño antijurídico por la actuación de las autoridades con facultades jurisdiccionales, a través de una providencia judicial, debe analizarse bajo el error jurisdiccional, siendo necesario para que se configure, que se trate de una decisión judicial contraria a la ley y que se encuentre en firme; razón por la cual no puede predicarse la configuración de un error judicial emanado de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, por cuanto fue objeto de apelación, siendo revocada por el Tribunal Superior de Manizales- Sala Penal, decisión que fue el resultado de una interpretación o valoración de las pruebas, donde se encontraron dudas respecto a la responsabilidad del imputado, las cuales debían resolverse a su favor.

Respecto al reconocimiento de perjuicios por concepto de afectación relevante a bienes o derechos constitucionalmente protegidos señaló que, en el fallo de primera instancia, no se refirió cuáles fueron esos derechos constitucionales que resultaron afectados con la privación de la libertad, y cuáles fueron las manifestaciones de vulneración o afectación, que llevaron al despacho judicial a disponer su indemnización. Adicionalmente: i) no expuso las razones por las cuales consideró que las medidas no resarcitorias no resultaban suficientes para reparar la supuesta afectación sufrida por los demandantes; ii) no era procedente disponer su indemnización para el grupo familiar más cercano de la víctima directa, pues en caso de estar probado el perjuicio la indemnización solo procedería para la víctima directa y iii) no motivó el *quantum* reconocido.

Censuró la condena en costas indicando que, no se logró establecer que esta entidad haya obrado con temeridad o mala fe, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

5. Intervención en segunda instancia.

La parte demandante se pronunció en segunda instancia, solicitando que la sea confirmado el fallo, dado que los recursos de apelación impetrados por la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, no están llamados a prosperar. Lo anterior, en tanto que, como lo señaló el *a quo* en el fallo recurrido por las entidades demandadas, y como lo afirma la parte demandante, es evidente la falla en el servicio proveniente de las demandadas, pues con su actuar irregular generaron la privación injusta de la libertad padecida por el señor Idelfonso Ramírez Valencia, decisión que fue proferida sin el lleno de los requisitos procesales necesarios, por tanto, se torna desproporcionada e ilegal, hecho generador del daño antijurídico.

III. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos, es necesario resolver: *¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, por la privación de la libertad soportada por el señor IRV con ocasión del proceso penal adelantado en su contra?*

En caso positivo, *¿Se encuentran debidamente tasados los perjuicios? ¿Era procedente la condena en costas en primera instancia contra la Fiscalía General de la Nación?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que, el daño consistente en la condena en primera instancia contra el señor IRV como autor de los delitos de “*Hurto Calificado y Agravado*”, e imposición de la pena de prisión domiciliaria, desde el 10 de febrero de 2017, hasta el 05 de julio de 2017 es antijurídico, por cuanto dicha condena se dio sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para emitir un fallo condenatorio, pues no se logró establecer la responsabilidad del hoy demandante en los hechos endilgados, estuvo basada en inferencias que no resultaban lógicas, ni razonadas y mucho menos aceptables y sin la valoración de unas pruebas. Además, no se evidencia alguna conducta del señor IRV suficiente para la configuración de una culpa exclusiva de la víctima.

El daño antijurídico es imputable a la Nación – Rama Judicial, toda vez que la referida sentencia condenatoria fue proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada y era quien tenía el deber de cumplir los requisitos para emitir un fallo condenatorio; carga que no cumplió.

Para fundamentar lo anterior, a continuación, se hará mención a: i) los elementos de la responsabilidad; ii) lo probado en el proceso y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - Elementos de la Responsabilidad

2.2.1. El daño

Es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁸.

2.2.2. Antijuridicidad e imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este tiene el carácter de antijurídico, esto es, aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe causa que justifique la producción del mismo, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta.

En relación con los casos de privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional ha sostenido que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental pues, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, en la sentencia C-037 de 1996⁹, al analizar la constitucionalidad de, entre otros, el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, el carácter injusto de la privación de la libertad debe

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida restrictiva de la libertad, ponderando los intereses y derechos comprometidos, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido y si su prolongación estuvo justificada.

En adición a lo anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018¹¹, ha sostenido que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en cada caso será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la referida la sentencia SU-072 de 2018, indicó:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

(…)

*109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (subrayas fuera de texto).*

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal y posteriormente, se precluya la investigación o se revoque la medida de aseguramiento por prueba sobreviniente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. No por otra razón, la Corte Constitucional afirmó en el pronunciamiento

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

antes indicado, lo siguiente:

“Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

“Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados”.

Así pues, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de privación de la libertad y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional¹², de donde, si la privación de la libertad se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento¹³. Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.

Ahora bien, esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial.

¹² *Ibidem.*

¹³ Sobre el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, la sentencia C-037 de 1996, indica: “Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.”

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado¹⁴ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

*“en eventos en los cuales el sindicato sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que **el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica**, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojo.*

***Otra circunstancia** sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicato no cometió la conducta o que **fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo**, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica el **deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio**¹⁵.*

2.3. Lo probado en el proceso

.- Según “Noticia Criminal” 173806106939201480061 del 25 de enero de 2014¹⁶ elaborada por la Unidad Básica de Investigación Criminal del Departamento de Policía de Caldas – La Dorada, el señor Mauricio Andrés Jaramillo Rodas presentó denuncia contra el señor IRV, relatando los siguientes hechos:

“(...) realice una compra de una vivienda acá en la Dorada Caldas (...) al señor JUAN CARLOS RAMÍREZ por intermedio del hermando de él que se llama IDEL FONSO RAMÍREZ, por un valor de \$92.000.000 millones de pesos, pero dicho inmueble era nuevo no tenía lo servicios públicos instalados, donde el señor JUAN CARLOS quedo presto a colocarles los servicios a la casa (...) un mes después pasamos algunos electrodomésticos como un juego de sala, todo lo de la cocina, tres camas, un computador, una impresora, un DVD, un equipo de sonido, una consola de juegos WII, unas joyas de oro que las dejamos en la habitación principal y una bicicleta, pero no vivíamos ahí por ese problema de los servicios y porque el trabajo de mi esposa y el mío, a la vez se le cambiaron las guardas de la puerta por seguridad, en donde el señor IDEL ALFONSO quedo con un juego de llaves para que colocara los servicios públicos y yo con el otro juego de llaves (...) nosotros veníamos cada 8 días a ver como estaba la casa y si ya habían colocado los servicios, donde dejamos de venir a La Dorada por cuestión de nuestro trabajo durante dos meses (...) hasta el día hoy a la madrugada llegamos a la casa, donde abrimos la casa normal sin ningún problema y nos percatamos que si nos había metido los ladrones y nos había robado varios electrodomésticos que habíamos dejado en la

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

¹⁶ Pág. 152 A.D. “01DemandaAnexosParte1”

casa, lo único que no se llevaron fue las 3 camas, el mueble del computador, el juego de sala, la bicicleta, del resto todo se lo robaron, donde inmediatamente nos trasladamos para la estación de policía a informar lo sucedido (...)" (sic)

- El Juzgado Quinto Promiscuo Municipal de La Dorada -en Función de Control de Garantías- el 10 de octubre de 2014 llevó a cabo audiencia preliminar, por solicitud de la Fiscalía, en la que al señor IRV le fue imputado el delito de hurto calificado y agravado y se impuso la medida de aseguramiento no privativa de la libertad establecida en el artículo 307 literal B, numeral 6.¹⁷

- La Fiscalía General de la Nación el 5 de diciembre de 2014 presentó escrito de acusación contra el señor IRV, en el cual se indicó:

"(...) se recibe informe Formato de Investigador de Campo, (...) en donde dan a conocer que mediante labores de averiguación realizadas por el señor Mauricio Andrés Jaramillo Rodas, se puedo constatar con los vecinos que a varios de ellos les consta que quien sacó los elementos que fueron hurtados de la casa, fue el señor IDELFONSO RAMÍREZ VALENCIA. Quien sacó la nevera y varios elementos envueltos en cajas y bolsas de basura (...)

*La conducta punible que se le endilga al imputado IDELFONSO RAMÍREZ VALENCIA, no es otra distinta a aquella consagrada en nuestro C. Penal (Ley 599/2000), (...) arts. 239, 240 numerales 1 y 3, art. 241 numeral 2 del C.P."*¹⁸

- En el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, el 16 de marzo de 2015, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación¹⁹; y el 10 de julio del mismo año, se llevó a cabo audiencia preparatoria²⁰ contra el señor IRV.

- El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, llevó a cabo la audiencia de juicio oral²¹ que inició el 4 de noviembre de 2015 y finalizó el 1 de noviembre de 2017, fecha en la que se anunció que el sentido del fallo era condenatorio, *"...ya que el acusado al renunciar al derecho de guardar silencio no pudo desvirtuar que se haya sacado el tv plasma y los muebles junto con el nevera, computador y la bicicleta relatado por el testigo presencial la señora Rocio Vidal, llevándola a la verdad sin dudas por lo anterior se le declarará culpable al señor IDELFONSO RAMÍREZ por el delito de Hurto Calificado y Agravado"*. (sic)

- El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, el 10 de febrero de 2017, emitió el fallo²² de primera instancia, en el que se decidió:

"PRIMERO: DECLARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DOLOSA del señor IDELFONSO RAMÍREZ VALENCIA (...) a título de autor del ilícito de "HURTO AGRAVADO Y CALIFICADO" (...) En consecuencia lo CONDENA a la pena principal de CIENTO OCHO MESES DE PRISIÓN.

¹⁷ Pág. 48 a 49 A.D. "02AnexosDemandaParte2"

¹⁸ Pág. 189 a 196 A.D. "01DemandaAnexosParte1"

¹⁹ Pág. 63 a 66 48 a 49 A.D. "02AnexosDemandaParte2"

²⁰ Pág. 85 a 89 48 a 49 A.D. "02AnexosDemandaParte2"

²¹ Pág. 109 a 111; 178 a 182; 190 a 193; 200 a 204 A.D. "02AnexosDemandaParte2"

²² Pág. 2 a 14 A.D. "04AnexosDemandaParte4"

(...)

SEPTIMO: Como se encuentra presente el condenado ORDENAR LA CAPTURA INMEDIATA para el cumplimiento de la pena en el lugar de su residencia". (sic)

.- El defensor del señor IRV, presentó recurso de apelación²³, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal, mediante sentencia del 4 de julio de 2017²⁴, en la cual se revocó la sentencia condenatoria del 10 de febrero de 2017, por lo que absolvió al señor IRV de los cargos que le habían sido imputados y ordenó su libertad.

.- De acuerdo con el "Certificado de Libertad" expedido por el director del EPAMS La Dorada – Regional Viejo Caldas²⁵, el señor IRV permaneció privado de la libertad, entre el 10 de febrero de 2017 y 5 de julio de 2017.

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

A continuación, se analizará: **i)** si se encuentra acreditada o no la existencia de un daño; **ii)** si este es o no antijurídico; y **iii)** si es o no imputable a las entidades demandadas.

2.4.1. En cuanto al daño

En la sentencia apelada se encontró acreditado el daño alegado por los demandantes, que se concretó en la condena contra el señor IRV como autor de los delitos de "Hurto Calificado y Agravado", e imposición de la medida de privación de la libertad, consistente en prisión domiciliaria, desde el 10 de febrero de 2017, hasta el 05 de julio de 2017. Asunto que no es objeto de debate en esta instancia, por no ser objeto de apelación.

2.4.2. En cuanto a la antijuridicidad del daño

Como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018²⁷ de la Corte Constitucional, ni el artículo 90 de la Constitución, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecen un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en todo caso, será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*.

En este orden de ideas, el análisis de la antijuridicidad se debe desplegar a partir de: i) la revisión de las atribuciones constitucionales y legales que tiene en el marco del *ius puniendi* del Estado y en el desarrollo del procedimiento penal, y ii) la conducta de la víctima, lo cual se procede a analizar:

²³ Pág. 16 a 23 A.D. "04AnexosDemandaParte4"

²⁴ Pág. 32 a 52 A.D. "04AnexosDemandaParte4"

²⁵ Pág. 140 A.D. "01DemandaAnexosParte1"

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

²⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

2.4.2.1. Atribuciones constitucionales y legales en el desarrollo del procedimiento penal:

Como punto de partida se precisa que, la Fiscalía General de la Nación *“está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”* (Artículo 250, Superior).

El artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”*. En su párrafo precisó que, salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, *“el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”*.

Por su parte el artículo 299 ibidem, señala que: *“Proferida la orden de captura, el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto”*.

De acuerdo a la norma anterior, el juez de conocimiento, al momento de emitir el sentido del fallo o proferir la sentencia condenatoria, podrá ordenar la captura inmediata de la persona condenada.

Ahora bien, en cuanto a las funciones del juez al momento de dictar sentencia condenatoria, el numeral 4 del artículo 162 de la norma en comento, señala que la sentencia en materia penal, debe cumplir con el requisito de: *“4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”*.

Así mismo, el artículo 380 ibidem, señal que: *“Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto”* y, en virtud a lo anterior, *“para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”*²⁸.

Finalmente, el artículo 446 siguiente señala que, en el fallo condenatorio: *“La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente.”*

En el caso concreto se tiene que, la captura y la medida privativa de la libertad contra el señor IRV fue impuesta por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, el 10 de febrero de 2017, fecha en que se realizó la lectura de la sentencia condenatoria, en la cual,

²⁸ Artículo 381 C.P.P.

frente a la imposición de la pena, señaló:

“El artículo 68A del C.P. modificado finalmente por la Ley 1709 de 2014 “EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES” no se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional, tampoco la prisión domiciliaria... para quienes hayan sido condenados por los delitos entre ellos HURTO CALIFICADO.

Por lo anterior NO se concederá el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, es decir, la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal, pero teniendo en cuenta que no representa un peligro a futuro para la comunidad y para las víctimas (...) además del hacinamiento que se presenta en las cárceles, especialmente en la de Doña Juana de la Dorada (...) Por lo anterior se le sustituirá la prisión intramural por la prisión domiciliaria (...).²⁹

De lo anterior la Sala encuentra que, para el momento en que ordenó la privación de la libertad ya se habían agotado todas las etapas del proceso penal, momento en el cual luego de confrontar las pruebas arrimadas por la Fiscalía y la Defensa, el Juez de conocimiento dictó la sentencia en la que decidió que el señor IRV era el autor del delito imputado, razón por la cual, consideró necesaria la captura para hacer efectivo el cumplimiento de la pena.

Ahora, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de dictar la sentencia condenatoria, el Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal, en la sentencia de 4 de julio de 2017, que resolvió el recurso de apelación formulado por la defensa del señor IRV, señaló que, estos fueron desatendidos, por cuanto, al juez penal de primera instancia:

*“(...) le bastó citar la prueba y resumir su contenido, olvidando que el trabajo judicial reside, casi en un todo, no apenas en describir el suceso procesal, **sino en mostrar el tamaño, la dimensión y sobre todo el peso, que las pruebas contienen, de cara a lo que se pretende demostrar (...)** Y a decir verdad, teniendo a la mano lo que debería haber visto no quiso observarlo”³⁰ (se destaca)*

En cuanto a la existencia de la conducta punible expuso que, entre las personas que aparecen como víctimas, el condenado y su hermano, han existido relaciones negociales que incluso se ventilan ante los jueces con competencia en materia civil³¹. Destacó además que, nadie desmintió que el señor Ramírez tenía en su poder llaves de la casa donde se dice que fue realizado el hurto; explicó que, no se negó que el hoy demandante no hubiese sacado elementos de esa casa, pero en todo caso, nunca se demostró a ciencia cierta qué fue lo que se perdió de ese inmueble.

²⁹ Pág. 12 AD. “04AnexosDemandaParte4”

³⁰ Ibidem.

³¹ Al respecto puede verse copia de providencia del 16 de diciembre de 2015 proferida por el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de la Dorada, Caldas, mediante la cual se ordenó seguir adelante la ejecución contra la señora Viviana García Arias y Mauricio Andrés Jaramillo Rodas (denunciante), ello, con ocasión a proceso Ejecutivo Singular, radicado No. 173804089-004-2014-00184-00, iniciado por el señor Juan Carlos Ramírez Valencia, hermano del señor IRV (ver, pág. 25 a 27 A.D. “04AnexosDemandaParte4”)

Encontró además que, hubo una variación de los hechos materia de investigación penal, en tanto, en un principio se habló de la extracción simple de los objetos hurtados y luego, se señaló la existencia de violencia sobre las cosas; lo cual para dicha Magistratura, generaba un interrogante que calificó de descomunal y que resulta lógico pensar que, si el señor IRV tenía llaves de la casa, con la autorización de los dueños, que se le había entregado para la instalación de servicio públicos, qué necesidad tenía de romper las chapas de la casa para ingresar; interrogante frente al cual, ninguna ocupación probatoria o argumentativa tuvo el Juez Penal de primera instancia.

Fue reprochado además en el fallo absolutorio emitido por el Tribunal que, el Juzgado de primera instancia nada dijo respecto al testimonio que indicaba que, el señor IRV sacaba ciertos bienes que hacían parte de una negociación de una tienda y que allí estaban resguardados y que, la misma testigo indicaba ser vecina del inmueble, que veía que IRV entraba y sacaba cosas de la casa, pero que nunca pudo ver de qué se trataba.

Reprochó textualmente el *ad quem* de la causa penal lo dicho en el fallo de primera instancia, en los siguientes términos:

“Y quizá la perla mayor de la sentencia, puede verse en los encuadres típicos, a saber: calificar como hurto calificado, al haberse “ejercido” violencia sobre las cosas, cuando justamente ello se afirmó para reclamar ante la compañía de seguros, sin éxito alguno, pero sin escribir un reglón al respecto, la sentencia asienta como una verdad ineludible que ello se dio en el mundo de los hechos (...) Y qué tal decir que hubo penetración arbitraria, engañosa o clandestina [“Demostrado lo anterior la preexistencia de los muebles relacionados como de propiedad de las víctimas del hurto, que el Sr. IDELFONSO si tenía duplicado de las llaves del inmueble y la penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina”]³², cuando las propias –presuntas- víctimas no niegan el haberle dejado las llaves del inmueble al señor Idelfonso, con el fin de que se lograra la instalación de unos servicios públicos (...) Por ello se dijo que la señora Juez a quo no quiso ver lo que todos vieron -incluso los propios afectado-”³³ (Negrilla para destacar).

Finiquitó el fallo absolutorio, señalando que: *“El discernir sobre la libertad ajena, imponiendo penas -que no son de poca monta, pues, mírese su tasación final- es un ejercicio difícil, que debe ser ejercido de manera responsable. Y la sentencia opugnada ha ignorado estos cánones”³⁴(Destaca el Tribunal)*

De acuerdo con lo expuesto, la Sala observa que, en el proceso penal no se demostró que IRV hubiese cometido el delito de hurto calificado – agravado por el cual fue condenado en primera instancia y absuelto en segunda, siendo claro para esta sede judicial que, ni siquiera puede hablarse de que fue absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, tal y como lo pretenden afirmar las entidades apelantes.

Por lo tanto, en este caso, la afectación del derecho a la libertad, el cual ha sido considerado una garantía básica del ser humano -al tratarse de un atributo propio de la persona-, no

³² Así está escrito en el fallo de Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal

³³ Pág. 43-44 AD. “04AnexosDemandaParte4”

³⁴ Pág. 46 ibidem.

puede considerarse como una carga que debía soportar el señor IRV, dado que, al mantenerse vigente su presunción de inocencia, no se justifica dicha restricción de la libertad.

Así, de lo probado en el proceso y lo definido en la segunda instancia por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal emerge sin lugar a dudas que, la condena impuesta al señor IRV en primera instancia, se dio sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para emitir un fallo condenatorio, pues no se logró establecer la responsabilidad del hoy demandante en los hechos endilgados, estuvo basada en inferencias que no resultaban lógicas, ni razonadas y mucho menos aceptables y sin la valoración de unas pruebas.

2.4.2.2. Sobre la culpa exclusiva de la víctima: La Rama Judicial señaló en su apelación que, el demandante fue el causante de la investigación, como quiera que existió una situación irregular respecto al retiro de los bienes y una serie de negocios y cruce de deudas generándose en consecuencia la culpa exclusiva de la víctima.

Al respecto, la Sala encuentra que las circunstancias que señala la parte recurrente, no son suficientes para la configuración de una culpa exclusiva de la víctima. Lo anterior en tanto como ya fue señalado y quedó demostrado en el proceso penal, el señor IRV y su hermano, sostenían relaciones negociales con las presuntas víctimas denunciadas, lo cual nunca fue controvertido y además, los denunciados del hurto entregaron libremente al señor IRV las llaves del inmueble para que le fueran instalados los servicios públicos.

Esas circunstancias aducidas por la parte recurrente, a lo sumo justificaban el adelantamiento de una investigación penal, pero no la imposición de una sentencia condenatoria.

Tampoco se evidencia cómo, la conducta del señor IRV influyó en el análisis y la valoración probatoria que se realizó en la sentencia condenatoria penal de primera instancia, la cual fue rechazada por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal y fue la razón para revocar la sentencia y en su lugar absolver al señor IRV.

Por lo tanto, no encuentra esta Sala que pueda predicarse que el demandante desplegó alguna conducta que pueda señalarse como generadora del daño que aquí se analiza.

2.4.2.3. Conclusión

Corolario de lo expuesto la Sala encuentra que, el daño consistente en la condena en primera instancia contra el señor IRV como autor de los delitos de “*Hurto Calificado y Agravado*”, e imposición de la pena de prisión domiciliaria, desde el 10 de febrero de 2017, hasta el 05 de julio de 2017 es antijurídico, por cuanto dicha condena se dio sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para emitir un fallo condenatorio, pues no se logró establecer la responsabilidad del hoy demandante en los hechos endilgados, estuvo basada en inferencias que no resultaban lógicas, ni razonadas y mucho menos aceptables y sin la valoración de unas pruebas.

Además, no se evidencia alguna conducta del señor IRV suficiente para la configuración de una culpa exclusiva de la víctima.

2.4.3. En cuanto a la imputación

En la sentencia recurrida, el daño se imputó a la Rama Judicial, al ser el Juez de conocimiento el que impuso la medida privativa de la libertad, y a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto no cumplió la obligación de recaudar el acervo probatorio para fundamentar la medida privativa de la libertad y la autoría del acusado.

La Rama Judicial señaló en su apelación que, el daño es imputable a la Fiscalía en tanto incurrió en error en la acusación; por su parte la Fiscalía General de la Nación argumentó en su recurso que, la privación de la libertad no se dio por la imposición de una medida de aseguramiento solicitada por ella, como lo afirma el despacho de primera instancia.

Al respecto, de acuerdo a lo previamente expuesto se tiene que, la privación de la libertad de IRV fue impuesta por orden del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, al momento de proferir la sentencia condenatoria, ello por haber encontrado culpable al acusado del delito de hurto calificado y agravado, razón por la cual impuso la pena privativa de la libertad de 108 meses.

Además, se encontró acreditado que, dicha condena se dio sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para emitir un fallo condenatorio, pues no se logró establecer la responsabilidad del hoy demandante en los hechos endilgados; estuvo basada en inferencias que no resultaban lógicas, ni razonadas y mucho menos aceptables y sin la valoración de unas pruebas.

Con base en ello, no cabe duda que, el daño es imputable a la Rama Judicial toda vez que, fue dicha entidad la que profirió la condena en primera instancia contra el señor IRV e impuso la medida de privación de la libertad y era quien tenía el deber de cumplir con los requisitos de análisis y valoración de las pruebas para emitir un fallo condenatorio; carga que no cumplió.

Además, el hecho que la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, haya sido revocada por el Tribunal Superior de Manizales- Sala Penal, no excluye la antijuridicidad del daño ni su imputación a la Rama Judicial, pues se encuentra acreditado que, el señor IRV mientras se surtía el recurso de apelación contra esa sentencia condenatoria, estuvo privado de su libertad en su domicilio, desde el 10 de febrero de 2017, hasta el 05 de julio de 2017 en virtud de la condena impuesta por aquel juzgado en primera instancia.

Ahora, sobre la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en casos de privación de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en reciente providencia del 18 de febrero de 2022, dentro del radicado 17001-23-31-000-2010-00036-01 (46.591), señaló:

“(...) como el aludido proceso penal se tramitó en vigencia de la Ley 906 de 2004, el daño alegado por la privación de la libertad de las demandantes principales solo puede atribuírsele

a la Rama Judicial, dado que el Juzgado Penal Municipal de Control de Garantías de Aguadas fue el que impuso las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en su contra. Precisamente, según esta normativa, si bien la fiscalía debe solicitar las medidas “que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal”, entre ellas, la medida de aseguramiento, es el juez de control de garantías, en ejercicio de sus competencias legales y de manera autónoma, quien adopta la decisión sobre la libertad del ciudadano”.

Así, si bien es cierto que la Fiscalía tiene el deber constitucional y legal de investigar lo favorable y desfavorable³⁵, también lo es que, de acuerdo con el sistema penal vigente, corresponde a los Jueces de la República, analizar con fundamento en la ley y la sana crítica las pruebas para establecer la responsabilidad penal e imponer la penas a quienes resulten vencidos en juicio.

De manera que, a pesar de la actividad investigativa que reprochó el *a quo*, respecto a la Fiscalía, resulta diáfano que quien impuso la condena privativa de la libertad fue el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada.

2.5. Conclusiones

Corolario, el daño es imputable a la Nación – Rama Judicial, toda vez que la sentencia condenatoria contra el señor IRV fue proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada y era quien tenía el deber de cumplir los requisitos para emitir un fallo condenatorio; carga que no cumplió, pues no se logró establecer la responsabilidad del hoy demandante en los hechos endilgados; estuvo basada en inferencias que no resultaban lógicas, ni razonadas y mucho menos aceptables y sin la valoración de unas pruebas.

Por lo tanto, será modificada la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar probada la excepción titulada “*INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL*”, propuesta por la Fiscalía General de la Nación e indicar que, el responsable por la privación injusta de la libertad de IRV recae exclusivamente sobre la Rama Judicial y no sobre la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que prosperó el cargo expuesto por la Fiscalía en su escrito de apelación, resulta innecesario el análisis de los demás cargos propuestos por dicho ente,

3. Costas en esta instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el Consejo de Estado⁸ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha condena.

Así las cosas, no se condenará en esta instancia, ello teniendo en cuenta que, solo prosperó de forma parcial la apelación y por cuanto, se observa que los sujetos no incurrieron en gastos procesales en esta instancia.

³⁵ Artículo 250 de la Constitución Política de 1991

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

SENTENCIA:

Primero: Modificar los ordinales “PRIMERO” “SEGUNDO”, “TERCERO” y “OCTAVO” de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formuló Idelfonso Ramírez Valencia y otros contra la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación. **En su lugar se dispone:**

“PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “EN LOS EVENTOS EN QUE LA ABSOLUCIÓN PENAL TUVO COMO FUNDAMENTO LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO Y/O QUÉ EL INVESTIGADO NO COMETIÓ LA CONDUCTA PUNIBLE, NO SE PUEDE CONDENAR DE MANERA AUTOMÁTICA AL ESTADO”, “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”, propuestos por la Fiscalía General de la Nación; así como las excepciones de “FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO”, “EXISTENCIA DE UNA EXCEPCIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO ENCABEZA DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL”, “CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”, “HECHO DE UN TERCERO”, “EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL” y “GENÉRICA”, propuestas por la NACIÓN – RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL. Y declarar probada la excepción titulada “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”, propuesta por la Fiscalía General de la Nación

SEGUNDO. -DECLARAR administrativamente responsable a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL de los perjuicios ocasionados a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a pagar a la parte demandante los siguientes perjuicios:

1) PERJUICIOS MORALES:

- A favor del señor IDELFONSO RAMÍREZ VALENCIA, la suma equivalente a 12.07 SMLMV al momento de ejecutoria de esta providencia.

- A favor de YADIRA DELGADO GUZMÁN, IDELF DANIEL RAMÍREZ GÓMEZ y MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ DELGADO, para cada uno, la suma equivalente a 6.03 SMLMV al momento de ejecutoria de esta providencia.

2) Por concepto de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, las siguientes sumas de dinero en favor de las personas que a continuación se relacionan:

- A favor de IDELFONSO RAMÍREZ VALENCIA, YADIRA DELGADO GUZMÁN, IDELF DANIEL RAMÍREZ GÓMEZ y MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ DELGADO para cada uno, la suma equivalente a 6 SMLMV al momento de ejecutoria de esta providencia.
(...)

OCTAVO. -COSTAS a cargo de la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 388 del Código General del Proceso.

Se fijan agencias en derecho en favor de la parte demandante por valor de \$2.000.000 de conformidad con el artículo 6 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

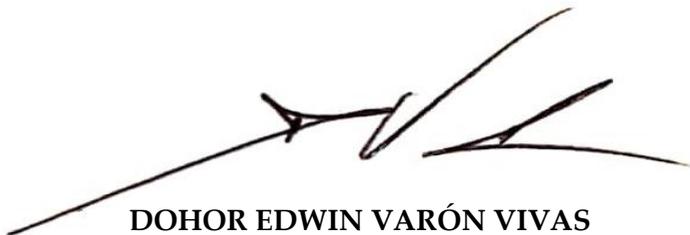
Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

ACCIONANTE: ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS

ACCIONADOS: MUNICIPIO DE NEIRA –CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS CORPOCALDAS.

VINCULADO: GUSTAVO JARAMILLO RÍOS.

RADICADO: 17 001 23 33 000 2018 00450 00

SENTENCIA: No. 82

Se dispone la Sala a proferir **sentencia de primera instancia** dentro del proceso de la referencia.

SÍNTESIS: Se pretende la protección al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, debido al riesgo generado por un movimiento de tierras realizado sin medidas técnicas y como consecuencia de ello, puede ocasionar en temporada de fuertes lluvias, un deslizamiento de tierra afectando la vía que de Manizales conduce al municipio de Neira. Se accede a las pretensiones del actor popular.

PRETENSIONES

“1. Se proceda a ejecutar obras de manejo de aguas de escorrentía, disposición adecuada de materiales provenientes del movimiento de tierra sobre la ladera.

2. *Implementación de acciones estructurales y no estructurales necesarias para mitigar el escenario de riesgo configurado.*

3. *Formulación y aprobación de un plan parcial en los términos del decreto 2181 de 2006 y su decreto modificado -sic- 1478 de 2013, por cuanto la licencia de urbanización en suelo de expansión urbana sólo podrá expedirse previa adopción del respectivo plan parcial"*

En los hechos de la demanda se dice que en la vía Manizales-Neira sector "Los Naranjos" se realiza intervención a una ladera con movimiento de tierra sin manejo adecuado, poniendo en riesgo la vía.

Se invoca la protección a los derechos colectivos a la prevención de desastres previsible técnicamente y al ambiente sano.

INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADO

MUNICIPIO DE NEIRA: Acepta que en el sitio mencionado se realiza un movimiento de tierras, pero niega que ello este representando riesgo para la vía principal; informa que se realizó visita al sitio para verificar el permiso respectivo y los estudios necesarios; además, la administración otorgó a través de la resolución No. 2018-06-27-101 la autorización para movimiento de tierras al sr Gustavo Jaramillo Ríos para construir el acceso a predio de su propiedad. Añade que en la visita técnica se constató la obra cumple con el criterio de estabilidad y se controlan las aguas de escorrentía.

Formuló las excepciones de *Inexistencia de vulneración de los derechos colectivos invocados:* el municipio cumple con las normas vigentes aplicables a este caso; *Falta de violación de las disposiciones legales que sirven de fundamento a la presente acción:* el municipio otorgó la autorización para el movimiento de tierras y realizó visita de verificación; *Ausencia de causa para demandar por la no afectación de la comunidad relacionada en la demanda:* no se vulneran los derechos de la comunidad pues la entidad los ha garantizado cumpliendo con las normas pertinentes.

CORPOCALDAS: Afirma que las pretensiones deben ser atendidas por el municipio de Neira y por el constructor particular. Presentó las siguientes excepciones:

Corpocaldas ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales: La entidad visitó el sitio objeto de la acción popular y rindió concepto a las autoridades locales a través de oficios del 30 de mayo y del 22 de agosto de 2018.

Falta de legitimación en la causa por pasiva predicable de Corpocaldas: La ley 99 de 1993 no le asigna a las Corporaciones Autónomas Regionales competencia en asuntos

viales ni de proyectos de construcción adelantados por particulares, las que recaen en este caso en el municipio de Neira y en el constructor particular.

La competencia para la atención y prevención de desastres corresponde a la autoridad municipal: De conformidad con la ley 1532 de 2012 la competencia en este caso es del municipio de Neira en tanto las Corporaciones Autónomas Regionales actúan solo de manera subsidiaria o complementaria.

Competencia de la administración municipal en el control urbanístico de su territorio: la competencia en materia de licencias y control urbano corresponde al municipio de conformidad con la ley 388 de 1997 y el decreto 1203 de 2017.

Competencia de la urbanizadora o constructora en cuanto a la construcción de las obras para conjurar la problemática existente: La responsabilidad de los proyectos de urbanización y de construcción es del constructor particular, de conformidad con el decreto 1203 de 2017, entre ellas, las obras para garantizar la seguridad y la salubridad de las personas, e igualmente, la estabilidad de los terrenos y edificaciones.

Inexistencia de omisión o acción transgresora de los derechos colectivos por parte de Corpocaldas, en atención a su órbita de competencia: Reitera los argumentos anteriores.

GUSTAVO JARAMILLO RÍOS: Afirma que no es cierto que se este realizando un tratamiento a la ladera, sino al interior, pues se realizó un movimiento de tierra con licencia para abrir una vía de acceso al predio donde se planea la construcción de una vivienda.

Agrega que debido a fuertes precipitaciones se presentó un deslizamiento que fue retirado inmediatamente, lo cual constituyó una fuerza mayor; pasados más de tres años del evento, no se han vuelto a presentar.

Considera que no se configura la violación a los derechos invocados y por ende, son improcedentes las pretensiones. Formuló las siguientes excepciones:

Inexistencia de vulneración a derechos colectivos reclamados: la construcción en su momento ni a la fecha, ha afectado vías, propiedades ni personas; *Cumplimiento formal de la ley por parte de las autoridades que otorgaron la licencia de movimiento de tierras:* la expedición de la licencia y las demás actuaciones del municipio se ajustaron a la ley.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se declaró fallida ante la ausencia de fórmula de pacto de cumplimiento.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

MUNICIPIO DE NEIRA: Afirmó que a partir de las pruebas practicadas es posible establecer que a la fecha no existe una amenaza o vulneración de un interés colectivo producida por parte del MUNICIPIO DE NEIRA en el sector “Los Naranjos” ubicado en la vía intermunicipal que conecta a Manizales y a Neira. Lo anterior, toda vez que no se configuraron los requisitos de procedencia de este medio de control en contra del municipio: la acción u omisión, el daño y la relación de causalidad.

En efecto, dice, se probó que las obras de movimiento de tierras realizadas en el sector “Los Naranjos” de la vía que conecta al municipio de Manizales y Neira, fueron amparadas por los mandatos legales que regulan las intervenciones urbanísticas de conformidad con el decreto 1077 de 2015, además que nunca se presentó un desprendimiento de tierra en el sector. Concluyó que el actor popular no cumplió con la carga de la prueba.

CORPOCALDAS: Reiteró los argumentos de respuesta al medio de control afirmando que las pruebas demuestran que no hubo vulneración a derechos colectivos por parte de la entidad. Agrega que se demostró que la ladera afectada hace parte de un predio privado cuyo propietario realizó un movimiento de tierras para construir un acceso al mismo, sin cumplir con las exigencias técnicas para ese tipo de obras. Por ende, se requieren estudios técnicos a cargo del propietario para establecer las obras de mitigación del riesgo en caso de fuertes lluvias, pues ello puede afectar la vía departamental.

VINCULADO GUSTAVO JARAMILLO RÍOS: Afirmó que se probó que en el predio “Los Naranjos” no ha ocurrido deslizamiento ni fenómeno anómalo alguno que haya puesto en riesgo a la comunidad en general ni a la vía que de Neira conduce hacia la ciudad de Manizales, aun cuando desde el 2018 se han presentado fuertes períodos de invierno que bien pudieron poner a prueba la eficacia de las obras de retención de material grueso que existen actualmente en el mencionado inmueble.

Agrega que se requieren estudios técnicos para determinar si existe un riesgo en el sector; ello, al margen del riesgo propio y permanente de los suelos de esta región andina, especialmente en épocas de invierno. Concluye que de ser necesario la construcción de obras de mitigación del riesgo, ello corresponde a las entidades accionadas.

-MINISTERIO PÚBLICO: El sr Procurador solicitó al Tribunal acceder a las pretensiones del actor popular. Luego de referir a los antecedentes del proceso, al

alcance y naturaleza del medio de control y de los derechos invocados, analizó los hechos probados.

Al respecto afirmó que en el expediente aparecen debidamente acreditadas las condiciones de riesgo por deslizamiento que se presentan en el sector correspondiente a la vía que conduce de Neira a Manizales, como se indica en reportes de las visitas realizadas por CORPOCALDAS y en los informes técnicos allegados al proceso. Considera que existe un alto riesgo por deslizamiento sobre la vía a debido a la alta pendiente de la ladera intervenida, su conformación geológica (materiales coluviales), el desconfinamiento de la masa de suelo por el corte realizado para adecuar la vía de acceso al predio, la ausencia de obras de manejo del agua de escorrentía y la disposición inadecuada de los materiales provenientes de los movimientos de tierra sobre la misma ladera.

Refirió a las competencias de los municipios en materia de gestión del riesgo para afirmar que la administración municipal vulnera el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente cuando no adopta las medidas adecuadas y necesarias para alcanzar la efectividad del proceso de gestión del riesgo de desastres, en circunstancias en las que la comunidad que reside en determinada zona está sometida a una situación de riesgo extraordinario que puede comprometer derechos y bienes constitucionales como la vida, la integridad y la seguridad.

-El actor popular no intervino.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico: *¿La construcción de la vía de acceso al predio del sr Gustavo Jaramillo Ríos generó amenaza o vulneración a los derechos colectivos al ambiente sano y a la prevención de desastres previsibles técnicamente?*

Para resolver lo anterior, la Sala determinará: i) los hechos probados; ii) la relación de los hechos probados con los derechos colectivos invocados; iii) solución al caso concreto.

i) Los hechos probados:

-La actividad de movimiento de tierras llevada a cabo en el predio “Los Naranjos” para construir una vía de acceso, según respuesta dada al actor popular a través de oficio SP289 del 21 de agosto de 2018, de la Secretaría de Planeación de Neira (fls.8-9 C.1)

-La autorización otorgada a través de la Resolución No. 2018-06-27-101 del 27 de junio de 2018 para realizar un movimiento de tierras al sr Gustavo Jaramillo Ríos, por parte del Secretario de Planeación de Neira, sobre un lote de terreno de propiedad de aquél. Consta allí que se presentaron los estudios geotécnicos, planos topográficos, formulario único nacional de construcción, entre otros (fls.53-54)

-La intervención y las condiciones del predio “Los Naranjos” según visitas al mismo por personal de Corpocaldas cuyas conclusiones se plasmaron en oficios 2018-IE-00012217 del 30 de mayo de 2018 y 2018-IE-00019794 del 22 de agosto del mismo año, en los que se destaca:

- En la visita del mes de mayo se observó que la intervención generó un talud de alta pendiente, producto del retiro del material de la sección media de la ladera; e igualmente afloramientos de agua a media ladera (sobre el material depositado) y zonas de empozamiento sobre la parte superior de la ladera, que puede favorecer la infiltración en el terreno y posterior saturación
- Se estaba realizando movimiento de tierras con maquinaria amarilla, pero sin autorización según informó un funcionario de la Secretaría de Planeación.
- En la segunda visita se observó mayor acumulación de material de excavación sobre el talud.
- No hay elementos que contengan adecuadamente el material resultante del movimiento de tierras, y así evitar escenarios de riesgo asociados al flujo de ese material directamente sobre la vía.
- Hay ausencia de manejo de aguas de escorrentía superficial que favorece la infiltración de agua en el terreno.
- Sobre el material depositado en el talud, se está realizando un empradizado como solución a los procesos de infiltración que saturan el terreno.
- Los cortes realizados en el terreno pueden poner el riesgo la estabilidad del talud y en consecuencia, la infraestructura de la vía intermunicipal que podría afectar vehículos y peatones que transitan por la zona.
(fls.10-13, 15-20; 79-84 vto C.1)

-Las obras y diseños para la intervención en el predio “Los Naranjos”, según informe sin fecha de la Directora Operativa de Infraestructura Municipal de Neira, que corresponden a:

- Construcción de vía de acceso,
- Conformación de terrazas,
- Perfilados de talud y empradización,
- Construcción de trinchos sobre el costado de la vía
- Construcción de trincheras flotantes, según diseño,
- Construcción de canal con disipadores,

- Construcción de muro en gaviones para disposición de material sobrante,
- Descapote y conformación de terrazas en suelo existente.

Sobre el avance del proyecto se anotó que: i) las terrazas que se construyeron cumplen con el criterio de estabilidad según el estudio de suelos realizado, no superan los 6 metros de altura y la inclinación es acorde con los parámetros de descripción de suelos en la zona, en la parte superior e inferior de la vía; ii) La empradización aporta impermeabilización al terreno como solución al manejo de aguas de escorrentía; iii) Para la conformación de la vía se construyeron trincheras filtrantes para el control de aguas producto del afloramiento de la ladera, debidamente conducidas. Se concluyó que la obra no constituye riesgo (fls.31-33 C.1).

-El estado de la obra para el día 10 de octubre de 2018, según visita del personal profesional del municipio de Neira, encontrando que era realizada conforme a los diseños presentados y aprobados por Planeación Municipal, y sin que se aprecie inestabilidad en la ladera. Se efectuaron recomendaciones para:

- Optimizar el manejo y control de aguas lluvias y escorrentía superficial, debido a que en los sistemas de evacuación se encontraron sedimentos que pueden obstruir el flujo del agua; también la limpieza y mantenimiento constantes.
- Mantenimiento constante a los trinchos.
- Reconversión del uso del suelo, debido al sobre-pastoreo en la ladera superior.
- Recuperación de la franja forestal protectora de los drenajes naturales de la ladera (reforestación)
- Continuar la conformación del talud, según lo aprobado.

(fls.34-35 C.1)

En el curso de la etapa de pruebas rindió testimonio el sr Jhon Jairo Chisco Leguizamón, Ingeniero Civil, especialista en Geotecnia, adscrito a Corpocaldas. De su testimonio se destaca:

- Se trató de la apertura de una vía a media ladera, con disposición del material de excavación sobre la ladera inferior, material que alcanzaba a fluir a la vía Manizales- Neira por escurrimiento de lodo y material grueso.
- Se hicieron obras de retención del material, pero no de contención del mismo.
- La intervención no contaba con autorización de la administración municipal.
- Corpocaldas brindó la asesoría para disminuir la posibilidad de incrementar los problemas detectados en la visita, evitar el escurrimiento de material grueso hacia la vía; y se dio una recomendación para que con base en

estudios geotécnicos se determinen las obras propias de estabilidad para los cortes realizados, el manejo de agua, la correcta disposición de los materiales resultantes del movimiento de tierras que requerían ser depositados en una escombrera, y la instalación de unas estructuras de retención de material.

- Las recomendaciones dadas por la entidad, no se cumplieron, salvo lo relativo a la implementación de estructuras de retención del material grueso depositado sobre la ladera.
- Actualmente las condiciones del predio son prácticamente las mismas identificadas en la época de las visitas, hecho que conoce porque recientemente ha pasado por el sector y vio la intervención en las mismas condiciones.
- Un movimiento de tierras que se haga sin soporte en estudios técnicos genera riesgo, porque los estudios sirven para determinar las obras de estabilidad requeridas.
- Actualmente subsiste el riesgo en la medida que la intervención no tenga una obra de estabilidad ni de manejo adecuado de aguas.
- No se han presentado eventos nuevos de escurrimiento de material en el predio, pero por ello no se puede afirmar que la estructura de retención de material funcione adecuadamente.
- Unas lluvias de alta intensidad en los periodos de invierno pueden ocasionar el desprendimiento del material sobre la ladera. Pero hasta el momento y a pesar de las lluvias no ha habido colapso del material, porque no han ocurrido lluvias lo suficientemente intensas, y no porque la obra de retención sea adecuada.

ii) La relación de los hechos probados con los derechos colectivos invocados:

Para la Sala el análisis de los hechos probados, permite concluir que con ocasión al movimiento de tierras realizado en el predio “Los Naranjos” para la apertura de una vía de acceso, se generó un riesgo para la seguridad de transeúntes en la vía que de Manizales conduce al municipio de Neira. Esto, porque se depositó el material removido de manera antitécnica a media ladera, sin adecuada obra de contención, sumado ello a la falta de obras de manejo correcto de aguas de escorrentía, circunstancias que ante fuertes eventos lluviosos podían desencadenar el deslizamiento del mencionado material sobre la vía.

En este contexto fáctico, encuentra pertinencia con el derecho colectivo a la seguridad y prevención desastres previsibles técnicamente, cuyo contenido ha precisado el Consejo de Estado Sección Primera ¹, en un fallo de acción popular:

“Proclamado por el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio”. Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública.

De ahí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de “evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”, ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más– de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones).

Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que, por ende, ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 26 de marzo del dos mil quince (2015). Rad. Núm.: 15001- 23-31-000-2011-00031-01. Actor: José Amado López Malaver. Demandado: Ministerio de Vivienda y Desarrollo Rural, Ministerio de Medio Ambiente, CORPOBOYACÁ y Otros.

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a la seguridad pública ha sido definido como “parte del concepto de orden público (...) concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas”.

Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaura como estándar de sus actuaciones. No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales”.

En este caso, se tiene que por acción netamente antrópica de intervención de la ladera sin las medidas técnicas adecuadas y determinadas por un estudio apropiado, se generó riesgo de deslizamiento sobre la vía Manizales-Neira; y si bien ello ocurrió a mediados del año 2018, el riesgo aún subsiste porque ante la presencia de fuertes eventos lluviosos ocasionarían la desestabilización y por ende, el deslizamiento del material hacia la vía; máxime que en la actualidad la situación del predio es la misma y no se acataron la totalidad de las recomendaciones de Corpocaldas, según advirtió el testigo quien actuó en el proceso.

Es del caso precisar que de acuerdo con la ley 1523 de 2012 “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones” en el artículo 4, el concepto de riesgo de desastre “Corresponde a los daños o pérdidas potenciales que pueden presentarse debido a los eventos físicos peligrosos de origen natural, socio-natural tecnológico, biosanitario o humano no intencional, en un período de tiempo específico y que

son determinados por la vulnerabilidad de los elementos expuestos; por consiguiente el riesgo de desastres se deriva de la combinación de la amenaza y la vulnerabilidad". Definición en la cual encajan los hechos probados relacionados con la situación de riesgo sobre la vía Manizales-Neira sector del predio "Los Naranjos".

iii) Solución al caso concreto.

Habiéndose constatado que efectivamente se vulneró el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, la cual subsiste dada la situación de riesgo explicada, procede la Sala a determinar la responsabilidad de las accionadas y del vinculado en este caso.

Para ello debe precisarse el contexto normativo de la actividad generadora del mencionado riesgo, contenida en el decreto 1077 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio"*, en cuyo artículo 2.2.6.1.3.1. numeral 6 regula como una a modalidad de licencia, la autorización para el movimiento de tierras: *"Es la aprobación correspondiente al conjunto de trabajos a realizar en un terreno para dejarlo despejado y nivelado, como fase preparatoria de futuras obras de parcelación, urbanización y/o construcción. Dicha autorización se otorgará a solicitud del interesado, con fundamento en estudios geotécnicos que garanticen la protección de vías, instalaciones de servicios públicos, predios aledaños y construcciones vecinas"*.

Y según el artículo 2.2.6.1.3.2 para obtener dicha autorización se requiere aportar los estudios de suelos y geotécnicos de conformidad con Ley 400 de 1997, sus decretos reglamentarios, o las normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan; en tanto de acuerdo con el artículo 2.2.6.1.2.3.6 es obligación del titular de la licencia, entre otras, la de *"Ejecutar las obras de forma tal que se garantice la salubridad y seguridad de las personas, así como la estabilidad de los terrenos y edificaciones vecinas y de los elementos constitutivos del espacio público"*.

Finalmente el artículo 2.2.6.1.4.11 asigna la competencia para el control urbano en los siguientes términos: *"Corresponde a los alcaldes municipales o distritales por conducto de los inspectores de policía rurales, urbanos y corregidores, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1801 de 2016 (Código de Policía) o la norma que la modifique, adicione o sustituya, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de aplicar las medidas correctivas para asegurar el cumplimiento de las licencias urbanísticas y de las normas contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses colectivos y de la sociedad en general"*.

Aplicando estas normas al caso concreto, encuentra la Sala que para el mes de mayo de 2018 Corpocaldas constató la realización del movimiento de tierras, pese a que la autorización para la misma al sr Gustavo Jaramillo -vinculado- sólo se expidió el día 27 de junio de 2018 a través de la Resolución No. 2018-06-27-101, es decir, el sr Jaramillo inició la intervención sin la autorización legal correspondiente. Y ya desde esa primera visita de Corpocaldas -cuando aún no había licencia- se verificó la acumulación de material excavado sobre la ladera que podría llegar a generar el taponamiento de la vía por escurrimiento debido a la saturación de aguas lluvias y la ausencia de manejo de estas aguas, configurándose desde ese momento un escenario de riesgo.

Por su parte el control urbanístico al desarrollo de la licencia sólo se llevó a cabo por la administración municipal en el mes de octubre de 2018, y ello lo fue por motivo de la orden de monitoreo de la ladera decretada como medida provisional al inicio del trámite del presente medio de control.

Adicionalmente se establece que pese que en la resolución de autorización se mencionó que se aportaron “los estudios geotécnicos”, el mismo no se allegó como anexo que debió ser del acto administrativo mencionado, por ende desconoce la Sala qué instrucciones y medidas de ejecución del movimiento de tierras se indicaron en ese estudio a efectos de llevar a cabo de manera técnica y segura la intervención. En contraste, los informes de Corpocaldas y lo explicado por el testigo en el proceso, dan certeza en el sentido que el movimiento de tierras se realizó sin ninguna medida de las mencionadas, y de hecho, esa circunstancia generó el riesgo.

Y si bien en acta de visita del 10 de octubre de 2018 realizada por personal profesional de la alcaldía de Neira consta que la obra se estaba desarrollando de la manera como fue aprobada por la Secretaría de Planeación, que no se apreciaba ningún problema de inestabilidad de la ladera, y recomendaron optimizar el sistema de manejo y control de aguas lluvias y de escorrentía, entre otras; el testimonio rendido en el proceso manifestó que según pudo observar en fecha reciente a su declaración -noviembre de 2021- el predio se observaba en iguales condiciones pues permanecía el material depositado a mitad de ladera y no se había hecho una obra técnica de contención de éste -apenas de retención, que no es lo mismo, según dijo-.

De todo lo anterior se concluye que la responsabilidad en la violación al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente radica en el sr Gustavo Jaramillo por omisión: i) en la obtención de la autorización de movimiento de tierras con anterioridad al inicio del mismo, y ii) por la no ejecución del movimiento de tierras de manera técnica y segura, pues por causa del material indebidamente depositado en la ladera, permanece el riesgo de deslizamiento ante una fuerte temporada invernal, como la presente, valga decir.

También es responsable de la violación al mencionado derecho colectivo, la administración municipal a través de la Secretaría de Planeación porque omitió el ejercicio de su competencia en materia de control urbano a tal punto que la intervención del predio se inició sin licencia, ni ejerció el control de la ejecución de la misma una vez otorgada, pues solo lo realizó por orden de este Tribunal.

En lo que respecta a Corpocaldas, acreditó que prestó la asesoría técnica a través de las visitas al predio y emitió los conceptos sobre la situación allí presentada con las recomendaciones para minimizar la materialización del riesgo, acciones que se acompañan con la labor de asesoría que le señala el artículo 31 de la ley 99 de 1993. Por ende, se declarará probada la excepción que denominó *“Corpocaldas ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales”*.

En consecuencia, se darán las siguientes órdenes:

Al sr Gustavo Jaramillo Ríos:

- 1) Se suspendan las obras de inmediato si se continúan realizando;
- 2) Que proteja la ladera conforme a las recomendaciones que le haga Corpocaldas (plásticos y otros) para proteger de derrumbes la carretera, acciones que deberá ejecutar dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo;
- 3) A su costa deberá realizar los estudios técnicos (geológicos, geotécnicos e hidráulicos) que determinen las obras que se deben construir en el predio en el cual se le autorizó un movimiento de tierras a través de la Resolución No. 2018-06-27-101 del 27 de junio de 2018, para mitigar el riesgo existente en la zona causado por la mencionada intervención.

Para realizar los estudios se le concederá un plazo de tres (3) meses a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y un plazo adicional de seis (6) meses al vencimiento del primer plazo, para la construcción de las obras que recomiende el mencionado estudio.

Al Municipio de Neira a través de la Secretaría de Planeación se le ordenará realizar el estricto control a la ejecución de las obras que debe realizar el sr Gustavo Jaramillo para garantizar que las mismas se ejecuten de la manera técnica, segura y de la manera como lo indiquen los estudios ordenados. Todo lo anterior deberá quedar debidamente documentado. La inobservancia del particular a cumplir con los requisitos legales para la realización de la obra, dará lugar a contravención e imposición de las sanciones a que haya lugar por el municipio; la Secretaría de Planeación deberá presentar informe mensualmente sobre el cumplimiento de este fallo, al Tribunal.

COSTAS:

No habrá lugar a condenar en costas toda vez que no se encuentran causadas en esta instancia, según lo establecido en la sentencia de unificación dentro del proceso radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el Municipio de Neira.

DECLARAR que el señor Alcalde del Municipio de Neira y el señor Gustavo Jaramillo Ríos incurrieron en violación al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR:**

Al sr Gustavo Jaramillo Ríos:

- 1) Suspender las obras de inmediato si se continúan realizando;
- 2) Proteger la ladera conforme a las recomendaciones que le haga Corpocaldas (plásticos y otros) para proteger de derrumbes la carretera, acciones que deberá ejecutar dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo;
- 3) A su costa deberá realizar los estudios técnicos (geológicos, geotécnicos e hidráulicos) que determinen las obras que se deben construir en el predio en el cual se le autorizó un movimiento de tierras a través de la Resolución No. 2018-06-27-101 del 27 de junio de 2018, para mitigar el riesgo existente en la zona causado por la mencionada intervención.

Para realizar los estudios se le concederá un plazo de tres (3) meses a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y un plazo adicional de seis (6) meses al vencimiento del primer plazo, para la construcción de las obras que recomiende el mencionado estudio.

Al Municipio de Neira a través de la Secretaría de Planeación se le ordena realizar el estricto control a la ejecución de las obras que debe realizar el sr Gustavo Jaramillo para garantizar que las mismas se ejecuten de la manera técnica, segura y de la manera como lo indiquen los estudios ordenados. Todo lo anterior deberá quedar debidamente documentado. La inobservancia del particular a cumplir con los requisitos legales para la realización de la obra, dará lugar a contravención e imposición de las sanciones a que haya lugar por el municipio; la Secretaría de Planeación deberá presentar informe mensualmente sobre el cumplimiento de este fallo, al Tribunal.

TERCERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN denominada “*Corpocaldas ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales*” alegada por Corpocaldas.

CUARTO: CONFORMAR un comité para la verificación del cumplimiento de esta providencia, el cual estará integrado por la Magistrada Ponente quien lo presidirá, el señor Procurador Judicial 28 Judicial II adscrito a Despacho, el representante legal de Corpocaldas o un delegado y el accionante; de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes se reunirán por convocatoria de quien lo preside a petición de cualquiera de sus integrantes, harán seguimiento a lo ordenado y determinarán el cabal cumplimiento de esta sentencia.

QUINTO: SE ORDENA la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional a cargo del municipio de Neira. Hecho lo anterior deberá enviar constancia de la publicación con destino al expediente.

SEXTO: Sin costas.

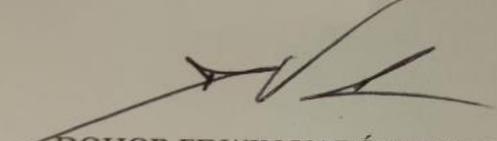
SÉPTIMO: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

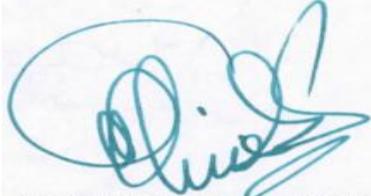
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Pateir Varón

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado.	17-001-33-33-005-2018-00522-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Oscar Giraldo Escobar
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 83

Asunto

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 3 de noviembre de 2020, mediante la cual se **negaron las pretensiones** del demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 8586-6 del 3 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 23 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

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

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

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

4. Contestación de la demanda.

4.1. Departamento de Caldas.

El departamento de Caldas contestó la demanda a través de apoderado judicial, manifestando frente a los hechos que unos son ciertos, otros no le constan y otros no son hechos sino manifestaciones y pretensiones de la parte demandante, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Realizó un recuento normativo y jurisprudencial para concluir que a la parte demandante no le asiste ningún derecho a que su pensión sea reajustada con base en el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que el docente pensionado no tiene un derecho adquirido respecto de normatividades anteriores que regulaban el tema, aplicándosele

para tal efecto la ley 100 de 1993, que lo que pretendió fue unificar los aumentos pensionales. En iguales condiciones se establece que no le asiste el derecho a que sus aportes en salud sean liquidados con un porcentaje inferior al consagrado en la ley citada, y mucho menos a que se efectúen devoluciones de aportes descontados sobre las primas adicionales de junio y diciembre. Propuso, además, las siguientes excepciones de mérito: *“falta de legitimidad en la causa por pasiva”, “buena fe” y “prescripción”*.

4.2. Nación – Ministerio de Educación - FNPSM.

La entidad accionada contestó la demanda a través de apoderado judicial, manifestando frente a los hechos que unos son ciertos y otros parcialmente ciertos, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Efectuó un recuento normativo de las leyes 91 de 1989, la ley 812 de 2003 y demás normas concordantes para explicar el cambio legal que se presentó con relación al monto de los aportes en salud a cargo de los docentes pensionados, y la obligación de la entidad que representa de aplicar en su integridad las normas pertinentes al caso. Concluyó que no debe ordenarse el reajuste en favor de un docente pensionado con base en el mecanismo consagrado en la ley 71 de 1988 pasando por alto la modificación de la ley 100 de 1993; la fórmula que el legislador instituye para reajustar pensiones no es un derecho adquirido en favor de los pensionados; con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 quedaron sin efectos las disposiciones consagradas en el artículo 1° de la ley 71 de 1988; no hay lugar al principio de favorabilidad dado que no hay coexistencia de normas vigentes ante la derogatoria tácita de la ley 71 de 1988 y no puede exigirse la aplicación de una norma general como la ley citada bajo el argumento de inaplicabilidad de la ley 100 de 1993 a los docentes por pertenecer a un régimen especial. Propuso además, las siguientes excepciones de mérito: *“excepción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “Excepción de inexistencia de la obligación”, “excepción de cobro de lo no debido”, “excepción de sostenibilidad financiera”, “Buena Fe” y “Genérica”*.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el

artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003 deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos. Que la parte demandante se vinculó con el Magisterio antes del 27 de junio de 2003 y por ello resultan procedentes los descuentos que se vienen realizando en las mesadas adicionales.

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional.

6. Recurso de Apelación

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

Respecto de los aportes en salud consideró que, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. La parte demandante guardó silencio.

7.2. El departamento de Caldas reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda.

7.3. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM insistió en los argumentos expuestos en su defensa durante el curso procesal.

7.4 El Ministerio Público no intervino.

II. Consideraciones de la Sala

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

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

1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía:

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

Quando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

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

“ARTICULO 1o. *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

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

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

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

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

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

“Artículo 14. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.*

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.”

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.”

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«(...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario

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

mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles”/Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”./Resaltado de la Sala/

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ *“(…) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”/Subrayado de la Sala/.*

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

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

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

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor del señor Oscar Giraldo Escobar supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /Archivo 03/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud.

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

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/".

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

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

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

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

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

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

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

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

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷ como pasa a verse a continuación:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y

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

voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)" /Subrayado del Tribunal/.

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

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos están previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

los docentes afiliados al FNPSM- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

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

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

No hay condena en costas en esta instancia porque la demanda no careció de fundamento razonable en derecho.

4. Consideración final.

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 3 de noviembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Oscar Giraldo Escobar contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

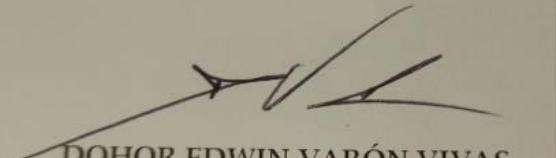
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

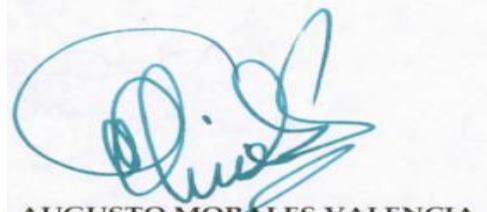
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-33-39-004-2019-00182-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Francisco Javier Suárez Giraldo
Accionado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Providencia	Sentencia No. 84

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el **recurso de apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de octubre de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la parte demandante en relación con el reajuste de su asignación de retiro.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

- *Se declare la NULIDAD TOTAL del acto administrativo No. E-00003 201805740-CASUR Id: 312706 del 23 de marzo de 2018, que negó al accionante el derecho al reajuste establecido en la Ley 6ª de 1992.*
- *Se restablezca el derecho con el reconocimiento del reajuste establecido por la Ley 6ª de 1992 artículo 116 y por el Decreto No. 2108 de 1992, artículo 1º.*
- *Se condene a la parte demandada al pago de las diferencias que resulten de cada una de las mesadas pensionales correspondientes a los reajustes, desde su causación hasta la fecha, teniendo en cuenta previamente la prescripción trienal.*
- *Se condene a la parte demandada al pago de la indexación o la corrección monetaria sobre cada una de los emolumentos ordenados en la sentencia de esta demanda.*
- *Se condene en costas procesales y agencias judiciales a la parte demandada en favor de la demandante.*

2. Hechos

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

Al señor Francisco Javier Suárez Giraldo le fue reconocida una asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, mediante Resolución No. 3058 del 19 de junio de 1984, efectiva a partir del 07 de julio de 1984.

Al señor Francisco Javier Suárez Giraldo no le han realizado el reajuste ordenado por la Ley 6ª de 1992, en la pensión por incapacidad absoluta y permanente, la indemnización y auxilio de cesantía reconocida mediante Resolución No. 0409 del 03 de febrero de 1988.

El 21 de marzo de 2018 el señor Francisco Javier Suárez Giraldo solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, el reconocimiento y pago del reajuste a las mesadas pensionales con fundamento en la Ley 6ª de 1992 artículo 116 y Decreto No. 2108 del 29 de diciembre de 1992 artículo 1.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó dicha solicitud mediante acto administrativo No. E-00003 201805740-CASUR Id: 312706 del 23 de marzo de 2018.

Los reajustes de pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que pagaba el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se hicieron con base en la Ley 4ª de 1976 hasta 1988, con una fórmula que siempre fue inferior al reajuste del salario mínimo legal mensual más alto.

El señor Francisco Javier Suárez Giraldo se encuentra actualmente en la tercera edad.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones:

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

Ley 6 de 1992 artículo 116

Decreto 2108 de 1992 artículo 1

Artículo 190 y siguientes del CPACA

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

4. Contestación de la demanda.

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

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

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

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

5. La sentencia apelada.

El 29 de octubre de 2020, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante al considerar que, para acceder a los reajustes previstos en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, se debe dar cumplimiento a 3 circunstancias especiales como lo son: (i) Haber sido reconocida la pensión con anterioridad al 1º de enero de 1989 (ii) Presentar diferencias con los aumentos de salarios.

Adujo que el reajuste que ordenaba la Ley 6ª de 1992 estaba encaminado a compensar las diferencias de los incrementos efectuados a los pensionados del sector público hasta el año

1988, con respecto a los incrementos salariales, lo cual no es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública por tratarse de un régimen especial que goza de su propio cuerpo normativo y porque bajo ningún aspecto los incrementos realizados a la asignación de retiro del actor fueron inferiores a los incrementos de las asignaciones en actividad, en virtud del principio de oscilación, que regula la liquidación de su asignación de retiro, lo que le llevó a negar las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

6. Recurso de apelación

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

En el caso concreto, al señor Francisco Javier Suarez Giraldo le fue reconocido su derecho a la Asignación de Retiro mediante la Resolución No. 3058 de 1984, efectiva a partir del 7 de julio de 1988 por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –Casur, con lo cual se cumple el requisito de haber sido pensionado antes de 1.989. Así mismo, afirmó que la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que ese reajuste cubre a todos los pensionados del sector público, sin discriminación alguna. Al respecto, recalca que el actor fue empleado público y que a la expedición de las normas que establecieron el reajuste solicitado, todos los empleados públicos estaban esparcidos en numerosos regímenes especiales; de ahí que el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, al referirse a las pensiones del sector público, no hubiese hecho discriminación alguna. También solicitó revocar la condena en costas.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

7.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

7.2. Parte demandada.

Reiteró lo expuesto en primera instancia.

7.3. Concepto del Ministerio Público.

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

II. Consideraciones de la Sala

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales que negó las pretensiones de la demanda.

1. Problema jurídico.

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

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

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

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

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

...

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar para el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casados o viudos con hijos legítimos, un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que el total sobre pase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a la doceava parte de la prima de navidad.

...

Artículo 58. Asignación de retiro. Los Agentes que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional, por incapacidad psicofísica, por mala conducta comprobada, por haber cumplido la edad de sesenta (60) años, por conducta deficiente o por solicitud propia después de veinte (20) años, tendrá derecho a partir de la fecha en que termine los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de sueldos se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que

trata el artículo 55 de este estatuto por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los (15), sin que el total sobre pase el ochenta y cinco por ciento (85%).

...

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

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

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

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

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

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

“13- La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos

pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.

4. Análisis del caso.

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

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

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

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

Sobre este particular cabe advertir en primera medida que, el principio de favorabilidad en materia laboral ha sido pacíficamente desarrollado para aquellos eventos en los cuales varias normas o interpretaciones normativas resultan igualmente aplicables para la resolución de un asunto concreto, debiéndose optar por aquella que otorgue mayores beneficios al empleado o pensionado; situación que no se observa en el presente caso, pues

como pudo verse, de la mera lectura de las normas contrapuestas -la aplicada al actor y la que pretende que se le aplique- es claro que, la que fundamenta sus pretensiones, esto es, el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 no resulta aplicable a su caso particular.

Ahora bien, atendiendo que en todo caso el centro de su recurso de apelación orbita sobre esta figura, es pertinente traer a colación uno de los pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado sobre el principio de inescindibilidad de la norma en materia laboral, pues el mismo ha sido determinado como una clara restricción en la aplicación de favorabilidades en esta materia. En efecto, dicha corporación ha señalado¹:

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

En tal sentido resulta evidente que, la parte actora pretende que a su reconocimiento de asignación de retiro otorgado bajo un régimen exceptuado como el de la Policía Nacional, con el cumplimiento de requisitos y derechos diferenciados más favorables, como el tiempo de servicios, el monto de la prestación entre otros, le sea superpuesto un postulado de reajuste de pensiones diferente al que fue regulado para dicho régimen especial, todo bajo la consideración de que frente a este aspecto la norma general le resulta más beneficiosa, siendo precisamente este tipo de aplicaciones parciales entre las normas de los regímenes exceptuados y el régimen general la que ha sido ampliamente proscrita por la Jurisprudencia del citado órgano de cierre, pues se itera, no es dable deprecar la aplicación de los aspectos favorables de uno y otro régimen en forma simultánea, logrando la creación de un tercer régimen aplicable.

Corolario, la Sala no encuentra razones de disenso con la sentencia recurrida, en tanto, concluyó que para el caso del señor Francisco Javier Suárez Giraldo no resulta aplicable el reajuste pensional señalado para los pensionados del sector público nacional por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, pues para su caso, el régimen especial de la carrera de agentes de

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

la Policía Nacional -Decreto 609 de 1977- determinó el reajuste de las asignaciones de retiro bajó otros criterios normativos, los cuales son propios de dicho régimen exceptuado.

Así las cosas, al hallar respuesta negativa al problema jurídico planteado se impone confirmar la sentencia proferida por el a *quo* respecto de los fundamentos de derecho para negar las pretensiones del demandante.

En lo que atañe a la condena en costas en la primera instancia también materia de la apelación, se observa que la condena lo fue en la modalidad de agencias en derecho al considerar la Jueza que se encontraban causadas, no obstante, observa la Sala que no se fijó el monto de las mismas según el ACUERDO No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, omisión que va en contra del derecho de defensa del demandante. Por ende se impone revocar dicha condena.

5. Costas.

No habrá condena en costas en esta instancia al advertirse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, según el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

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

III. Falla

Primero: Se revoca el numeral TERCERO de la sentencia del 29 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Francisco Javier Suárez Giraldo contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, en el cual se condenó en costas a la parte demandante.

Se confirma en lo demás la sentencia apelada en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

Segundo: Sin condena en costas.

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

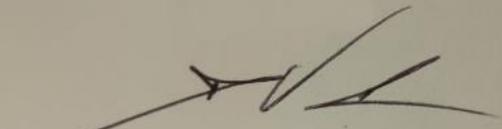
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

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

Notifíquese y cúmplase



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-33-33-006-2019-00199-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	José Ismael Murcia Acero
Accionado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Providencia	Sentencia No. 85

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el **recurso de apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de agosto de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la parte demandante en relación con la reliquidación de su asignación de retiro.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

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

a. El párrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995.

b. El párrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.

c. El párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.

d. El párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012.

2. Se declare la nulidad de la Resolución u oficio No. E-00001-201821185-CASUR Id: 366564 del 11 de octubre de 2018, mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de mi poderdante

3. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL a reconocer y a pagar a mi poderdante la reliquidación de su asignación de retiro donde se incluya como partida computable para liquidar la prestación social EL SUBSIDIO FAMILIAR en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa la señora SANDRA MILENA BARAHONA GAITAN y a su vez un 5% del salario básico porcentaje que corresponde a su primer hijo BRYAN

CAMILO MURCIA BARAHONA, junto con sus intereses e indexación desde el 9 de junio de 2017, fecha en la cual se retiró de la institución policial.

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

[...]"

2. Hechos

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

"El señor JOSÉ ISMAEL MURCIA ACERO, luego de superar el respectivo curso de formación, Ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año de 1998 en la categoría de "Nivel Ejecutivo".

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

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

4. Mediante acto administrativo No. E-00001-201821185-CASUR Id: 366564 del 11 de octubre de 2018, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL negó la Inclusión del subsidio familiar como partida computable, fundamentando su decisión en el numeral 23.2 del artículo 23 del decreto 4433 de 2004 y su párrafo, toda vez que, anunciando que dichos instrumentos normativos no mencionan el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.

5. Actualmente el señor JOSÉ ISMAEL MURCIA ACERO devenga asignación de retiro por parte de la CAJA DE SUELDOS DE LA POLICÍA NACIONAL en un porcentaje del 75% de lo que corresponde a un Intendente de la Policía Nacional, y dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluye el subsidio familiar como factor de liquidación, esto de acuerdo a la resolución emitida por la entidad accionada No. 4332 del 26 de julio del año 2017".

3. Normas violadas y concepto de la violación

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

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

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

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

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

4. Contestación de la demanda.

La demandada se opuso a las pretensiones del demandante; aceptó como ciertos los hechos de la demanda pero precisó que, el subsidio familiar reconocido al demandante, se efectuó conforme a las leyes vigentes que regulan el régimen de carrera que éste ostenta y con fundamento en los haberes certificados en la hoja de servicios.

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

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

Propuso la excepción de “inexistencia del derecho”, incorrecta interpretación del principio de oscilación”, “indebida escogencia de la acción”, “falta de fundamento jurídico de las pretensiones”. (Archivo 005)

5. La sentencia apelada.

El 18 de agosto de 2020 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante al considerar que al actor no le asiste derecho a la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, puesto que a éste se aplica el Decreto 1091 de 1995 que fija el régimen prestacional y de asignaciones del nivel ejecutivo, el cual no incluye dicho subsidio como partida computable para efectos de esa liquidación. Estimó igualmente aplicable el Decreto 4433 de 2004, artículo 23, en relación con las partidas computables en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de dicha institución; norma que no incluye el subsidio familiar como factor a tener en cuenta para la determinación de la prestación vitalicia. Señala que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro conforme a derecho y por lo tanto no hay lugar a ordenar su reliquidación con la inclusión de la partida deprecada en la demanda, decisión que no afecta el derecho a la igualdad del actor ni resulta regresiva para él comoquiera que el régimen del nivel ejecutivo es incluso más favorable que el régimen aplicable a oficiales y suboficiales. (Archivo 014)

6. Recurso de apelación

La parte demandante aduce lo siguiente en el recurso:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El *a quo* manifiesta que el ingreso al nivel ejecutivo por parte del demandante fue voluntario y teniendo en cuenta ello, quedó sometido a todo el régimen salarial y prestacional que gobierna dicha categoría, por lo cual no puede venir a reclamar derechos que él conocía desde su inicio laboral. Al respecto el recurrente considera que, desde una óptica legal sería válido, sin embargo, es constitucionalmente reprochable tal aseveración, por el simple hecho que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e

intransferibles, por lo que, así el demandante conociera el sistema laboral que lo iba a gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del presente asunto.

Que el *a quo* consideró negar las pretensiones en protección de la sostenibilidad fiscal del sistema laboral y en consideración a que el Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación del 29 de abril del año 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario. Al respecto el recurrente considera que dicho argumento lesiona fuertemente el sistema social de derecho toda vez que, si bien es cierto protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema, permite que el “supuesto principio” desplace la protección de derechos de carácter fundamental como lo son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente. La sostenibilidad fiscal no es un principio, se trata de un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, más no es un valor, principio o derecho constitucional, por lo cual no es posible su materialización por sí mismo, requiere de complementos que permitan adecuarse a las necesidades de la administración.

Que existen sentencias del Consejo de Estado donde se analizó un tema similar al caso que nos ocupa, sin embargo, la esencia de esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso bajo examen por cuanto: En esos casos se verificó la existencia de un presunto desmejoramiento del personal que, siendo suboficial o agente de la Policía Nacional, se homologó al nivel ejecutivo, es decir, se observó si hubo trasgresión del principio de progresividad de conformidad con la homologación. - Bajo ninguna esfera de la demanda se manifestó que existió un desmejoramiento salarial, por el contrario, los argumentos centrales del libelo poseen su fuente en la trasgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia del poderdante.

Que el fallador en primera instancia manifiesta que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro del demandante; por lo que es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia. Al respecto trajo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional (C-337 de 2011, C-629 de 2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016) y del Consejo de Estado, (Exp: 0686-10 del 08 de junio de 2017; Exp: 3337-14 del 19 de abril de 2018; Exp: 1936-16 del 10 de mayo de 2018), sobre el tema objeto de examen, para concluir que, los oficiales, tanto de las fuerzas militares, como de la policía nacional, perciben una remuneración mayor a los miembros del nivel ejecutivo, y así mismo, se les reconoce un porcentaje mucho más alto por concepto de subsidio familiar, y también se les incluye en la liquidación de sus asignaciones y

pensiones, es decir, también existe una incongruencia en la aplicación del subsidio familiar en este aspecto, situación que termina de consolidar el hecho de la desigualdad que se presenta en el reconocimiento de esta especial prima. Por tanto se evidencia que no hay lugar a que se declare la excepción de inexistencia del derecho, expuesta por el a quo.

En cuanto a la condena en costas señaló que, dentro del proceso la entidad accionada no probó su causación, por ende, no era aplicable la imposición de las mismas. (Archivo 017)

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

7.1. Parte demandante.

Insistió en el precedente de la Corte Constitucional (C-337 de 2011, C-629 de 2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016) y del Consejo de Estado, (Exp: 0686-10 del 08 de junio de 2017; Exp: 3337-14 del 19 de abril de 2018; Exp: 1936-16 del 10 de mayo de 2018). Reiteró los argumentos expuestos en primera instancia en torno al entendimiento que debe darse a la figura de la inescindibilidad de la norma, la cual estima es de origen legal y no constitucional; luego entonces, estima que ante el conflicto entre un precepto legal y otros de naturaleza constitucional (derecho a la igualdad, familia e interés del menor) debe darse protección a estos últimos tal y como se encuentra previsto en el artículo 4 de la Carta.

De otro lado, insiste en que la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en el fallo materia de apelación, no resulta aplicable a este caso, pues allí se analiza la eventual trasgresión del principio de progresividad en razón al proceso de homologación al nivel ejecutivo que se surtió al interior de la Policía Nacional, sin embargo, lo que se alega en esta instancia no es un desmejoramiento salarial sino puntualmente la trasgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia del demandante. (Archivo 006, C. 2)

7.2. Parte demandada.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (Archivo 008, C. 2)

7.3. Concepto del Ministerio Público.

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

II. Consideraciones de la Sala

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

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

¿Se condenó en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

1.Fundamento jurídico

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, *por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*, contemplando como partidas computables para efectos del cálculo de la asignación de retiro: el sueldo básico; la prima de retorno a la experiencia; el subsidio de alimentación; la duodécima parte de la prima de navidad; la duodécima parte de la prima de servicio; la duodécima parte de la prima de vacaciones y la bonificación por compensación¹. Así mismo estableció expresamente que ninguna de las primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 podrán ser computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones

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

pensionales y demás prestaciones sociales, a excepción de las específicamente señaladas en la norma.

Por otro lado, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1791 de 2000 *“Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”* dispuso en los artículos 9 y 10, que los suboficiales y agentes de la Policía Nacional podían ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo y que, en todo caso, el referido personal estaría sometido al régimen salarial y prestacional establecido para el citado nivel.

A su vez, en el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Allí señaló que el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que haya ingresado al escalafón del referido nivel a partir de la vigencia del referido decreto, tendría derecho al reconocimiento de una asignación de retiro² después de 20 años de servicio, cuando la desvinculación se produzca por *“llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno”* o con 25 años de servicio siempre que el retiro se verifique por solicitud propia o en forma absoluta³.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, es cierto que los artículos 7 de la Ley 180 de 1995, 82 del Decreto 132 de 1995 y, a su turno, la Ley 923 de 2004 establecieron, cada una en su ámbito, una protección a favor del personal de suboficiales y agentes de la Policía Nacional que decidieron voluntariamente ingresar, a través de homologación, al Nivel Ejecutivo de dicha institución; que las referidas normas prohibieron la discriminación y/o desmejora de las condiciones que venían disfrutando los referidos suboficiales y agentes antes de hacer parte del Nivel Ejecutivo, esto con el fin de evitar la afectación o variación de sus condiciones laborales; y que, incluso, a través de la sentencia de 12 de abril de 2012, proferida por el Consejo de Estado, se declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto incrementaba los requisitos, referido concretamente al tiempo de servicio, para que el personal del Nivel Ejecutivo que venía vinculado a la Policía Nacional, con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma, obtuviera el reconocimiento de una asignación de retiro.⁴

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

El Consejo de Estado, en sentencia del 30 de octubre de 2020⁵, abordó el estudio de las partidas computables para asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional frente a aquellas previstas para esos mismos frente al personal de oficiales y suboficiales de dicha institución, en aras de establecer si las diferencias existentes entre uno y otro, implican un desmejoramiento o regresión en los derechos laborales de aquellos.

Al respecto, la Alta Corporación consideró lo siguiente:

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

[...]

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

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

⁵ *Ibidem*.

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

[...]

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

Finalmente, esta Subsección no desconoce que esta Corporación en decisiones aisladas ha reconocido al personal ejecutivo homologado la aplicación del régimen de salarial y prestacional contenido en el Decreto 1212 de 1990, como en la sentencia del 17 de abril de 2013⁶. Al respecto, la Sala dirá que esta providencia tiene efectos inter partes, por lo que solo se tiene como un criterio orientador, pero no vinculante, al no poseer el carácter de sentencia de unificación, de tal suerte que no es susceptible de aplicarse al sub lite, máxime cuando con posterioridad y en forma mayoritaria se ha reiterado la tesis contraria, la cual se acoge para el presente caso⁷.

Además se ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2021⁸ precisó que:

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

...

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

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

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

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

2. Caso concreto

En el presente asunto, el señor José Ismael Murcia Acero, en su calidad de incorporado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, solicita la nulidad del Oficio N° E-00001-201821185-CASUR Id: 366564 del 11 de octubre de 2018, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la inclusión del subsidio familiar, con fundamento en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, que determina las partidas sobre las cuales se liquida la asignación mensual de retiro al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Lo anterior, en concordancia con el párrafo único del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.

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

Resulta igualmente pertinente iterar que, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conlleva la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del régimen salarial que se estableció para el personal del nivel ejecutivo. Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, ya que para la prosperidad de un juicio de tal naturaleza se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer qué es lo igual que merece un trato igual. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2021⁹ precisó que:

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

77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean

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

equiparables, a fin de establecer “qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado”.

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

El trato diferenciado entre los integrantes y sus familias del nivel ejecutivo por un lado, y los oficiales, suboficiales y agentes y sus familias de la Policía Nacional por el otro, está justificado en las funciones y responsabilidad que se asumen en el desarrollo de las actividades, sin que se evidencie la vulneración de las garantías superiores a la igualdad y la familia invocadas por el demandante. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de febrero de 2021¹⁰ precisó que:

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

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

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

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

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

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

A fin de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, en la parte resolutive del fallo, no se condenó en costas a la parte demandante, razón por la cual carece de razón la apelación

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

que sobre ese aspecto se hace en el escrito de alzada. Luego entonces, ninguna consideración se hará al respecto en esta instancia.

En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia.

2. Costas en segunda instancia.

No se condena en costas porque la demanda no se presentó con carencia manifiesta de fundamento legal según el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 18 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Ismael Murcia Acero contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

Segundo: Sin condena en costas.

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

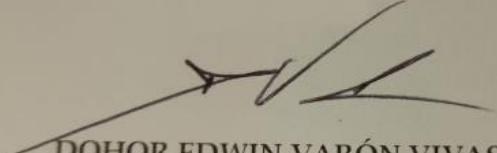
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

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

Notifíquese y cúmplase



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado.	17-001-33-33-004-2019-00545-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Amparo Acosta Rodríguez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 86

Asunto

Decide la Sala el **recurso de apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de marzo de 2021, mediante la cual se **negaron las pretensiones** de la demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9524-6 del 5 de diciembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 20 de noviembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

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

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

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

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación - FNPSM.

Aceptó los hechos de la demanda pero se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante con apoyo en la Ley 91 de 1989, en tanto establece que el FNPSM estará constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. Indica que posteriormente, con la Ley 812 de 2003, se dispuso que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al FNPSM corresponderá

a la suma de aportes que para la salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución para empleadores y trabajadores. Estima que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial será el establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, la cual estipula que en los descuentos deben estar incluidas las mesadas adicionales. Considera así mismo, que la Ley 812 únicamente modificó respecto del personal docente, lo concerniente al porcentaje destinado a los aportes de salud pero no modificó su régimen pensional. De igual forma pone de presente que la Ley 1250 de 2008 dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; precepto que estima igualmente a los pensionados por el FNPSM. Propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003 deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos. Que la parte demandante se vinculó con el Magisterio antes del 27 de junio de 2003 y por ello resultan procedentes los descuentos que se vienen realizando en las mesadas adicionales.

Respecto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que la norma aplicable es el artículo 14 de la ley 100 de 1993, por remisión expresa del artículo 279 ídem, sin que tenga cabida el principio de favorabilidad.

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, **la parte demandante apeló la sentencia** de primera instancia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener

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

Respecto de los aportes en salud consideró que, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. La parte demandante guardó silencio.

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

7.3 El Ministerio Público no intervino.

II. Consideraciones de la Sala

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

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

1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía:

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

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

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

“ARTICULO 1o. *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

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

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

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

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

“Artículo 14. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o*

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

sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación,

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«(...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

*(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, **de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior**, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)*

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

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

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

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que

⁵ *"(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)" /Subrayado de la Sala/.*

mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Amparo Acosta Rodríguez supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 43 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud.

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

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

"(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

"(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud."

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/".

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

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

ley se establece que esta cuenta se halla constituida, entre otros, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’.

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

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. *La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones”*
/Subraya el Tribunal/.

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

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la

*financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”
/Resalta la Sala/.*

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

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷ como pasa a verse a continuación:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

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

Ley 812 de 2003, 8, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.
---------------------------------	--

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)" /Subrayado del Tribunal/.

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

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos están previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

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

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

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

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por lo explicado, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas.

No hay condena en costas en esta instancia porque la demanda no careció de fundamento razonable en derecho.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de marzo de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Amparo Acosta Rodríguez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, a la abogada Esperanza Julieth Vargas García, portadora de la Tarjeta Profesional No. 267.625 del C. S. de la J. en virtud de la sustitución de poder a ella conferida.

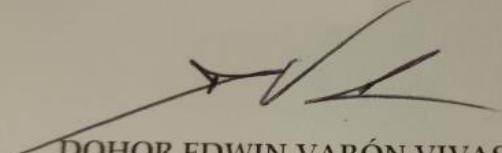
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

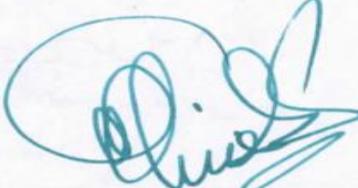
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 120

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-39-008-2020-00031-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: María Bernarda Betancourth
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 6902-6 del 29 de octubre de 2019 suscrita por el Secretario de Educación, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 03 de enero de 2016 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo

Se señala que la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 2691-6 del 06 de abril de 2016 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial municipal, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

Propuso las excepciones de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO*”: basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 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. De esta manera, se encuentra acreditado que el demandante causó su derecho pensional con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* **negó las pretensiones** de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la demandante le asistía el derecho a que se le reconozca y pague de la prima de mitad de año, creada por la ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2°, al haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980.

Tras hacer un recuento normativo sobre la prima de mitad de año o mesada 14 para docentes pensionados consagrada en la ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, para determinar la procedencia de la mesada adicional 14 de los docentes pensionados del FNPSM, se debe determinar la fecha de adquisición del status de pensionado de la demandante y si la prestación reconocida es inferior a tres salarios mínimos mensuales vigentes.

Concluyó que la actora no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, adquirió el estatus jurídico de pensionado el 03 de enero de 2016, esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005; además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de \$2.462.510, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del

mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

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.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su status pensional después de 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro

la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución 2691-6 del 6 de abril de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 04 de enero de 2016, por un valor mensual de \$2.462.510¹.
- Mediante Resolución 6902-6 del 29 de octubre de 2019 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se negó la solicitud de reconocimiento de la mesada pensional-prima mitad de año- a la señora María Bernarda Betancourth².

2.3. Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. *Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. *Pensiones:[...]*

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el

respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a

su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 2004, 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, aun cuando no se hubiese efectuado su

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 2005, las personas que adquirieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 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 párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

“1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?”

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de

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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada

la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformatorio de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformatorio de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal

de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 2691-6 del 6 de abril de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 04 de enero de 2016, por un valor mensual de \$2.462.510⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que ya que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de \$2.462.510, suma superior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2016.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, obra en el expediente poder otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a la abogada Ana María Manrique Palacios, togada que ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido, durante el trámite del presente proceso. La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$324.000 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”* están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están

⁵ C-539 del 2000. Decisión de la Corte Constitucional del 10 de mayo de 2000 (artículo 188 (inciso ii) del Decreto

conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

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

El artículo 188 del CPACA dispone:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

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

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

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

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

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

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *"en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

"[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe

evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

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

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

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

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

condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demanda actuó a través de apoderado judicial, presentando la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión; que además, la prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

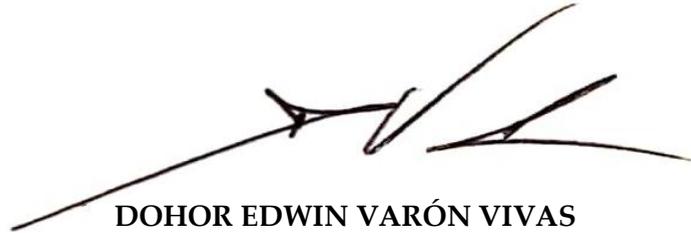
PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 18 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Bernarda Betancourth contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 121

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-39-008-2020-00044-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Mario Cesar Ladino Cruz
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo que negó las pretensiones

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 6706-6 del 17 de octubre de 2019, suscrita por el Secretario de Educación, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar al demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 25 de octubre de 2017 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Se señala que el accionante fue vinculado por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 1118-6 del 29 de enero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial municipal, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante.

Propuso las excepciones de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO*”: basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 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. De esta manera, se encuentra acreditado que el demandante causó su derecho pensional con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* **negó las pretensiones** de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si al demandante le asistía el derecho a que se le reconozca y pague de la prima de mitad de año, creada por la ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2°, al haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980.

Tras hacer un recuento normativo sobre la prima de mitad de año o mesada 14 para docentes pensionados consagrada en la ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, para determinar la procedencia de la mesada adicional 14 de los docentes pensionados del FNPSM, se debe determinar la fecha de adquisición del estatus de pensionado del demandante y si la prestación reconocida es inferior a tres salarios mínimos mensuales vigentes.

Concluyó que el actor no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, adquirió el estatus jurídico de pensionado el 25 de octubre de 2017, esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005; además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de \$2.664.459, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2017.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero

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.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

5. Pronunciamiento parte demandada frente al recurso de apelación.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM ratificó los argumentos expuestos en su contestación de la demanda y además, indicó que el beneficio de la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, el de la prima de medio año consagrado en el artículo 15 de la Ley 91, y el similar de la pensión de gracia, expresan formas específicas a través de las cuales se tiende a la protección especial que el trabajo y la seguridad social deben recibir del Estado, sumado a que la Corte Constitucional considera que los dos beneficios encuentran coincidencia en su finalidad y forma de pago, como quiera que ambas son canceladas en junio de cada año y su monto equivale a una mesada pensional de quien es acreedor de dichas prestaciones.

Señaló que, el Acto Legislativo 1 de 2005 consagró un régimen especial transitorio para los docentes vinculados al servicio público educativo, de lo que se desprende que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la Ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la Ley 100 de 1993 y quienes se vincularon antes, se rigen por la Ley 91 de 1989, en materia pensional, aduciendo que estos dos regímenes se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo 01 del 2005.

De lo anterior concluyo que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha de entrada en

pensión recibirán un máximo de 13 mesadas al año y 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 vigente de acuerdo al párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su status pensional después de 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución 1118-6 del 29 de enero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del accionante, efectiva a partir del 26 de octubre de 2017, por un valor mensual de \$2.664.459¹.

- Mediante Resolución 6706-6 del 17 de octubre de 2019 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se negó la solicitud de reconocimiento de la mesada pensional-prima mitad de año- al señor Mario Cesar Ladino Cruz².

2.3. Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio,

relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 199320, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes

excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 2004, 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, aun 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 2005, 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

creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negritas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformatorio de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformatorio de la constitución, especialmente, lo fiado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas

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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante resolución 1118-6 del 29 de enero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del accionante, efectiva a partir del 26 de octubre de 2017, por un valor mensual de \$2.664.459⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, el actor adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que su mesada pensional fue reconocida

en una cuantía de \$2.664.459, suma superior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2017.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, obra en el expediente, poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a los abogados Alejandro Álvarez Berrio y Javier Ramiro Castellanos, togados que ejercieron la representación judicial según el mandato a ellos conferido, durante el trámite del presente proceso. La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$225.000 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5º establece la

las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"* están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

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

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

El artículo 188 del CPACA dispone:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CCP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984

en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

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

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

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

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

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

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demanda actuó a través de apoderado judicial, presentando la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión; que además, la prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 19 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Mario Cesar Ladino Cruz contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control:	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
Radicado:	17-001-23-33-000-2020-00070-00
Demandante:	CÉSAR NICOLÁS HERNÁNDEZ ARENAS
Demandados:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - UNIVERSIDAD LIBRE
Sentencia:	No. 88

Se dispone la Sala a dictar la **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia.

PRETENSIONES

“PRIMERA: Que se DECLARE que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y su contratista la UNIVERSIDAD LIBRE, han incurrido en omisión que amenaza, vulnera y pone en alto riesgo, los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, por no haber cumplido a cabalidad con lo pactado en el contrato No. 575 del 12 de diciembre de 2018.

SEGUNDA: Que, de acuerdo con la pretensión anterior, se ORDENE a las entidades demandadas, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y su contratista la UNIVERSIDAD LIBRE, hacer cesar de manera inmediata la vulneración de los derechos e intereses colectivos causados a la comunidad.

TERCERA: Que se ORDENE a las entidades accionadas, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y su contratista la UNIVERSIDAD LIBRE, adoptar las medidas administrativas, jurídicas, técnicas, financieras y presupuestales necesarias, a fin de subsanar las omisiones en que han incurrido.

CUARTA: Que se conmine a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, para que en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ejerzan interventoría y vigilancia a la ejecución y efectiva terminación del contrato.

(...)”.

En los hechos de la demanda se dice que la Comisión Nacional del Servicio Civil - en adelante CNSC- celebró el contrato No. 575 del 12 de diciembre de 2018 con la Universidad Libre para llevar a cabo el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa, entre otros, en la Gobernación de Caldas, según proceso de selección No. 694 de 2018, por valor de \$4.342'959.951 y con un plazo de ejecución de 12 meses hasta el 19 de diciembre de 2019, prorrogado hasta el 31 de enero de 2020.

En el desarrollo del proceso, al actor popular, sr César Nicolás Hernández la entidad le negó la posibilidad de concursar y se sostuvo en la decisión errónea de excluirlo por una interpretación caprichosa de la CNSC sobre el requisito de “Título profesional en una de las disciplinas básicas del deporte, educación física y recreación”, además de ser discriminatoria con todos los licenciados en educación física y recreación que participaron en ese proceso de selección. Adicionalmente se ofertaron todas las plazas laborales, irrespetando las de los pre-pensionados nombrados en provisionalidad.

Tampoco se anunció de manera previa a la aplicación de las pruebas la fórmula para la calificación de los aspirantes como lo señaló el artículo 28 del Acuerdo No. 20181000004646 que fijó las reglas del concurso, afectando el debido proceso, la confianza legítima y la transparencia del concurso, lo cual se evidenció en fallos de tutela que promovieron algunos concursantes.

Añade que el contrato entre la CNSC y la Universidad Libre fue incumplido porque para la validación de ejes temáticos no se realizó el trabajo de campo, ni las reuniones virtuales, lo cual se suplió con una encuesta virtual y por ende no se validaron los ejes temáticos.

Alude a diversos fallos de tutela proferidos en el trámite del concurso de méritos.

Se invoca la protección a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL: Se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos únicamente los hechos 1 al 7, y 23, precisando frente a los demás que la acción popular no tiene por objeto restablecer los derechos subjetivos del accionante, lo cual procede a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; además, los efectos de los fallos de tutela que menciona no pueden ser extendidos a este proceso y el proceso de concurso ya finalizó con la respectiva lista de elegibles.

Formuló las siguientes excepciones:

Inexistencia de las violaciones y/o amenazas respecto de los derechos colectivos cuya protección solicita el actor popular por cuanto la actividad administrativa que desplegó la administración accionada, goza de presunción de acierto y legalidad que no se logra

En la Guía de Orientación al Aspirante se informó la metodología de calificación de las pruebas escritas, más no la fórmula de calificación como lo interpreta el accionante, pues así no lo ordenó el Acuerdo de convocatoria, que se itera, refirió a la metodología. En cuanto a las pruebas, se aplicaron con un parámetro uniforme luego del análisis psicométrico y en varios escenarios de calificación debido a las diferencias de los empleos ofertados (grupos de referencia).

Improcedencia de la acción popular con respecto de las presuntas violaciones que en lo personal alega el actor popular como vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público: el objeto de la acción popular es la protección de derechos colectivos y no resolver controversias individuales como la del accionante, quien se inscribió como aspirante al empleo OPEC 71194 de Profesional Universitario, código 219, grado 03, pero no cumplió con el requisito de estudio y por ende no fue admitido en el concurso de méritos. (doc.10)

LA UNIVERSIDAD LIBRE: Aceptó como ciertos los hechos 1 al 7, 10, 11, 18. En las razones de la defensa expuso que la convocatoria es la regla para el desarrollo de los concursos de mérito que se rige por los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección, imparcialidad, confiabilidad y validez de los instrumentos, eficacia y eficiencia, a partir de los cuales se expidieron los Acuerdos que rigen las convocatorias Territorial Centro Oriente, a la cual se presentó el actor popular.

La actuación se desarrolló aplicando la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios y la ley 1033 de 2006, siendo una de las fases, la verificación de los requisitos mínimos acordados con el empleo que escoja el aspirante, señalados en la OPEC correspondiente, entre otros, y cuyo incumplimiento fue previsto como causal de exclusión.

Explica que el actor popular se inscribió como aspirante al empleo OPEC 71194 de Profesional Universitario, código 219, grado 03, quien para acreditar el requisito de estudio acreditó un título de licenciatura en Educación Física y Recreación, que se encuentra dentro del núcleo básico de conocimiento de educación, y no dentro del que se requería, esto es, dentro del núcleo básico del conocimiento de Deportes, Educación Física y Recreación. Excepciones:

Inexistencia de vulneración a la moralidad administrativa: No se aportó prueba que demuestre que la actuación estatal en este caso, no estuvo encaminada al recto cumplimiento de los principios, reglas y valores establecidos en la Constitución y en las leyes.

Inexistencia de vulneración al patrimonio público: Las decisiones técnicas frente al diseño y construcción de las pruebas, y la no admisión del aspirante, se fundamenta de manera irrestricta en el mérito y en la aplicación de las disposiciones que desarrollan dichos derechos constitucionales en los Acuerdos de convocatoria, que aceptó el aspirante al momento de su inscripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

ACCIONANTE: La Universidad Libre puso en duda la probidad y el manejo de las pruebas de conocimiento al no cumplir con el Acuerdo de convocatoria porque no informó antes de la realización del examen, cuál era la fórmula estandarizada que iba a utilizar, es decir, los parámetros previamente establecidos que ordenó el artículo 28 de la convocatoria. Reitera los argumentos por lo que considera incumplido el contrato No. 575 de 2018 en lo que corresponde a la validación de los ejes temáticos, pues no se realizó ningún trabajo de campo por las accionadas, y cuestiona nuevamente la calificación diferenciada que se aplicó, y el rechazo del actor popular en el proceso de concurso.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL: Se ratificó expresamente en los argumentos de defensa al contestar la demanda añadiendo que el contrato No. 575 de 2018 se cumplió satisfactoriamente por ambas partes. Relató nuevamente lo relacionado con la participación del actor popular en el concurso de méritos y los pormenores del diseño y la calificación de las pruebas, concluyendo que no se probó la violación a los derechos colectivos a la par que se vislumbra el inconformismo del accionante al no haber sido admitido en el proceso de selección.

-La Universidad Libre no intervino, según constancia secretarial (doc.45)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 28 Judicial II solicitó a Tribunal negar las pretensiones del actor popular. Como sustento de su concepto refirió al alcance de la naturaleza, procedencia y finalidad de la acción popular, para seguidamente analizar las pruebas.

Sobre el punto mencionó que para la prosperidad de la acción popular se requiere de los siguientes presupuestos: (i) que de los hechos de la demanda se pueda al menos deducir una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, con la obligación de que la acción se dirija contra la persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o vulnera el interés colectivo; (ii) que la actuación (acción u omisión) sea probada por el actor o que del expediente el Juez la pueda deducir, de lo contrario, el Juzgador no podrá ordenar protección alguna en la sentencia; (iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión y el menoscabo a los derechos colectivos.

Seguidamente realiza el estudio de los documentos aportados como pruebas, a partir de lo cual afirma que el Acuerdo que reglamentó la convocatoria no contiene una regla según la cual la CNSC se obligaba a informar “la fórmula de calificación”, pues lo que se debía informar según el artículo 28 del mismo, era el sistema de calificación a aplicarse a cada empleo, y así, ser conocida por los aspirantes.

Afirma que las pruebas se aplicaron bajo un parámetro uniforme, en una escala de

Aspirante y los Acuerdos de convocatoria del concurso, que es la que orienta el proceso de selección y es de obligatorio cumplimiento.

Concluyó que la CNSC actuó en el marco de sus competencias y acatando las normas aplicables al concurso abierto sujeto a los principios del mérito e igualdad entre los aspirantes, y que no se evidenció por parte de las accionadas la violación a los derechos colectivos invocados además que este medio de control resulta improcedente para definir derechos subjetivos o particulares.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico: *¿La ejecución del contrato No. 575 del 12 de diciembre de 2018 celebrado entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre, generó amenaza o violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público?*

Para resolver lo anterior, la Sala analizará: i) la procedencia de la acción popular cuando la presunta vulneración a los derechos colectivos, surge de la celebración y ejecución de contratos estatales; ii) el contenido de los derechos colectivos de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público; y iii) la solución al caso concreto.

Desarrollo:

- i) La procedencia de la acción popular cuando la presunta vulneración a los derechos colectivos, surge de la celebración y ejecución de contratos estatales:**

Para determinar esta cuestión, es preciso citar el contenido del artículo 144 de la ley 1437 de 2011:

“ PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá

De acuerdo con el acápite que se resalta de la norma, la acción popular procede frente a toda actividad de las entidades públicas, al margen del origen de tal actividad, pues lo que importa es determinar si en la acción desplegada o en la omisión incurrida se configura o no amenaza o violación de derechos colectivos, que constituyen la razón de ser del presente medio de control; sólo que, cuando ello surge en virtud de un acto administrativo o de la actividad contractual, las facultades del juez de la acción popular para restablecer el derecho colectivo conculcado, deben limitarse a la protección de éste sin entrar en los terrenos de la legalidad de tales actuaciones.

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011 al estudiar la exequibilidad del artículo 144 transcrito, afirmó:

“(...) En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados”. (Subraya la Sala).

Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad [62] y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias[63] pertinentes para la protección de derechos subjetivos. Planteamiento distinto perdería de vista la esencia de las acciones populares como medio de defensa de los derechos colectivos antes que instrumento para definir controversias particulares.

Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativa) en modo alguno tornan improcedente su interposición. Ciertamente, en los antecedentes históricos del artículo 88 superior se puso de relieve que:

‘Con la instauración a nivel constitucional de las acciones populares se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad, como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas leales y justas.

*El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, **a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso a acciones individuales de stirpe tradicional**. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de ‘difusos’ como también los propios del actor” [65] (Subraya y negrea la Sala).*

En efecto, el trámite de la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, pueden tener un

del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados, como se ha venido señalando”.

Entonces, el hecho que el legislador haya establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 que el juez de la acción popular no puede decidir sobre la anulación de los actos administrativos y contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135.

(...)

Estas razones soportan ampliamente la limitación expresa de las facultades del juez en las acciones populares introducida por la ley 1437 de 2011, de manera que sin privar a los ciudadanos de este importante instrumento, se evite el desconocimiento del derecho al debido proceso (C. Po. art. 29), el cual está protegido con la expresión demandada, segmento que si bien prohíbe la anulación del acto o contrato de la administración, da al juez popular la facultad de adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos [68].

De otra parte, advierte la Corte que de la lectura del artículo 14 de la ley 472 de 1998, la acción popular procede contra la autoridad pública “cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el interés colectivo”.

De las normas anteriores se infiere que la acción popular no fue diseñada por el legislador como mecanismo a través del cual el juez competente pueda decretar la anulación de un acto administrativo o un contrato, por esta razón, la limitación expresa de adoptar estas decisiones, no contraviene el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.).

(...)

El juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo. Del mismo modo, el juez de la acción popular, antes que dedicarse a determinar quien debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales [69] que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación. (...).”

De acuerdo con el anterior marco normativo y jurisprudencial, y de cara a las pretensiones del actor popular, habrá de revisarse las pruebas obrantes en este proceso para determinar su prosperidad o no.

ii) El alcance de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público:

En este acápite se hará referencia a las sentencias de unificación del Consejo de Estado que han definido estos conceptos.

En sentencia del 1° de febrero de 2022, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sala Décima Especial De Decisión, Radicación 73001-33-31-006-2008-00027-01, dispuso dictar criterios de unificación respecto del contenido del derecho colectivo al patrimonio público, así:

“Se unifica la jurisprudencia respecto al concepto de patrimonio público y se reitera el alcance del derecho colectivo a su defensa, en los siguientes términos:

El patrimonio público es el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables, tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente.

La garantía colectiva a la defensa del patrimonio público propugna por la protección del patrimonio estatal, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento”.

Como sustento de la decisión, explicó el Alto Tribunal, entre otras consideraciones, que *“La defensa del patrimonio público, conforme lo ha determinado el Consejo de Estado, tiene una doble naturaleza. La primera es la dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho, y la segunda, una objetiva o de principio, que se convierte en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, de forma eficiente y transparente y observando la legalidad presupuestal vigente. En consecuencia, para que se configure la vulneración a la garantía colectiva a la defensa del patrimonio público se requiere de la confluencia de los elementos: i) subjetivo, referido al análisis de la gestión de ese patrimonio a cargo del funcionario, de modo que si ésta se hace de forma irresponsable, deshonesto o negligente, se transgrede el interés colectivo protegido y, ii) objetivo, que se relaciona con el deber de las entidades estatales de gestionar el patrimonio público, de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política”. -rft.*

De otro lado, sobre el contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades habiendo precisado en sentencia de unificación de la Sala Plena¹ lo que a continuación se destaca:

“En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, es importante que la determinación de su vulneración, o no, no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del

legal; la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función. Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado.

Tales temas son:

2.1. *La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones.*

2.2. *Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:*

2.2.1. *Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.*

(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.

Esta conexión "moralidad - legalidad" no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación "no se puede colectivizar toda transgresión a la ley". Esto quiere decir, que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión

pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

(...)

2.2.2. Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

2.2.3. Imputación y carga probatoria

Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa.

La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer

deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente.

Por ello, la concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre los cuales calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes.

Lo anterior significa la concreción de la institución jurídica del debido proceso. De no ser así se estaría juzgando a la administración por violación a la moralidad administrativa sin las formas propias del juicio de acción popular, en el que para su prosperidad se requiere la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo y el tercer presupuesto, no menos importante, consistente en la acusación y prueba tanto del primero como del segundo”.

Se desprende de lo anterior que no hay duda que la actuación administrativa debe estar al servicio del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, evitando (i) el favorecimiento de intereses particulares, (ii) la desviación de poder y (iii) la inobservancia de la ley.

Empero, ello exige un análisis en cada caso particular, para establecer si se configura: i) el elemento objetivo, que se verifica teniendo en cuenta si, con la actuación cuestionada, la autoridad administrativa incurrió en la inobservancia o transgresión de la ley y, ii) el elemento subjetivo, consistente en la materialización de conductas amañadas, corruptas y alejadas de la correcta función pública.

iii) Solución al caso concreto:

Tal como se anunció, se procederá a analizar los hechos relevantes probados en este proceso a efectos de determinar si de ellos emergen con plena certeza los elementos determinados en la jurisprudencia que configuran transgresión a los derechos cuya protección se busca:

-Las reglas para el adelantamiento de un concurso público de méritos para proveer los cargos vacantes del sistema de carrera administrativa en la Gobernación de Caldas, fijadas a través del Acuerdo No. CNSC 20181000004646 del 14 de septiembre de 2018, en cuyo encabezado se indica que se expide conforme a las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil otorgadas en los artículos 130 de la Constitución, 11 y 30 de la ley 909 de 2004 y 2.2.6.1 y 2.2.6.2 del decreto 1083 de 2015 (fls.21-48 C.1; fls.14-40 doc.10)

-La solicitud efectuada el día 8 de octubre de 2018 por el presidente de la CNSC al Gobernador de Caldas para la construcción de ejes temáticos y matiz de pruebas de la convocatoria territorial 2018 (fls.189-190 C.1; fls.122-123 doc.10), del cual surgió el informe de validación empírica de ejes temáticos (fls.195-200). También se allegó el instructivo para la validación de ejes temáticos para la convocatoria territorial centro occidente expedido por la Universidad Libre y la CNSC (fls.235-239 C.1; fls.65-69 doc.13) y la propuesta de ejes temáticos según el empleo (fls.32-65 doc.13)

-La celebración del contrato de prestación de servicios No. 575 suscrito el 12 de diciembre de 2018 entre la CNSC y la Universidad Libre con el objeto de “desarrollar

Caldas, Meta, Huila y Vichada, desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para la conformación de listas de elegibles” para ser ejecutado en un plazo de 12 meses y por un valor de \$4.342’959.951 (fls.49-57 C.1; 42-50 doc.10)

Éste fue objeto de modificación, adición y prórroga según otrosí del 18 de diciembre de 2019 y del 31 de enero de 2020 (fls.51-57 doc.10)

-La información de los empleos convocados vacantes en la Gobernación de Caldas, con indicación de la denominación, nivel jerárquico, código, grado, asignación salarial y propósito general (fls.58-75 doc.10)

-Respecto a las pruebas relacionadas con las reclamaciones de aspirantes en el concurso, las respuestas y los documentos particulares a algunos de ellos, no se hará mención pues no se trata este medio de control de decidir derechos subjetivos, tal como lo afirmó el Ministerio Público.

Así pues, los hechos probados dan cuenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de Acuerdo expidió las reglas de la convocatoria para proveer empleos vacantes del sistema de carrera administrativa de la Gobernación de Caldas, y para llevar a cabo el proceso contrató a la Universidad Libre, entidad que se encargaría del mismo desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta el suministro de la información para conformar la lista de elegibles. En el marco de los compromisos de la Universidad, ésta coordinó la construcción de los ejes temáticos, esto es, la definición de los temas que debían ser objeto de preguntas en la prueba de conocimiento, en atención a las funciones de cada empleo convocado.

Así pues, los hechos probados en manera alguna configuran los elementos determinantes de la amenaza o violación de los derechos a la moralidad administrativa ni al patrimonio público, pues no hay prueba de conductas de los agentes de las accionadas mediante las cuales hayan incurrido en la violación del contenido de una norma jurídica, sumada a conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Lo probado es que la Comisión Nacional del Servicio Civil, ente estatal designado por la Constitución como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial (art.130) convocó a los interesados en ingresar a los cargos vacantes de la Gobernación de Caldas en cumplimiento de las funciones que le asigna el artículo 11 de la ley 909 de 2004:

“(...) a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;

(...)

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;

(...)

Hasta acá, entonces, la CNSC actuó dentro de sus competencias constitucionales y legales, lo que de contera desecha una actuación corrupta o arbitraria.

Y en lo que respecta al patrimonio público no se aportó elemento probatorio alguno sobre una gestión irresponsable, deshonesto o negligente, de los recursos del contrato, todo lo cual fuerza a negar las pretensiones del actor popular, tal como lo solicitó el Ministerio Público.

COSTAS:

No habrá lugar a condenar en costas al accionante pues no se acreditó que haya actuado de mala fe o temerariamente, según lo establecido en la sentencia de unificación dentro del proceso radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de *Inexistencia de las violaciones y/o amenazas respecto de los derechos colectivos cuya protección solicita el actor popular por cuanto la actividad administrativa que desplegó la administración accionada, goza de presunción de acierto y legalidad que no se logra desvirtuar con este trámite constitucional* propuesta por LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y de *Inexistencia de vulneración a la moralidad administrativa y al patrimonio público*, presentadas por la UNIVERSIDAD LIBRE.

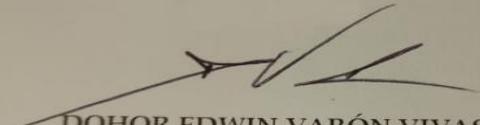
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones del actor popular dentro del presente medio de control de protección de intereses y derechos colectivos.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones respectivas en el sistema JUSTICIA SIGLO XXI.

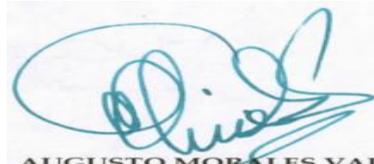
NOTIFÍQUESE



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 122

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-39-008-2020-00257-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Edilma Triana Palomo
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 3 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 03 de noviembre de 2017 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Se señala que la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 3223-6 del 02 de mayo de 2017 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial municipal, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante.

Propuso las excepciones de *“LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”*, expresando que, los actos administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho y que el mismo se profirió en estricto seguimiento de las normas legales; *“CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES”*, indicando que, las pretensiones de la demandante no

409-94, que fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993; "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO*": basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 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. De esta manera, se encuentra acreditado que el demandante causó su derecho pensional con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* **negó las pretensiones** de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la demandante le asistía el derecho a que se le reconozca y pague de la prima de mitad de año, creada por la ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2°, al haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980.

Tras hacer un recuento normativo sobre la prima de mitad de año o mesada 14 para docentes pensionados consagrada en la ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, para determinar la procedencia de la mesada adicional 14 de los docentes pensionados del FNPSM, se debe tener en cuenta la fecha de adquisición del status de pensionado y si la prestación reconocida es inferior a tres salarios mínimos mensuales vigentes.

Concluyó que la actora no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, adquirió el estatus jurídico de pensionado el 11 de marzo de 2017, esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005; además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de \$2.481.437, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016.

4. Recurso de apelación

La **parte accionante** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellas docentes que se vincularon al magisterio antes del 01 de enero de 1981.

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.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

5. Pronunciamiento parte demandada frente al recurso de apelación.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM ratificó los argumentos expuestos en su contestación de la demanda y además, indicó que el beneficio de la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, el de la prima de medio año consagrado en el artículo 15 de la Ley 91, y el similar de la pensión de gracia, expresan formas específicas a través de las cuales se tiende a la protección especial que el trabajo y la seguridad social deben recibir del Estado, sumado a que la Corte Constitucional considera que los dos beneficios encuentran coincidencia en su finalidad y forma de pago, como quiera que ambas son canceladas en junio de cada año y su monto equivale a una mesada pensional de quien es acreedor de dichas prestaciones.

Señaló que, el Acto Legislativo 1 de 2005 consagró un régimen especial transitorio para los docentes vinculados al servicio público educativo, de lo que se desprende que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la Ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la Ley 100 de 1993 y quienes se vincularon antes, se rigen por la Ley 91 de 1989, en materia pensional, aduciendo que estos dos regímenes se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo 01 del 2005.

De lo anterior concluyo que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo, las personas que adquirieron el derecho a la

pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigente de acuerdo al párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su status pensional después de 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución 3223-6 del 2 de mayo de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 12 de marzo de 2017, por un valor mensual de \$2.481.437¹.
- A través de petición radicada el 20 de junio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985².

2.3. Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes

1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108

de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de compensación entre el régimen general y los regímenes

especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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

sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 2004, 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, aun 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 paso de introducir una excepción para los

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 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 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 párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, la pensión de vejez de los docentes afiliados al fondo de

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (artículo de la Ley 228

para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 3223-6 del 2 de mayo de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó

el pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 12 de marzo de 2017, por un valor mensual de \$2.481.437⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que ya que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de \$2.481.437, suma superior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2017.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, obra en el expediente poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a los abogados Alejandro Álvarez Berrio y Javier Ramiro Castellanos Sanabria, togados que ejercieron la representación judicial según el mandato a ellos conferido, durante el trámite del presente proceso. La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en

el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$154.000 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

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

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

El artículo 188 del CPACA dispone:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP respecto a la normatividad anterior. Decreto 01 de 1984, concebido originalmente

exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

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

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

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

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

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

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demanda actuó a través de apoderado judicial, presentando la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión; que además, la prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

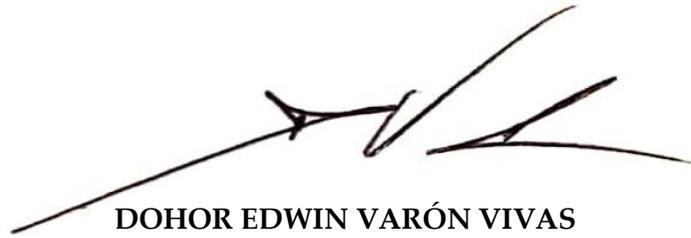
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 03 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Edilma Triana Palomo contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 125

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-33-004-2020-00277-02

Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

Accionante: Filiberto Guerrero Mendieta

Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones.

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 30 de junio de 2020, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer, y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, a partir del 03 de octubre de 2014 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo.

por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 442 del 13 de mayo de 2014 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante toda vez que, carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen, en cuanto a los dos primeros hechos los aceptó como ciertos de conformidad con las pruebas aportadas dentro del proceso.

Propuso las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO"*: basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 2 SMLMV, que lo mismo se hubieron acordado antes del 31 de julio de 2011. De este

posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14.

3. Fallo de primera instancia.

El *a quo* declaró probada la excepción denominada “*Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*”, **negó las pretensiones** de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si el demandante le asistía el derecho a que se le 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.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, es del caso determinar si la mesada adicional contemplada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 desapareció con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 para los docentes que adquirieron su derecho pensional después del 25 de julio de 2005.

Concluyó que el actor adquirió su estatus con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y con posterioridad al 31 de julio de 2011, lo que determina que no le asiste derecho a la mesada 14.

4. Recurso de apelación.

La parte accionante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

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.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a

su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

5. Pronunciamiento parte demandada frente al recurso de apelación.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM ratificó los argumentos expuestos en su contestación de la demanda y además indicó que, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.”

Concluyendo que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo, las personas que adquirieron el derecho a la pensión recibirán un máximo de 13 mesadas al año y 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 vigente de acuerdo al párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico.

2.1. Tesis del tribunal.

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, con posterioridad del 31 de julio de 2011,

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados.

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución 442 del 13 de mayo de 2014 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de la accionante, efectiva a partir del 10 de marzo de 2014, por un valor mensual de \$2.678.378¹.
- El demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985².

2.3. Régimen legal aplicable.

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de

seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 199320, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dada su pertenencia al componente del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 2004, 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, aun 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 2005, las personas que adquirieran 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.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la respectiva instancia judicial, con base en los debates de un máximo"

Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesto en el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable.

De acuerdo a lo probado en el expediente, Mediante Resolución 442 del 13 de mayo de 2014 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de la accionante, efectiva a partir del 10 de marzo de 2014, por un valor mensual de \$2.678.378⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, el actor adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que

existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

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

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

El artículo 188 del CPACA dispone:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio restrictivo de condena en costas, en el que se tenía

costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

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

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

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

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

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

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demandada desplegó actuación por intermedio de apoderado judicial.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia.

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 07 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Filiberto Guerrero Mendieta contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 118

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-33-004-2020-00282-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Cecilia Inés Marín Marín
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones.

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 6689-6 del 17 de octubre de 2019, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer, y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, a partir del 15 de abril de 2018 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo.

Se señala que la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionado

pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 8724-6 del 22 de octubre de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante toda vez que, carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen, en cuanto a los hechos aceptó como cierto el referente al reconocimiento de la pensión.

Propuso las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO"*: basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del 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. De esta manera, se encuentra acreditado que el demandante causó su derecho pensional con

3. Fallo de primera instancia.

El *a quo* **negó las pretensiones** de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la demandante le asistía el derecho a que se le 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.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, es del caso determinar si la mesada adicional contemplada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 desapareció con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 para los docentes que adquirieron su derecho pensional después del 25 de julio de 2005.

Concluyó que la actora adquirió su estatus con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y con posterioridad al 31 de julio de 2011, lo que determina que no le asiste derecho a la mesada 14.

4. Recurso de apelación.

La **parte accionante** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, esto es el 11 de abril de 1991, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

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.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas*

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico.

2.1. Tesis del tribunal.

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados.

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 8724-6 del 22 de octubre de 2018 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 16 de abril de 2018, por un valor mensual de \$2.774.446¹.

➤ Mediante Resolución 6689-6 del 17 de octubre de 2019 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se negó la solicitud de reconocimiento de la mesada pensional-prima mitad de año⁻².

2.3. Régimen legal aplicable.

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de

en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 2004, 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, aun 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

(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 2005, 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.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

“1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?”

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

“2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?”

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable.

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 8724-6 del 22 de octubre de 2018 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 16 de abril de 2018, por un valor mensual de \$2.774.446⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están

conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

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

El artículo 188 del CPACA dispone:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

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

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

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

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

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

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en

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

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

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

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

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

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

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

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

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

efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

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

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demandada actuó a través de apoderado judicial.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 07 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Cecilia Inés Marín Marín contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 119

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-39-006-2020-00304-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Amparo Adíela Arango Hernández
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones.

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 17 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 08 de julio de 2016 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Se señala que, la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 6884-6 del 02 de septiembre de 2016 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial municipal, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante, en cuanto a los hechos aceptó como cierto el referente al reconocimiento de la pensión

Propuso las excepciones de “*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD*”, expresando que, los actos administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho y que el mismo se profirió en estricto seguimiento de las normas legales; “*CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES*” indicando que, las pretensiones de la demanda es improcedente jurídicamente, atendiendo las razones expuestas en la sentencia C-409-94, que fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993; “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO*”: basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 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. De esta manera, se encuentra acreditado que el demandante causó su derecho pensional con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14.

3. Fallo de primera instancia.

El *a quo* **negó las pretensiones** de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, debe verificarse si la parte demandante causó su pensión antes del 31 de julio 2011 y de ser así, determinarse si la prestación es igual o inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Concluyó que la actora no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, adquirió el estatus jurídico de pensionado el 09 de Julio de 2016, esto es, con posterioridad al 31 de Julio de 2011, y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el párrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

4. Recurso de apelación.

La parte accionante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de

artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

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.

5. Pronunciamiento parte demandada frente al recurso de apelación.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM ratificó los argumentos expuestos en su contestación de la demanda y además, indicó que el beneficio de la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, el de la prima de medio año consagrado en el artículo 15 de la Ley 91, y el similar de la pensión de gracia, expresan formas específicas a través de las cuales se tiende a la protección especial que el trabajo y la seguridad social deben recibir del Estado, sumado a que la Corte Constitucional considera que los dos beneficios encuentran coincidencia en su finalidad y forma de pago, como quiera que ambas son canceladas en junio de cada año y su monto equivale a una mesada pensional de quien es acreedor de dichas prestaciones.

Señaló que, el Acto Legislativo 1 de 2005 consagró un régimen especial transitorio para los docentes vinculados al servicio público educativo, de lo que se desprende que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la Ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la Ley 100 de 1993 y quienes se vincularon antes, se rigen por la Ley 91 de 1989, en materia pensional, aduciendo que estos dos regímenes se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo 01 del 2005.

De lo anterior concluyo que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo, las personas que adquirieron el derecho a la pensión recibirán un máximo de 13 mesadas al año y 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 vigente de acuerdo al párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo.

1. Problema jurídico.

De acuerdo a los argumentos del recurso de apelación, se centra en establecer: *¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?*

2. Primer problema jurídico.

2.1. Tesis del tribunal.

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su status pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados.

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución 6884-6 del 2 de septiembre de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vitalicia de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 09 de julio de 2016, por un valor mensual de \$2.549.956¹.
- A través de petición radicada el 17 de julio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985².

2.3. Régimen legal aplicable.

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en**

vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

- 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de

los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones

configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 2004, 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, aun 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 2005, las personas que adquirieran 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.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de

del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformatorio de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformatorio de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del

Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable.

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 6884-6 del 2 de septiembre de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 9 de julio de 2019, por un valor mensual de \$2.549.956. Fls. 23-24 exp. digital, archivo “002DEMANDA”

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Costas en esta instancia.

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia

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

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 14 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Amparo Adíela Arango Hernández contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 030 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Auto Interlocutorio. 102

Medio de control : Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)
Radicado : 17001233300020220009500
Demandante : Condominio Altos del Campestre - Propiedad Horizontal
Demandados : Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas, Instituto Colombiano Agropecuario -Ica, Granja Avícola Santa Lucia.

Asunto

Por reunir los requisitos señalados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y por haber agotado el trámite descrito en el artículo 144 del CPACA, **admítase la Acción Popular** instaurada por **Condominio Altos del Campestre P.H**, en contra de Corporación Autónoma de Caldas **Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas, Instituto Colombiano Agropecuario –Ica y Granja Avícola Santa Lucia**, por la presunta vulneración de los derechos colectivos consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 con ocasión a las actividades agropecuarias y los fuertes olores que se desplazan hasta el Condominio Altos del Campestre.

Por lo brevemente expuesto se,

Resuelve

PRIMERO: ADMÍTASE LA ACCIÓN POPULAR instaurada por **Condominio Altos del Campestre P.H**, en contra de **Corporación Autónoma Regional de Caldas -Corpocaldas, Instituto Colombiano Agropecuario –Ica y Granja Avícola Santa Lucia**.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE personalmente mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales en la forma y términos indicados en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del CGP, y el Decreto 806 de 2020, mensaje que contendrá copia de esta providencia y de la demanda:

- Al Representante Legal de la empresa GRANJA AVÍCOLA SANTA LUCIA (Art. 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021), o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones judiciales, en la dirección electrónica destinada para notificaciones judiciales.

- Al Gerente General del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO –ICA (Arts. 159 y198 CPACA), o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones judiciales, en la dirección electrónica destinada para notificaciones judiciales.
- Al Director de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS –CORPOCALDAS (Arts. 159 y198 CPACA), o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones judiciales, en la dirección electrónica destinada para notificaciones judiciales.
- Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.

TERCERO: En los términos del inciso segundo del artículo 13 de la Ley 472 de 1998 y el Decreto 806 de 2020, **NOTIFICAR PERSONALMENTE** este auto al señor DEFENSOR DEL PUEBLO, haciéndole entrega de copia de la demanda y esta providencia.

CUARTO: Una vez notificado, conforme lo dispuesto en los artículos 198 y 199 del CPACA, este último modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, concordante con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, que otorga el término de diez (10) días que se contarán a partir de los dos (2) días hábiles siguientes al envío de la notificación a través del buzón electrónico, término dentro del cual podrán contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Ley 472 de 1998.

QUINTO: Para los fines de los artículos 21 y 24 de la Ley 472 de 1998, la(s) parte(s) accionada(s) deberán **INFORMAR** sobre la existencia del presente proceso a los miembros de la comunidad reconocida como afectada, a través de la publicación del aviso adjunto o de los principales datos del mismo, en la página web de la Rama Judicial, en la página web de la(s) entidad(es) demandada(s) u otros medios de comunicación electrónica como en las páginas webs. Ante la imposibilidad de lo anterior, se podrá recurrir a otros medios eficaces, tales como avisos a la comunidad, que se colocarán en el sector implicado. La parte demandante y las demandas deberán allegar la constancia respectiva, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente decisión.

SEXTO: ADVERTIR a las partes, al señor Defensor del Pueblo, y a los demás intervinientes, que dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término del traslado de la demanda, se citará a audiencia de pacto de cumplimiento y que la decisión se tomará dentro de los TREINTA (30) días siguientes al vencimiento del término de traslado (artículos 22 y 27 de la Ley 472 de 1998).

Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría y a costa de la parte actora, en la oportunidad procesal correspondiente, se remitirá copia de la(s) sentencia(s) definitiva(s).

Notifíquese y Cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 084

FECHA: 16/05/2022

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001 33 33 001-2020-00273-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	RODRIGO VALENCIA CARDONA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales en fecha 27 de septiembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora, que se declare la nulidad del acto ficto negativo del reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, del cual afirma, tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no son beneficiarios de la pensión gracia, por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o tener vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Que se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena y el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

Mediante Resolución nro. 628 del 08 de octubre de 2015 le fue reconocida al señor Valencia Cardona una pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante el acto ficto o presunto configurado ante el silencio de la administración.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustento del concepto de violación señaló que, el objetivo de esta prestación era compensar a los docentes que no tenían derecho a la pensión de gracia, sumado al hecho de que, el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que, es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial que contiene la misma, identifica una prima que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Señaló que la entidad debe sujetarse a lo determinado por la Ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, esto es, bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el precitado fondo y, señaló que, los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí señaladas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia que cita sostiene 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, es por ello que debe negarse las pretensiones de la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 27 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si al actor le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida es inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Y como en el caso *sub judice*, el actor adquirió el status de pensionado con posterioridad al 31 de julio de 2011, además de que su mesada pensional no es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que, el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso, el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que, tienen derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Afirma que, cabe recordar una vez más, 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho el señor Valencia Cardona a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución nro. Resolución nro. 628 del 08 de octubre de 2015 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del actor, efectiva desde el 10/07/2015, por haber adquirido el status de pensionado el 09/07/2015 (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)

➤ Mediante petición radicada el 28/06/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de

los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."²²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un parágrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPEPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 200428, 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 200529, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 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 párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negritas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.³⁴

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005,

fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, 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.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado n° 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

Caso concreto

De acuerdo a lo probado en el expediente el señor Valencia Cardona ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; mediante Resolución nro. Resolución nro. 628 del 08 de octubre de 2015 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del actor, efectiva desde el 10/07/2015, en cuantía de \$2.074.548.oo.

Conforme a lo anterior, evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

COSTAS

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **RODRIGO VALENCIA CARDONA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia, conforme a la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

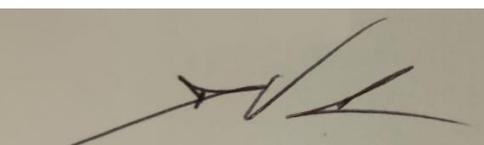
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 12 de mayo de 2022 conforme Acta n° 028 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **17001-23-33-000-2013-00576-01**
Demandante: **Ismenia de Jesús Zapata Hincapié**
Demandado: **Nación - Ministerio de Educación Nacional - FNPSM**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2.022).

A.I. 172

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, consisting of a large circle followed by stylized cursive letters, likely representing the name 'Augusto Morales Valencia'.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **17001-23-33-000-2018-00150-01**
Demandante: **Aldemar de Jesús Castro Restrepo**
Demandado: **Nación - Ministerio de Educación Nacional y
Departamento de Caldas - Secretaría de Educación**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2.022).

A.I. 169

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 circular blue ink scribble.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2021-00099-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	DORIS LILIANA RIVERA BLANDÓN
DEMANDADO	MUNICIPIO DE RIOSUCIO - CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión a decidir sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Presentó la señora Doris Liliana Rivera Blandón demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la cual pretendía lo siguiente:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo emitido por el alcalde del municipio de Riosucio, Caldas, contenido en oficio con fecha 28 de diciembre de 2020, radicado 2261, notificado el día 28 de diciembre de 2020, por medio del cual se negó la solicitud presentada por mi poderdante, tendiente al pago de las prestaciones sociales en los mismos términos a las percibidas por los funcionarios de planta en dicha entidad territorial.

2. Declarar que, entre mi poderdante y la entidad demandada, existió en realidad, una relación laboral igual a una de carácter legal o reglamentaria sin solución de continuidad, teniendo como extremos el 05 de junio de 2012 al 31 de diciembre del año 2019.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho y reparación integral, solicitó condenar a la entidad accionada a:

1. Reconocer y pagar integralmente a mi poderdante, los derechos laborales, salariales y prestaciones en igualdad de condiciones a los que percibe un empleado de planta del ente territorial "municipio de Riosucio, Caldas", en el nivel asistencial "Auxiliar Administrativo", dejados de percibir sin

solución de continuidad entre el 05 de junio del año 2012 al 31 de diciembre del año 2019.

2. Que en sede judicial se fije y liquide la condena económica, con la inclusión de todos los derechos laborales y prestacionales que resulten probados en el proceso o que por mandato legal deban ser incluidos como reparación a la demandante. Para tal fin, solicito tener como base de liquidaciones, el salario percibido por los empleados públicos del municipio de Riosucio, Caldas, en el nivel asistencial específicamente para los cargos de "Auxiliar Administrativo", esto es, sobre una base de \$2.591.092, vigente para el año 2019, último año de la relación con la demandante. Liquidación que debe recaer mínimo sobre los siguientes conceptos: vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, cesantías, dotación, prima de navidad, intereses a las cesantías, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, subsidio familiar y los que otorguen las normas.

3. Condenar a pagar los aportes realizados a Seguridad Social (salud, pensión, riesgos laborales), durante el mismo periodo que sea declarada la existencia del vínculo legal o reglamentario de tipo laboral, que fueron cancelados en un 100% por la demandante.

4. Pagar la totalidad de cesantías anualizadas que no fueron canceladas o depositadas al fondo de cesantías, generadas entre el 05 de junio del año 2012 al 31 de diciembre del año 2019, por considerar que estas no son prescriptibles.

5. Pagar la indemnización moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de mora, por el no pago o liquidación de los derechos laborales o prestacionales, contados a partir de la respuesta negativa emitida por el municipio o en su defecto a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta que se haga efectivo el pago de la liquidación condenatoria.

Lo anterior, por haberse desempeñado como auxiliar administrativa en el municipio de Riosucio – Caldas entre el 5 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2019, en virtud de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios.

La demanda fue admitida y notificada en debida forma al ente territorial, quien dentro de la oportunidad procesal correspondiente no se pronunció sobre el libelo petitorio.

Seguidamente, se procedió a fijar fecha para la audiencia inicial, la cual comenzó a desarrollarse el día 17 de noviembre de 2021, momento en el cual, en la sub etapa de conciliación, el municipio manifestó que el Comité de Conciliación consideró factible proponer fórmula de arreglo en el presente caso. Sin embargo, por unas divergencias que se presentaron entre las partes sobre los aportes a pensión se suspendió la audiencia en

aras de que demandante y demandado de manera conjunta procedieran a realizar una liquidación sobre esas cotizaciones y la allegaran por escrito, para de esa manera determinar la posibilidad de aprobar o no la conciliación.

El día 8 de marzo del año en curso se recibió memorial suscrito por ambos apoderados mediante el cual informaron al proceso la propuesta de conciliación que tenían para este caso, la cual se circunscribe a lo siguiente (archivo #26):

CONCEPTO	VALOR
CESANTIAS	\$2.480.203
INTERESES A LAS CESANTIAS	\$264.084
PRIMA DE SERVICIOS	\$1.239.834
VACACIONES	\$1.239.834
PRIMA DE VACACIONES	\$1.239.834
B. RECREACIÓN	\$160.900
PRIMA DE NAVIDAD	\$2.480.203
BONI POR SERVICIOS	\$1.239.834
TOTAL PRESTACIONES SOCIALES	\$10.344.726
TOTAL APORTES PENSION AL TRABAJADOR	\$7.023.632
APORTES AL FONDO DE PENSIONES	\$3.717.023
GRAN TOTAL	\$21085381
SUBSIDIO TRANSPORTE	2222189
DOTACION	1397000
TOTAL FINAL	\$24.704.570

CONSIDERACIONES

El artículo 125 del CPACA, dispuso respecto de las decisiones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.

2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

(...)

g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas;

Por su parte, el numeral 3 del artículo 243 *ibidem*, citado en la disposición anterior, previó lo siguiente:

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

(...)

3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.

De acuerdo con lo anterior, considera este tribunal que corresponde decidir a la Sala sobre la aprobación de la conciliación judicial.

Conciliación

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes solucionan sus diferencias con la intervención de un tercero calificado y neutral, el cual llevará adelante y dirigirá la celebración de la audiencia de conciliación.

Ahora bien, son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y todos aquellos que de manera expresa determine la ley, de conformidad con los artículos 64 y 65 de la Ley 446 de 1998.

Así mismo, se advierte que la conciliación tiene cabida, entre otros asuntos, en los de naturaleza cognoscitiva, cuyo objeto radica en terminar el proceso, total o parcialmente, antes de que se profiera sentencia, tal como lo dispuso el legislador en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, así:

ARTÍCULO 59.- *Modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. Asuntos Susceptibles de Conciliación. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.*

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional son varios los elementos característicos de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos: (1) se trata de un espacio en el que las partes abordan la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando

propuestas directamente en un proceso inicial de autocomposición, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas, evento en el cual nos encontraremos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades¹; (2) que se vierta en *“un documento que por imperio de la ley hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, obligatorio para éstas”*²; y, (3) tiene dos acepciones: *“una jurídico procesal, que lo identifica o clasifica como un mecanismo extrajudicial o trámite procedimental judicial que persigue un fin específico; y otra jurídico sustancial que hace relación al acuerdo en sí mismo considerado. Bajo estas dos acepciones son las partes las que en ejercicio de su libertad dispositiva deciden voluntariamente si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción, es decir, a los órganos del Estado que constitucional y permanentemente tienen la función de administrar justicia para que en dicha sede se resuelva el conflicto planteado”*³

Por su parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado sostiene que la *“decisión frente a la aprobación de la conciliación está íntimamente relacionada con la terminación del proceso; si se trata de una conciliación judicial y ésta es aprobada, el auto que así lo decide pondrá fin al proceso; si en el auto no se aprueba la conciliación esa providencia decide sobre la no terminación del proceso, dado que la no aprobación impide la finalización del mismo”*⁴.

A dicha posición se agrega por la jurisprudencia que de la *“misma manera que la transacción, la conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente las*

¹ Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001. “[...] Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”.

² Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011.

³ Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011. “[...] Entendida así, la conciliación debe ser asumida como un mecanismo que también hace efectivo el derecho a la administración de justicia, aunque sea ésta menos formal ni un dispositivo que tenga como fin principal la descongestión judicial, pues si bien ésta se convierte en una excelente alternativa para enviarla, no se le puede tener ni tratar como si ésta fuera su única razón de ser”.

⁴

Sección Tercera, auto de 24 de agosto de 1995, expediente 10971.

*partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o una de ellas en sentido contrario*⁵.

Finalmente, la Sección Tercera considera que *" el sólo acuerdo de voluntades de las partes o el reconocimiento libre y espontáneo que alguna de ellas manifieste en torno de las razones de hecho y de derecho que contra ella se presenten, si bien es necesario no resulta suficiente para que la conciliación sea aprobada en materia Contencioso Administrativa, puesto que el legislador exige que, al estar de por medio los intereses y el patrimonio público, el acuerdo conciliatorio debe estar soportado de tal forma que en el momento en el cual se aborde su estudio, al juez no le quepan dudas acerca de la procedencia, la legalidad y el beneficio –respecto del patrimonio público– del mencionado acuerdo conciliatorio. Así las cosas, cualquier afirmación –por más estructurada y detallada que esta sea– por medio de la cual se reconozca un derecho como parte del objeto del acuerdo conciliatorio y que genere la afectación del patrimonio público, debe estar debidamente acreditada mediante el material probatorio idóneo que produzca en el juez la convicción de que hay lugar a tal reconocimiento*⁶.

Caso concreto

De conformidad con lo consagrado en el artículo 65 literal a) de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, cuyo párrafo fue derogado por el artículo 49 de la Ley 640 de 2001, para la aprobación del acuerdo conciliatorio se requiere la concurrencia de una serie de presupuestos⁷ a saber: (1) que las partes que concilian estén debidamente representadas, y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar; (2) legitimación en la causa de la demandante; (3) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (4) que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación; (5) que no resulte abiertamente lesivo para las partes; y (6) que no haya operado la caducidad.

Al respecto se lee en el artículo 65A mencionado que *"La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público. "*

⁵ Sección Tercera, auto de 1 de julio de 1999, expediente 15721; de 3 de marzo de 2010, expediente 26675.

⁶ Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644.

⁷ Sección Tercera, autos de 3 de marzo de 2010, expediente 37644; de 3 de marzo de 2010, expediente 37364; de 3 de marzo de 2010, expediente 30191.

De acuerdo con estos presupuestos la Sala examina la concurrencia de los mismos en el caso en concreto.

Que las partes que concilian estén debidamente representadas y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar.

Para determinar que en el *sub lite* las partes se encontraban debidamente representadas, es necesario referirse al artículo 74 del Código General del Proceso - CGP, que regula lo atinente a los poderes otorgados para la representación de los sujetos procesales. Así como al artículo 5 del Decreto 806 de 2020, que dispuso una nueva forma de otorgar poderes mediante mensaje de datos a raíz de la pandemia ocasionada por la COVID -19.

Por otra parte, el artículo 159 del CPACA consagra específicamente la manera como deben estar representadas las entidades públicas y las privadas que cumplen funciones públicas, en procesos adelantados en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, la Sala encuentra demostrado que la parte actora está debidamente representada por el abogado Carlos Mario Calvo Largo, quien actúa como apoderado de la parte demandante, y que está facultado con plenos poderes para conciliar (archivo #02 del expediente digital).

En lo que respecta a la representación de la entidad demandada, se encuentra que el municipio de Riosucio está debidamente representado por el abogado Jorge Iván López Iglesias, quien se halla facultado por el Comité de Conciliación para conciliar bajo la fórmula de arreglo aprobada por este, según documentos que reposan en los archivos #15 y #32 del expediente digital.

Visto lo anterior, la Sala considera que para la aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en el presente asunto, se encuentra cumplido el presupuesto referente a la representación de los sujetos procesales y las facultades para conciliar.

Legitimación en la causa de la parte actora

El Tribunal procede a analizar la legitimación en la causa por parte de la demandante después de las siguientes consideraciones.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa como la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se*

*discute en el proceso*⁸, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, el Consejo de Estado⁹ ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra la que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Así las cosas, frente a la señora Doris Liliana Rivera Blandón, la Sala encuentra que está debidamente acreditada su legitimación en tanto en fue quien suscribió los contratos de prestación de servicios en calidad de contratista con la entidad demandada.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluye que se cumple el segundo de los requisitos establecidos para la aprobación de la conciliación lograda por las partes.

Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes

Tratándose de conflictos en los cuales una de las partes es el Estado, se pueden conciliar aquellos asuntos que por su naturaleza puedan ser sometidos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de cualquiera de los medios de control consagrados en el CPACA, pues estas acciones son de naturaleza económica (salvo las excepciones contempladas en la ley).

Este requisito se cumple en el presente asunto, si se tiene en cuenta que el municipio de Riosucio, según el acta del Comité de Conciliación que fue aportada al momento de realizar la primera sesión de la audiencia inicial (archivo #15), acogió lo expuesto en casos similares al presente por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y concluyó que para el presente caso existía una alta probabilidad de sentencia en contra del ente territorial, por lo que se recomendaba conciliar las pretensiones económicas.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003

⁹ Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054

Con fundamento en lo anterior, se propuso reconocer una suma de dinero que contiene el valor de lo correspondiente a los aportes a pensión y los demás emolumentos como: cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, prima de navidad, bonificación por servicios, aportes pensión al trabajador, aportes al fondo de pensiones, subsidio de transporte y dotación.

Frente a las costas procesales, se advierte que las partes no manifestaron nada al respecto, pero estos conceptos son perfectamente desistibles.

Ahora, en relación con el término para el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, debe resaltarse que las partes nada dijeron al respecto. Sin embargo, considera la Sala que ello no es óbice para estudiar la fórmula de arreglo, en la medida que el artículo 192 del CPACA prevé un término para el cumplimiento de sentencias y conciliaciones por parte de las entidades públicas, el cual puede ser aplicado a la presente conciliación ante el silencio de las partes sobre este punto.

Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.

En relación con el respaldo probatorio del reconocimiento patrimonial efectuado por la entidad demandada, la Sala encuentra que en el proceso obra el siguiente material probatorio:

- Reclamación administrativa realizada al municipio de Riosucio mediante la cual se solicitó la declaratoria de existencia de una relación laboral entre las partes.
- Oficio DDA-2020-173 del 28 de diciembre de 2020, mediante el cual se dio respuesta negativa al derecho de petición presentado por la señora Doris Liliana Rivera Blandón.
- Copia del contrato nro. PS-097-2012, cuyo objeto era "prestación de servicios de apoyo a la gestión en el manejo documental y asistencial en trámites administrativos de la Subsecretaría de Movilidad", con una duración entre la suscripción del acta de inicio y el 20 de diciembre de 2012. El contrato fue firmado el 5 de junio de 2012.
- Copia del contrato nro. PS-047-2013, cuyo objeto era "apoyo a la Subsecretaría de Movilidad en el manejo documental y asistencial en trámites administrativos en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante rentas del departamento en el municipio de Riosucio Caldas", con una duración desde el acta de inicio al 31 de marzo de 2013. El contrato fue firmado el 1º de febrero de 2013.

- Copia del contrato nro. PS-172-2013, cuyo objeto era “apoyo a la Subsecretaría de Movilidad en el manejo documental y asistencial en trámites administrativos en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante rentas del departamento en el municipio de Riosucio Caldas”, cuya duración era desde el acta de inicio hasta el 30 de diciembre de 2013. El contrato fue firmado el 16 de mayo de 2013.
- Copia del contrato nro. PS-049-2014, cuyo objeto era “servicios de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos en el cargue de información para la liquidación de impuestos antes la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 31 de diciembre de 2014. El contrato fue firmado el 15 de enero de 2014.
- Copia del contrato nro. PS-038-2015, cuyo objeto era “servicios de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencia en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos antes la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 26 de diciembre de 2015. El contrato fue firmado el 21 de enero de 2015.
- Copia del contrato nro. PS-029-2016, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 31 de marzo de 2016. El contrato fue firmado el 15 de enero de 2016.
- Copia del contrato nro. PS-140-2016, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 30 de septiembre de 2016. El contrato fue firmado el 5 de mayo de 2016.
- Copia del contrato nro. PS-226-2016, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del

departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 30 de diciembre de 2016. El contrato fue firmado el 13 de octubre de 2016.

- Copia del contrato nro. PS-062-2017, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 30 de junio de 2017. El contrato fue firmado el 3 de febrero de 2017.

- Copia del contrato nro. PS-164-2017, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 26 de diciembre de 2017. El contrato fue firmado el 1° de septiembre de 2017.

- Copia del contrato nro. PS-033-2018, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 30 de junio de 2018. El contrato fue firmado el 11 de enero de 2018.

- Copia del contrato nro. PS-116-2018, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta el 21 de diciembre de 2018. El contrato fue firmado el 17 de julio de 2018.

- Copia del contrato nro. PS-026-2019, cuyo objeto era “servicio de apoyo realizando actividades de manejo documental y asistencial en trámites administrativos, en el cargue de información para la liquidación de impuestos ante la unidad de rentas del departamento en la Subsecretaria de Movilidad de la administración municipal de Riosucio”, cuya duración era hasta 20 de diciembre de 2019. El contrato fue firmado el 2

de enero de 2019.

- Copia de circulares internas expedidas por la Alcaldía Municipal de Riosucio, mediante las cuales se convocaba a funcionarios, trabajadores oficiales y contratistas de la administración municipal a eventos y actividades.
- Copia de la circular nro. 73 del 17 de noviembre de 2016, dirigida a colaboradores y contratistas, mediante la cual se notificaba que, a partir de dicho mes, los contratistas debían hacer un reporte a través de un formato de permisos y salidas, con la finalidad de que no se generaran inconvenientes con la ARL.
- Copia del Decreto nro. 112 de 2007, por medio del cual se adoptó el manual de procesos y procedimientos de la Subsecretaría de Movilidad de la Alcaldía del Municipio de Riosucio.
- Copia del Decreto nro. 046A del 28 de julio de 2008, por medio del cual se modificó y adecuó la planta de personal del municipio de Riosucio, con la respectiva nomenclatura y clasificación de empleos.
- Manual de específico de funciones y competencias laborales – Decreto 053 de 2008, de la Alcaldía Municipal de Riosucio.
- Copia del Decreto nro. 51 de 2016, mediante el cual se modificó la jornada ordinaria de trabajo para los servidores públicos de la administración municipal de Riosucio.
- Copia del Decreto nro. 127 del 3 de octubre de 2019, por medio del cual se modificó la jornada laboral de los servidores públicos y de atención al público de determinadas secretarías de la Alcaldía de Riosucio.
- Copia de los reportes consolidados de pagos de Asopagos, correspondiente a la señora Doris Liliana Rivera Blandón.
- Copias de las órdenes de pago, comprobantes de pago y comprobantes de egresos, que dan cuenta de pagos realizados por el municipio de Riosucio a la señora Rivera Blandón.

Que no resulte abiertamente lesivo para las partes

Las partes acordaron que el municipio de Riosucio reconocería la suma de \$24.704.570, que se encuentra integrada por los conceptos de: cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, prima de navidad, bonificación por servicios, aportes pensión al trabajador, aportes al fondo de pensiones, subsidio de transporte y dotación.

Se advierte de lo anterior, y del cuadro reproducido en los antecedentes, que el valor a cancelar directamente a la demandante sería de \$20.987.547, toda vez que la suma de \$3.717.023 corresponde a aportes al fondo pensional.

Se considera por esta Sala de Decisión que este acuerdo no resulta lesivo a los intereses de la parte actora. Y aunque como se adujo nada se dijo sobre las costas, se recalca que se puede renunciar al cobro de las mismas, sin que ello perjudique a la demandante.

Que no haya operado la caducidad

En el presente asunto se demandó la existencia de una relación laboral entre la señora Doris Liliana Rivera Blandón y el municipio de Riosucio entre el 5 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2019, tiempo durante el cual la parte actora se desempeñó como auxiliar administrativa.

Así mismo, se solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 28 de diciembre de 2020, notificado ese mismo día a la actora, por el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas en virtud de la existencia de una relación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, el término de cuatro meses para radicar la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho comenzó el 29 de diciembre de 2020 y se extendió hasta el 29 de abril de 2021.

En este caso, no se agotó requisito de procedibilidad, el cual se considera no es exigible para esta clase de asuntos.

Por su parte, la demanda se presentó el 27 de abril de 2021, por lo cual en el presente asunto no se presentó el fenómeno de la caducidad.

Conclusión

Para este Tribunal, en el presente caso se encuentran satisfecho los requisitos para llevar a cabo la conciliación en la forma propuesta y aceptada por las partes, toda vez que el acuerdo conciliatorio no menoscaba derechos ciertos e indiscutibles. En consecuencia, se aprobará el presente acuerdo conciliatorio.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

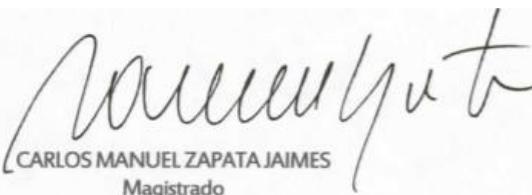
PRIMERO: APROBAR la conciliación presentada por las partes, consistente en que el municipio de Riosucio reconocerá la suma de \$24.704.570 a la señora Doris Liliana Rivera Blandón, de los cuales \$3.717.023 corresponde a aportes al fondo de pensiones.

SEGUNDO: DECLARAR terminado el presente proceso.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

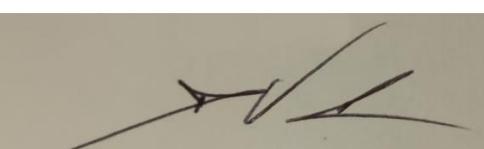
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 12 de mayo de 2022, conforme Acta nro. 028 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **PAULA ANDREA HURTADO DUQUE** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 04/03/2022, Hurtado Duque, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR21-190 del 14 de abril de 2021, “Por medio de la cual se resuelve un Derecho de Petición”, y del Acto administrativo ficto o presunto negativo del recurso de apelación, el cual fue interpuesto y sustentado el día 20 de abril de 2021 contra la Resolución nro. DESAJMAR21-190 por medio de la cual se niega al demandante el reconocimiento y pago como factor salarial y prestacional de la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 y 384 de 2013, así como su reliquidación.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

El Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el 14 de marzo de 2022 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que,

igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo repartida a este Despacho el 25/04/2022.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

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

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

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

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

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

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

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

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

(...)

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

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346

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

(...)" /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite el señor Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES VEINTISIETE (27) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

³ "Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.", modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

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

RESUELVE

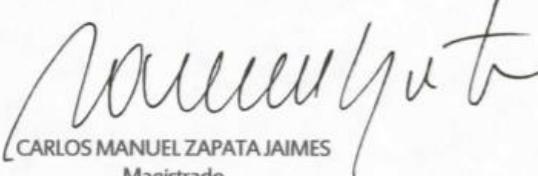
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **PAULA ANDREA HURTADO DUQUE** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES VEINTISIETE (27) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**

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

NOTIFÍQUESE

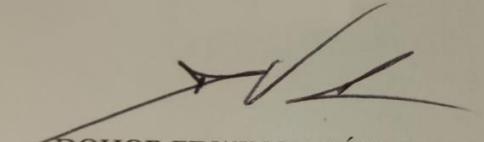
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 12 de mayo de 2022, conforme Acta nro.028 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001 33 39 006-2020-00175-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CARMENZA HERNÁNDEZ ZAPATA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales en fecha 30 de junio de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora, que se declare la nulidad del acto ficto negativo del reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, del cual afirma, tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no son beneficiarios de la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o tener vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Que se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena y el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

Mediante Resolución nro. 0736 del 12 de noviembre de 2015 le fue reconocida a la señora Hernández Zapata una pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante el acto ficto o presunto configurado ante el silencio de la administración.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustento del concepto de violación señaló que, el objetivo de esta prestación era compensar a los docentes que no tenían derecho a la pensión de gracia, sumado al hecho de que, el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que, es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial que contiene la misma, identifica una prima que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Señaló que la entidad debe sujetarse a lo determinado por la Ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, esto es, bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el precitado fondo y, señaló que, los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí señaladas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia que cita sostiene 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, es por ello que debe negarse las pretensiones de la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 30 de junio de 2020, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida en inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Y como en el caso sub judice, la actora adquirió el status de pensionada el 13 de abril de 2015, es decir con posterioridad al 31 de julio de 2011, además de que su mesada pensional no es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes., en este orden de ideas no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada en forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 027 del

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que, el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso, el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que, tienen derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Afirma que, cabe recordar una vez más, 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 07 del expediente digital el Ministerio Público guardó silencio.

Parte demandante: se ratificó en lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: en sus alegatos se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda, solicitando se confirmara la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la señora Hernández Zapata a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. Resolución nro. 00000736 del 12 de noviembre del 2015 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la actora, efectiva desde el 13/07/2015, por haber adquirido el status de pensionado el 12/07/2015 (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 01/08/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de

los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."²²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo,

dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adicción" de un parágrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPEPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada

1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 200428, 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 200529, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 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 párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

- a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).
- b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);
- c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que "las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), "la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales".³⁴

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado n° 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

Caso concreto

De acuerdo a lo probado en el expediente la señora Hernández Zapata ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; mediante Resolución nro. 00000736 del 12 de noviembre del 2015 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la actora, efectiva desde el 13/07/2015, en cuantía de \$2.200.608.oo.

Conforme a lo anterior, evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

COSTAS

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Señálense como agencias en derecho, a favor de la parte demandada la suma de \$380.000.oo conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

restablecimiento del derecho promovido por **CARMENZA HERNÁNDEZ ZAPATA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: CONDENA EN COSTAS en segunda instancia, a cargo de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Juzgado de primera instancia, conforme al artículo 365 y 366 del C. G. del P.

Se señalan agencias en derecho a favor de la parte demandada la suma de \$380.000.00

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

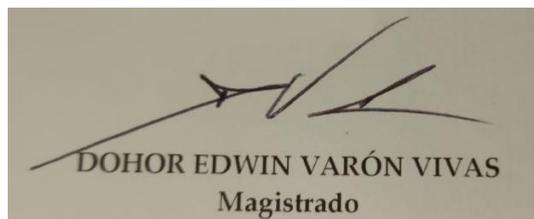
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 12 de mayo de 2022 conforme Acta nro. 028 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada
Aclara el Voto



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-39-006-2020-00264-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GLADYS GARCÍA PINEDA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 20 de septiembre de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 28 de septiembre de 2019, frente a la petición presentada el día 28 de junio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981.
2. Que se declare que la demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculada a la docencia oficial después del 1° de enero de 1981.
3. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989 a partir del 10/26/2016, equivalente a una mesada pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

4. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
5. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
7. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
8. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
9. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1º de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 086 del 14 de febrero de 2017, le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989: artículo 15.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, indicó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año, regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que los actos demandados se ajustan a derecho.

Adujo que la entidad se ciñe a lo establecido en la Ley 91 de 1989 para expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional o prestacional; y en esta norma se advirtió que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen del que venían gozando; y los nacionales que se vincularan a partir del 1° de enero de 1990 se regirían por las disposiciones aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, para indicar que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolidó 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.

Que se encuentra acreditado que la señora García Pineda causó su derecho pensional el 26/10/2016, es decir, con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo nro.

01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, mesada adicional o prima de junio.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** adujo que la entidad no ha actuado con el fin de atentar contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos; así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora; no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de prima de mitad de año o mesada adicional sin el cumplimiento de los requisitos.
- **Genérica:** pidió declarar cualquier excepción que se encuentre probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 20 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 en su artículo 15 en su condición de pensionada del magisterio; si eran correspondientes la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 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, qué entidad sería la entidad encargada de reconocer y pagar la prima de mitad de año a la docente; y si se configuraba la prescripción del reconocimiento solicitado por la demandante.

En primer momento realizó un análisis del régimen normativo de la prima de mitad de año, que incluyó el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los artículos 142 y 279 de la Ley 100 de 1993, la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, para concluir que el propósito del constituyente derivado con el acto legislativo fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir mesada adicional a las 13 percibidas anualmente; y que también era diáfano que otorgó la posibilidad de recibir aquella mesada adicional solamente a los ciudadanos que causaren su pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011 y cuya mesada pensional no superara los 3 salarios mínimos legales mensuales de la época.

Que de acuerdo al material probatorio, a la demandante le fue reconocida la pensión mensual vitalicia de jubilación mediante Resolución nro. 086 del 14 de febrero de 2017 por haber adquirido el estatus de pensionada el 27 de octubre de 2016. En ese contexto, se evidenciaba que a la actora le fue reconocida su pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tenía derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el párrafo sexto transitorio de artículo 48 de la Constitución Política.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda que por el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho formuló la señora GLADYS GARCÍA PINEDA en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución 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 esa entidad y a favor de la demandada, la suma de ciento veinte mil pesos (\$342.617).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #25 del expediente de primera instancia.

Comenzó por explicar que la Ley 91 de 1989 hizo una distinción en atención a la fecha de vinculación del docente al servicio educativo; así las cosas, si se había vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 o antes, y cumplía con los requisitos, tenía derecho al reconocimiento de una pensión gracia, compatible con la pensión ordinaria; y si se había vinculado a partir del 1° de enero de 1981 no tenía derecho a la pensión gracia, pero se le otorgaba un beneficio adicional de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Que de manera posterior se expidió la Ley 812 de 2003, que consagró que los docentes con vinculación en la docencia oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma (26 de junio de 2003) se regirían por lo establecido en la Ley 91 de 1989 y por el régimen general de pensiones, esto es, por la Ley 33 de 1985; mientras que los docentes

vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se someterían al sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993.

Que el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 ha generado muchas discusiones sobre la continuidad de la aplicación de normas especiales para los docentes, pues en el párrafo 2 transitorio estableció que la vigencia de los regímenes especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en el sistema general de pensiones, expiraría el 31 de julio de 2010. No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-143 del 5 de diciembre de 2018 concluyó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 continuaba produciendo efectos jurídicos, pues el párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo señaló que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, era el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de la misma.

Que de acuerdo a lo anterior, la prima de medio año es un beneficio que se le otorga a los docentes que no tienen derecho a la pensión de gracia, incluso se considera como una compensación al no poder acceder a dicha prestación; y, a la cual tienen derecho únicamente los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, en virtud de lo preceptuado en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, no puede equipararse la prima de mitad de año establecida en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 con una mesada adicional, pues su naturaleza fue expresamente establecida por el legislador como una prima, no como una mesada pensional.

Que la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció la denominada mesada adicional o 14, pero que no existen similitudes entre esta y la prima de mitad de año consagrada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto a su monto y forma de pago, pues, aunque ambas equivalen a una mesada pensional que se cancela en el mes de junio de cada anualidad, lo cierto es que son diferentes en cuanto a su consagración normativa, su naturaleza y su temporalidad.

Que de acuerdo a lo anterior, la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, ya que cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo

15 de la Ley 91 de 1989, que indica que tienen derecho a la prima de mitad de año aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 1º de enero de 1981.

Por otro lado, y en relación con la condena en costas, explicó que la demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de protección judicial para sus derechos. Y añadió que de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, para la imposición de costas no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso, sino que se revisa quien fue la vencida en juicio y además si las costas se causaron o no, lo cual debe aparecer demostrado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

1. ¿Tiene derecho la señora Gladys García Pineda a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo probado

➤ Mediante Resolución nro. 086 del 14 de febrero de 2017 se reconoció y se ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora García Pineda por haber adquirido

el estatus de pensionada el 26 de octubre de 2016, en cuantía de \$2.600.309, a partir del 27 de octubre de 2016.

➤ Mediante derecho de petición la accionante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en los parágrafos transitorio 1 y 6 lo siguiente:

***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.*

(...)

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 60. *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".*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones: [...]

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y Consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

² Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo; Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007; Radicación No. 1.857; 11001-03-06-000-2007-00084-00

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."21

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de

pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

*"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."*²²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de

pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente

en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 200428, 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 200529, 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.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). El de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). El de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). El del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negritas y subrayas de la Sala)

En este orden de ideas, se advierte que la mesada adicional establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, respecto de la aplicación del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1º de febrero de 2018 expuso³:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta; Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03252-00(AC)

establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformatorio de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformatorio de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.⁴⁵

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez

que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

[...]

De acuerdo a lo anterior, la mesada de mitad de año consagrada en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; o que habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como las tomadas dentro de los procesos con radicado 17-001-33-39-006-2020-00250 y 17-001-33-39-006-2020-00258 el 21 de abril de 2022.

Caso concreto

En relación con la fecha de ingreso al servicio, aunque no se cuenta con un certificado de historia laboral, adujo la parte actora en la demanda que fue posterior al 1º de enero de 1981, y al revisar los considerandos del acto administrativo de reconocimiento de la pensión se consignó un tiempo laborado entre el 11/03/1988 al 03/11/2016. Y mediante Resolución nro. 086 del 14 de febrero de 2017 le fue reconocida una pensión de jubilación en cuantía de \$2.600.309, por haber adquirido el estatus de pensionada el 26 de octubre de 2016.

Ello significa que la demandante no adquirió su estatus pensional antes del 25 de julio de 2005 ni antes del 31 de julio de 2011, pues cumplió requisitos el 26 de octubre de 2016, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo nro. 01 del 25 de julio de 2005.

Segundo problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas a título meramente de agencias en derecho se fundamentó la decisión, lo que conlleva a confirmar la misma conforme a los parámetros establecido por el Consejo de Estado.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condenaba en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció actividad diligente de los abogados de la parte accionada realizada dentro del proceso, y en atención a los recientes pronunciamientos del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y se fijaron agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas, esto es, por valor de ciento veinte mil pesos (\$342.617).

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que no procedía la condena en costas, ya que se trató de una condena automática para la parte vencida en juicio, sin que se analizara si se habían causado o no, por lo que se pasó por alto el criterio valorativo.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

ARTÍCULO 188. CONDENAS EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

Se observa que el Juez de instancia, condenó únicamente en agencias en derecho y señaló que se había evidenciado actividad diligente de los abogados de la parte accionada realizada dentro del proceso, esto por su puesto, cumple con los requerimientos señalados por el Consejo de Estado, para fundamentar la condena en costas a título de agencias en derecho, por lo que se confirmará esta decisión.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

Costas de segunda instancia

Al tenor del artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que no hubo actuación de ninguna de las partes ante esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de

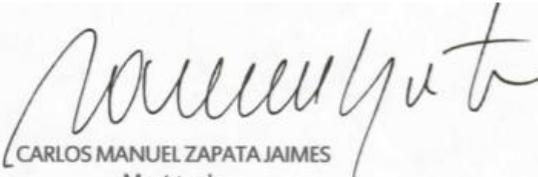
nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **GLADYS GARCÍA PINEDA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en segunda instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

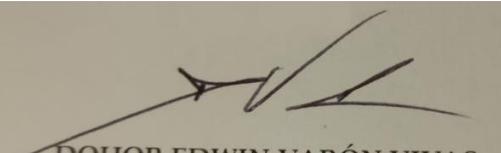
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 12 de mayo de 2022, conforme Acta nro.028 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JOSÉ MAURICIO CUESTAS GÓMEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 14/02/2022, Cuesta Gómez, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR21-189 del 14 de abril de 2021, “Por medio de la cual se resuelve un Derecho de Petición”, y del Acto administrativo ficto o presunto negativo del recurso de apelación, el cual fue interpuesto y sustentado el día 22 de abril de 2021 contra la Resolución nro. DESAJMAR21-189, por medio de la cual se niega al demandante el reconocimiento y pago como factor salarial y prestacional de la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 y 384 de 2013, así como su reliquidación.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 06 de abril de 2022 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que,

igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo repartida a este Despacho el 19/04/2022.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

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

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

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

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

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

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

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

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

(...)

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

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346

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

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cubija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES VEINTISIETE (27) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVA Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

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

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

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

RESUELVE

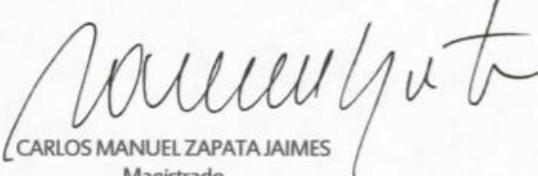
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **JOSÉ MAURICIO CUESTAS GÓMEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES VEINTISIETE (27) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVA Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**.

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

NOTIFÍQUESE

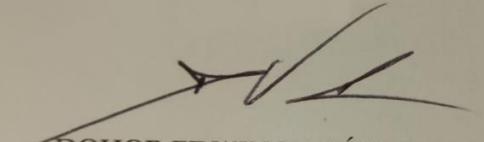
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 12 de mayo de 2022, conforme Acta nro. 028 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-39-008-2020-00180-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GLORIA MARINA PALAÚ RIVERA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 11 de noviembre de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 19 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el día 19 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981.
2. Que se declare que la demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculada a la docencia oficial después del 1° de enero de 1981.
3. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989 a partir del 1/1/2016, equivalente a una mesada

pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

4. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
5. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
7. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
8. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
9. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1º de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 091 del 14 de febrero de 2017, le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989: artículo 15.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, indicó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año, regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico principal determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 en su artículo 15 numeral 2, al haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980.

En primer momento realizó un análisis del régimen normativo aplicable para la prima de mitad de año para los docentes pensionados, que incluyó el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005 y jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que la mesada 14 fue derogada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que así mismo la erradicó del régimen pensional de los docentes, norma que estableció que las personas que adquirieran el derecho a la pensión a partir de la vigencia de esta norma, esto es, el 25

de julio de 2005, no tendrían derecho a percibir la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, siempre que adquirieran ese derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011, en cuantía igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que por lo anterior, para efectos de resolver acerca de la procedencia de la prima de mitad de año o mesada adicional 14 de los docentes pensionados del Fondo de Prestaciones Sociales, debía tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus de pensionado y el monto de la mesada pensional que percibía; esto es, si la adquisición del estatus de docente pensionado es posterior al 26 de julio de 2005, no procedía la mesada adicional 14; pero si el docente pensionado se había retirado del servicio después de esta última fecha, tenía derecho a percibir la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, o como excepción si el demandante percibía una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la misma se causó antes del 31 de julio de 2011.

Que de acuerdo al material probatorio, la demandante adquirió el estatus jurídico el 1° de enero de 2016, esto es, con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01; además tampoco se encontraba dentro de la excepción contemplada, ya que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de \$2.630.857, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO. –NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora GLORIA MARINA PALAÚ RIVERA en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO. -SIN COSTAS, por lo considerado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #19 del expediente de primera instancia.

Comenzó por explicar que la Ley 91 de 1989 hizo una distinción en atención a la fecha de vinculación del docente al servicio educativo; así las cosas, si se había vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 o antes, y cumplía con los requisitos, tenía derecho al reconocimiento de una pensión gracia, compatible con la pensión ordinaria; y si se había vinculado a partir del 1° de enero de 1981 no tenía derecho a la pensión gracia, pero se le otorgaba un beneficio adicional de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Que de manera posterior se expidió la Ley 812 de 2003, que consagró que los docentes con vinculación en la docencia oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma (26 de junio de 2003) se regirían por lo establecido en la Ley 91 de 1989 y por el régimen general de pensiones, esto es, por la Ley 33 de 1985; mientras que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se someterían al sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993.

Que el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 ha generado muchas discusiones sobre la continuidad de la aplicación de normas especiales para los docentes, pues en el párrafo 2 transitorio estableció que la vigencia de los regímenes especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en el sistema general de pensiones, expiraría el 31 de julio de 2010. No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-143 del 5 de diciembre de 2018 concluyó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 continuaba produciendo efectos jurídicos, pues el párrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo señaló que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, era el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de la misma.

Que de acuerdo a lo anterior, la prima de medio año es un beneficio que se le otorga a los docentes que no tienen derecho a la pensión de gracia, incluso se considera como una compensación al no poder acceder a dicha prestación; y, a la cual tienen derecho únicamente los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, en virtud de lo preceptuado en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, no puede equipararse la prima de mitad de año establecida en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 con una mesada adicional, pues su naturaleza fue

expresamente establecida por el legislador como una prima, no como una mesada pensional.

Que la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció la denominada mesada adicional o 14, pero que no existen similitudes entre esta y la prima de mitad de año consagrada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto a su monto y forma de pago, pues, aunque ambas equivalen a una mesada pensional que se cancela en el mes de junio de cada anualidad, lo cierto es que son diferentes en cuanto a su consagración normativa, su naturaleza y su temporalidad.

Que de acuerdo a lo anterior, la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, ya que cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que tienen derecho a la prima de mitad de año aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 1º de enero de 1981.

Por otro lado, y en relación con la condena en costas, explicó que la demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de protección judicial para sus derechos. Y añadió que de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, para la imposición de costas no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso, sino que se revisa quien fue la vencida en juicio y además si las costas se causaron o no, lo cual debe aparecer demostrado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Aunque en el recurso de apelación se plantearon argumentos de inconformidad con el fallo de primera instancia en relación con las costas, debe advertir la Sala que la sentencia del

juzgado no condenó en costas a la parte demandante. En atención a ello, en esta instancia no se planteará un problema jurídico en torno a este tema.

Problema jurídico

1. ¿Tiene derecho la señora Gloria Marina Palaú Rivera a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

Lo probado

➤ Mediante Resolución nro. 091 del 14 de febrero de 2017 se reconoció y se ordenó el pago de una pensión por invalidez a favor de la señora Palaú Rivera por tener una pérdida de capacidad laboral del 88%. Se indicó que adquirió el estatus de pensionada el 01/01/2016, y se reconoció la prestación en la suma de \$2.630.857, a partir del 01/01/2016.

➤ Mediante derecho de petición presentado por la accionante el 19 de julio de 2019, solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de

¹ "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en los párrafos transitorio 1 y 6 lo siguiente:

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".*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los

empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones: [...]

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y Consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se

² Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo; Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007; Radicación No. 1.857; 11001-03-06-000-2007-00084-00

hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 199320, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."21

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."22

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de

pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995²⁷, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993

para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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 200428, 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:

"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 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 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 párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

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 del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la 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.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). El de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). El de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). El del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negritas y subrayas de la Sala)

En este orden de ideas, se advierte que la mesada adicional establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, respecto de la aplicación del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1° de febrero de 2018 expuso³:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8° del artículo 1° del mismo, el cual señala que "las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta; Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03252-00(AC)

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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.⁴⁵

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

[...]

De acuerdo a lo anterior, la mesada de mitad de año consagrada en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; o que habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como las tomadas

dentro de los procesos con radicado 17-001-33-39-006-2020-00250 y 17-001-33-39-006-2020-00258 el 21 de abril de 2022.

Caso concreto

En relación con la fecha de ingreso al servicio, aunque no se cuenta con un certificado de historia laboral, adujo la parte actora en la demanda que fue posterior al 1° de enero de 1981. Y mediante Resolución nro. 091 del 14 de febrero de 2017 le fue reconocida una pensión por invalidez en cuantía de \$2.630.857, por haber adquirido el estatus de pensionada el 01/01/2016.

Ello significa que la demandante no adquirió su estatus pensional antes del 25 de julio de 2005 ni antes del 31 de julio de 2011, pues cumplió requisitos el 01/01/2016, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo nro. 01 del 25 de julio de 2005.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada.

Costas de segunda instancia

Al tenor del artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que no hubo actuación de ninguna de las partes ante esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 11 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **GLORIA MARINA PALAÚ RIVERA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en segunda instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

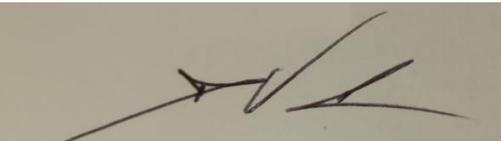
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 12 de mayo de 2022, conforme Acta nro. 028 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIALTRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ZAPATA JAIMES CARLOS

Manizales, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-753-2015-00068-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	GLORIA EDILCE ARIAS Y OTROS
DEMANDADOS	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para dictar sentencia advierte esta Sala Unitaria que, una vez revisado el archivo digital cargado en la ventanilla virtual, el mismo no cuenta con la totalidad de los documentos que componen el expediente tal como el registro audiovisual de la audiencia de pruebas en la cual se practicaron las pruebas decretadas en primera instancia y que sirvieron de base para proferir el fallo objeto de impugnación.

Por lo anterior, y con el fin de propender por un óptimo y debido análisis del proceso, **OFÍCIESE** al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, para que a la mayor brevedad se sirva remitir la totalidad el expediente digitalizado, ordenado cronológicamente y debidamente rotulado, tal como lo dispone el artículo 122 del Código General del Proceso y el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020 a través del 'Protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente'.

NOTIFÍQUESE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 084 del 16 de mayo de 2022.