



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 123

Asunto: Sentencia de primera instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00297-00
Demandante: Débora Isabel Doria Pico
Demandados: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 032 del 19 de agosto de 2022

Manizales, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 181 –inciso final– y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Débora Isabel Doria Pico contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP².

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 26 de abril de 2017, se solicitó lo siguiente (fls. 1 al 20, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare nulo el artículo primero de la Resolución RDP 045990 del 6 de diciembre de 2016, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, por la cual se negó la reliquidación de la pensión de la

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, UGPP.

accionante, al considerar que lo pertinente en este caso era la aplicación simultánea de dos normas, del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 en lo referente a los requisitos de tiempo de servicio y edad; y la segunda del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en relación a la liquidación del monto de la pensión.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución RDP 005676 del 15 de febrero de 2017, la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición y confirmó en todas sus partes la Resolución RDP 045990 del 6 de diciembre de 2016.
3. Que declare la nulidad de la Resolución RDP 011935 del 23 de marzo de 2017, la cual negó el recurso de apelación.
4. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la UGPP reconozca, reliquide y pague la pensión de vejez de la señora Débora Isabel Doria Pico según su situación laboral dentro del régimen de transición; así mismo se ordene el pago de las diferencias resultantes entre las mesadas pensionales que se le han venido pagando desde la fecha que se consolidó el derecho, conforme al IPC, y de manera indexada.

-Artículo 1º de la Ley 33 de 1985: El reconocimiento de la pensión de jubilación debe efectuarse sobre el 75% del promedio de lo devengado mensualmente: 1. *Asignación básica mensual*; 2. *Auxilio de localización*; 3. *Subsidio de alimentación devengados mensualmente durante el último año de servicio comprendido entre el 1º de mayo de 1992 y el 30 de abril de 1993*, constituyendo estos factores salariales en el ingreso base de liquidación de la accionante, ingresos que se debieron de adicionar en una doceava parte de los ingresos devengados y pagados en el último año de servicio, que para el caso son: BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, LA PRIMA DE SERVICIO DE JUNIO y LA PRIMA DE NAVIDAD.

5. Que se condene a la UGPP a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y cancele los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.
6. Que se condene en costas a la entidad demandada.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de

hecho, que en resumen indica la Sala (fls. 5 al 7, C.1):

1. La señora Débora Isabel Doria Pico prestó sus servicios al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA³, desde el 6 de diciembre de 1971, hasta el 30 de abril de 1993, tiempo igual a 21 años, 4 meses y 25 días.
2. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la señora Débora Isabel Doria Pico contaba con 41 años de edad y más de 20 años de servicio, lo que quiere decir que se encontraban superadas las exigencias del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, deviene a su favor la aplicación del régimen de transición.
3. La parte actora desempeñó el cargo de Técnico Administrativo Grado 11.
4. A partir del 14 de junio de 2007 la parte accionante adquirió el status pensional por cumplir el requisito de los 55 años de edad.
5. Mediante Resolución 0783 del 8 de agosto de 2007, se reconoció pensión de jubilación a favor de la señora Débora Isabel Doria Pico, a partir del 14 de junio de 2007, la cual se otorgó con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para liquidar el IBL sobre lo percibido en los últimos 10 años.
6. El 10 de marzo del 2008 la parte actora presentó petición ante el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad que asumió las obligaciones del INCORA en liquidación, solicitando la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos.
7. La UGPP ignoró el certificado de sueldos y factores salariales del 13 de mayo de 2016 expedido por el Ministerio de Agricultura, donde se evidencia que la señora Débora Isabel Doria Pico percibió ingresos salariales en el último año de servicio (1º de mayo de 1993 al 30 de abril de 1993) por los siguientes conceptos: 1. Asignación básica mensual; 2. Auxilio de localización; 3. Subsidio de alimentación; 4. Bonificación por servicios prestados; 5. Prima de junio o servicios; 6. Prima de diciembre o navidad, constituyéndose los 3 primeros factores salariales en el ingreso base de liquidación por haber sido cancelados mensualmente.
8. Con fundamento en los anteriores hechos, se reitera la pretensión de revisión, modificación y ajuste a derecho de las Resoluciones citadas en precedencia, esto es, reconocer, liquidar, reliquidar y pagar la pensión de

³ En adelante, INCORA.

jubilación con todos los factores salariales sin excluir ninguno y sin tomarlo parcialmente; que se aplique en su integridad la normatividad anterior.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones; Constitución Política: artículo 2, 53 y 58; Código Sustantivo del Trabajo artículos 21 y 127; Código Civil artículo 10; Ley 58 de 1887 artículo 50; Ley 4 de 1966; Ley 100 de 1993 inciso 2º del artículo 36; Ley 33 de 1985, en concordancia con el Presidente Jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Manifestó que los actos administrativos demandados trasgreden 3 preceptos de la Constitución Política de Colombia, así: i) *orden justo como fin esencial del Estado, principio fundamental de donde nacen los demás o por lo menos los otros reciben su inspiración o razón de ser*; ii) *principio de favorabilidad consistente en la obligación que tiene el operador jurídico de aplicar entre varias normas o fuentes que regulan una situación jurídica, la que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador (artículo 21 del C.S.T)*; iii) *derecho adquirido de liquidar el derechos con plena observación del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y artículo 1º de la Ley 33 de 1985, entre otras, principios que no fueron observados en su plenitud, tanto al expedirse el acto administrativo inicial de reconocimiento de la pensión de jubilación, como en el que dio respuesta al derecho de petición presentado para la reliquidación, y en las subsiguientes que resolvieron los recursos de reposición y apelación, al desestimar el derecho adquirido, actos administrativos mediante los cuales incurrió el ISS en vía de hecho y vulneración al debido proceso por desconocer el régimen especial de pensiones.*

Con base a lo anterior, refirió las sentencias 430 del 2011, T-426 de 1992 y SU 430 de 1998, por medio de la cual ha sostenido lo siguiente: “cuando los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas han pasado de simple expectativa a verdaderos derechos, no puede ser reconocido por normas posteriores o por simple decisiones emanadas de las empresas administradores de pensiones, porque se desconocerían los derechos que ostentan los extrabajadores que han llegado a reunir los requisitos, los cuales son imprescriptibles.

Resaltó que con base en las citas jurisprudenciales, el desconocimiento y desacato intencional de la UGPP, se convierte en vía de hecho a través de lo obrante en cada una de las Resoluciones RDP 045990 del 6 de diciembre de 2016, RDP 005676 del 15 de febrero de 2017 y RDP 011935 del 23 de marzo de 2017.

Agregó que el operador jurídico incurrió en violación de las normas de carácter superior citadas, bien sea por aplicación indebida o interpretación errónea, lo que generó la expedición de actos administrativos con visos de falta motivación y desviación de poder que deben subsanarse.

Finalmente concluyó que encontrándose determinadas las disposiciones legales que el ISS debía aplicar al momento de reconocer y liquidar la pensión de vejez, no lo hizo, error en que persistió al no modificar el primer acto administrativo en virtud de la solicitud de reliquidación o reajusten de la mesada pensional y mantener la aplicación indebida del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en correlación con el Decreto 1158 de 1994, por lo tanto solicitó se acceda favorablemente a las pretensiones de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP (fls. 111 a 129, C.1).

Actuando debidamente representada y dentro del tiempo oportuno otorgado para tal efecto, la UGPP contestó la demanda de la siguiente manera.

Respecto de los hechos no se pronunció respecto a ellos y se atiene a lo que resulte probado durante el proceso, resaltando que la UGPP, ha actuado en todo momento con base en los postulados legales y jurisprudenciales que regulan el tema en mención; así mismo se opuso a todas las declaraciones y condenas solicitadas por la parte demandante.

Propuso las excepciones que denominó:

i) *“inexistencia de la obligación y coro de lo no debido”* argumentó que la demandante no cumplió con los requisitos legales para acceder a la reliquidación de la pensión, por lo tanto la UGPP no tiene obligación de reconocerlas.

Adicionalmente manifestó que los actos administrativos demandados no son violatorios de ninguna norma Constitucional o Legal y por el contrario se ajusta plenamente al régimen jurídico que le era aplicable.

Por lo tanto agregó que resulta válido y necesario para la UGPP el apartamiento del precedente judicial emanado por el Consejo de Estado sobre la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo por el desarrollo jurisprudencial que sobre tal punto ha hecho la Corte Constitucional y Corte

Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en precedencia, sino también por cuanto el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, al ordenar la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas a los terceros.

ii) "*irrectroactividad*" con fundamento en que la demandante le fue aplicada la normatividad vigente para la época, por lo tanto la señora Débora Isabel Doria Pico no puede solicitar hoy que le sean aplicadas con retroactividad normas o jurisprudencia que no estaba vigente para ese entonces.

iii) "*prescripción*" manifestó que se de aplicación en los términos del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, y de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En efecto el derecho que reclama la demandante está prescrito, toda vez que han transcurrido más de diez (10) años desde que se hizo exigible, pues la pensión de vejez a la parte accionante se le reconoció mediante Resolución 0783 del 8 de agosto de 2007.

iv) "*la genérica*" solicitó que se declare oficiosamente todo hecho a favor de la UGPP que se constituya en excepción frente a las pretensiones de la accionante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (archivos 06 y 07 del expediente híbrido). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en la contestación de la demanda, al mismo tiempo realizó recuento normativo en relación a la liquidación pensional, concluyendo que el régimen de transición pensional de la Ley 33 de 1985 remite a las normas contenidas en la Ley 6 de 1945 que rigen la materia, con la inclusión de todos los factores que constituyen salario, al tenor de lo previsto por el Decreto 1045 de 1978.

UGPP (archivos 08 al 09 del expediente híbrido). Se ratificó en los planteamientos desarrollados dentro de la contestación de la demanda, ratificándose en que se opone a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas por la demandante, así mismo que los actos impugnados conservan su legalidad pues no son sujeto de ninguna causal de nulidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público en esta etapa procesal guardó silencio.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido a este Tribunal el 26 de abril de 2017, y allegado el 5 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 65, C.1).

Admisión, contestación y traslado de excepciones. Con auto del 17 de julio de 2017 se admitió la demanda (fls. 66 a 68, C.1); que una vez notificada fue contestada oportunamente por la entidad demandada (fls. 111 a 129, C1). La parte actora se pronunció en relación con las excepciones formuladas (fls. 137 a 144, C.1).

Llamamiento en garantía. Mediante auto del 11 de febrero de 2019 se negó solicitud de llamamiento en garantía efectuado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP (fls.149 y 150, C1).

Audiencia inicial. El 4 de marzo de 2019 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (fl. 154, C.1), la cual se programó mediante auto del 10 de julio de la misma anualidad (fl.155) y se llevó a cabo el 29 de julio de 2019 (fls. 158 a 162, C.1A), que finalizó con decreto de pruebas.

Traslado de pruebas. Con Auto del 30 de septiembre de 2020 se ordenó corre traslado de prueba a las partes (archivo 01 expediente híbrido). Las partes dentro del término no se pronunciaron (archivo 03 del expediente híbrido).

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, este Magistrado ponente ordenó la presentación de alegatos por escrito, para dictar sentencia dentro de los días siguientes. Durante el término conferido, las partes intervinieron. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad (archivo04).

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2010 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 10), que se dicta en seguida en aplicación de lo dispuesto por los artículos 181 –inciso final– y 187 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende el demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 045990 del 6 de diciembre de 2016 en su

artículo 1º, RDP 005676 del 15 de febrero de 2017, RDP 011935 del 23 de marzo de 2017, expedidos por la UGPP, con los cuales se resolvió negativamente la reliquidación de la pensión, del recurso de reposición y del recurso de apelación.

Como consecuencia de tal declaración, solicita se ordene a la UGPP, reconocer, reliquidar y pagar la pensión de vejez de la señora Débora Isabel Doria Pico, según su situación laboral dentro del régimen de transición de acuerdo con las normas que le sean más favorables. Lo anterior, debidamente indexado conforme a la ley.

En este sentido considera que el reconocimiento de la pensión de jubilación debe efectuarse sobre el 75% del promedio de lo devengado mensualmente: 1. *Asignación básica mensual*; 2. *Auxilio de localización*; 3. *Subsidio de alimentación devengados mensualmente durante el último año de servicio comprendido entre el 1º de mayo de 1992 y el 30 de abril de 1993*, constituyendo estos factores salariales en el ingreso base de liquidación de la accionante, ingresos que se debieron de adicionar en una doceava parte con los ingresos devengados y pagados en el último año de servicio, que para el caso son: BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, LA PRIMA DE SERVICIO DE JUNIO y LA PRIMA DE NAVIDAD.

Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio, el problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

¿Le asiste derecho a la parte demandante, a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo los factores salariales devengados por aquella en el último año de servicio?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; y **ii)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. La señora Débora Isabel Doria Pico nació el 14 de junio de 1952 (fl. 62 C.1).
2. De conformidad con los elementos probatorios allegados al expediente,

se encuentra acreditado que la parte actor prestó sus servicios en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA desde el 6 de diciembre de 1971 hasta el 29 de abril de 1993, en el cargo de Técnico Administrativo Código 4065 Grado 11 (fl.50 C1).

3. La parte actora solicitó la pensión de jubilación, el INCORA reconoció la misma a favor de la señora Débora Isabel Doria Pico, mediante Resolución nº0783 del 8 de agosto de 2007 y a partir del 14 de junio de 2007 con base en los supuestos previstos por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 51 a 53 C.1).
4. En Resolución nº2702 del 15 de diciembre de 2008, el Director General del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, entidad que asumió obligaciones que estaban a cargo de INCORA en liquidación, ordenó reliquidar la mesada pensional de la parte actora con los factores salariales que establece el Decreto 1158 de 1994 percibidos durante el último año de servicios. (fls.55 a 59).
5. Mediante petición del 27 de julio de 2016, la parte actora solicitó a la UGPP, la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión en el IBL de todos los factores salariales devengados en su último año de servicio (fls.25 a 30).
6. A través de Resolución RDP 045990 del 6 de diciembre de 2016, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de la señora Débora Isabel Doria Pico (fl.21 a 23).
7. La parte actora radicó recurso de reposición y en subsidio el de apelación el 28 de diciembre de 2016 contra la Resolución RDP 045990 del 6 de diciembre de 2016 la cual negó la reliquidación de pensión de la parte actora (fls.34 a 45).
8. Por medio de Resolución RDP 005676 del 15 de febrero de 2017, la UGPP resuelve y confirma en todas y cada una de las partes la Resolución nº45990 del 6 de diciembre de 2016 (fls.31 a 33).
9. En Resolución RDP 011935 del 23 de marzo de 2017, la UGPP negó el recurso de apelación y confirmó en todas las partes la Resolución nº45990 del 6 de diciembre de 2016 (fls. 46 y 47).
10. Oficio nº20163400090941 del 13 de mayo de 2016, expedido por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas, donde se remite Certificado Laboral de la señora Débora Isabel Doria Pico, y en el cual se relacionan los registros individuales de pago del periodo

comprendido entre el 1º mayo de 1992 hasta el 29 de abril de 1993 (fls.49 y 50).

Régimen pensional aplicable

La Ley 100 de 1993⁴ en su artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determinó su campo de aplicación, conservando en todo caso los derechos adquiridos conforme a disposiciones anteriores.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, el Sistema General de Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de dicho Decreto. Respecto de los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, se estableció como entrada en vigencia, “(...) a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo Gobernador o Alcalde.”

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró el régimen de transición como una especial protección de quienes se encontraran próximos a obtener la pensión de jubilación⁵, atendiendo lo expresado por el Consejo de Estado⁶ y por la Corte Constitucional⁷, en cuanto a que los tránsitos legislativos debían ser razonables y proporcionales⁸.

⁴ Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

⁵ “**Artículo 36. Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)”.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Radicación: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01).

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ En efecto, la citada norma dispuso: “**Artículo 36. Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)”.

El artículo 48 de la Carta Política, adicionado por el Acto Legislativo n° 01 de 2005, en relación con el régimen de transición, dispuso en el párrafo transitorio 4, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

Atendiendo lo expuesto, y descendiendo al caso concreto se encuentra acreditado que al 1º de abril de 1994⁹, la parte demandante contaba con 41 años de edad y 22 años, 3 meses y 25 días de servicio, cumpliendo así los dos requisitos posibles previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición.

Lo anterior significa que la parte accionante cumple los presupuestos fácticos del citado artículo 36 y por lo tanto le son aplicables las disposiciones que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 gobernaron el régimen pensional con las correspondientes condiciones relativas a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

Para la Sala es claro, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado¹⁰, que la norma que regía al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 era la Ley 33 de 1985, que reguló de manera general y ordinaria el derecho pensional de todos los empleados del sector oficial y que, en tal sentido, debe ser aplicada en su integridad al demandante, toda vez que éste se encuentra amparado, se itera, por el multicitado régimen de transición.

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: “*El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión*

⁹ Fecha a partir de la cual entró a regir el Sistema General de Pensiones, tratándose de servidores públicos nacionales.

¹⁰ Así lo ha precisado el Consejo de Estado: “Para quienes a la fecha de vigencia de la ley 100 de 1993 no tenían su situación jurídica consolidada, en la forma indicada (régimen de transición), el régimen aplicable es el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988”. Lo mismo para los jubilados que “hubieren definido su situación jurídica en departamentos y municipios en donde no se expidieron disposiciones sobre esta materia”. (Rad. 827/96). (Subrayado fuera del texto).

se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

El párrafo 2º de la citada Ley establece “*para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley*”, en efecto para atender al caso concreto la parte actora solo logró demostrar que al 13 de febrero de 1985 entrada en vigencia de la norma en cita, contaba con 13 años, 2 meses y 7 días de servicio.

Elementos del régimen de transición

Con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Corte Constitucional, se generó una amplia discusión no sólo sobre la procedencia de incluir el ingreso base de liquidación como parte de los aspectos que por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 deben ser respetados y reconocidos conforme a la legislación anterior aplicable, sino también acerca de los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en la respectiva liquidación, esto es, si deben ser solamente aquellos en relación con los cuales se hubieren hecho los correspondientes aportes.

En efecto, en varios pronunciamientos, el Consejo de Estado reiteró que, de un lado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla como elementos constitutivos del régimen de transición la edad, el tiempo de servicio y el monto, entendiendo que este último comprende no sólo el IBL del último año de servicios sino también el porcentaje asignado por la ley; y, de otra parte, la única excepción a lo que debe entenderse por monto aplica para las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

En sentencia SU-395 de 2017¹¹, la Corte Constitucional nuevamente insiste en que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, abarca edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendiendo por este último la tasa de reemplazo, es decir, el porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que sólo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

¹¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

Posteriormente, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018¹², en la que precisó lo siguiente:

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

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

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

Ante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la manera como deben liquidarse las pensiones de jubilación reconocidas por el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta el cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, esta Corporación ha decidido, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición que venía adoptando en estos temas de reliquidación pensional, para en su lugar acogerse a la postura planteada por el Máximo Tribunal Constitucional y por el Consejo de Estado en la actualidad, tal como lo ha hecho ya en varias sentencias desde el año 2018.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los elementos del régimen de transición al caso concreto

¹² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de aplicación del régimen de transición. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Factores salariales a incluir en la liquidación pensional de la parte demandante

Dado que en el presente asunto la parte actora discute que para la liquidación de su pensión de jubilación no se incluyeron la totalidad de factores salariales devengados, esta Sala de Decisión limitará su estudio a dicho aspecto.

Conforme al precedente constitucional desarrollado con amplitud en la sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, los únicos factores que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación que corresponda y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994.

En ese orden de ideas, según el criterio jurisprudencial antes expuesto, los factores que hubiere percibido la parte demandante durante el último año de servicio, y que no se encontraran contemplados por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que subrogó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994¹³, no podían ser incluidos en la respectiva liquidación pensional.

¹³ La citada norma es del siguiente tenor:

- ARTICULO 1o.* El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
- a) La asignación básica mensual;
 - b) Los gastos de representación;
 - c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
 - d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
 - e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
 - f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
 - g) La bonificación por servicios prestados;

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 actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama, en tanto para la liquidación de su pensión de jubilación sólo podían tenerse en cuenta los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubiere cotizado.

Ahora bien, mediante Resolución nº2702 del 15 de diciembre de 2008 el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad que asumió obligaciones del INCORA en liquidación, revisó la Resolución nº 0783 del 8 de agosto de 2007, por la cual se reconoció la pensión de jubilación de la parte actora, y dispuso reliquidar la misma con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, correspondiente al tiempo comprendido entre el 1º de mayo de 1992 y el 30 de abril de 1993 con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En consecuencia, no le asiste derecho a la parte actora a la reliquidación pensional solicitada en la demanda.

En ese sentido, se declararán probadas las excepciones de ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*** propuesta por la UGPP; y se negarán las súplicas de la demanda.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE fundada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, propuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Segundo. NIÉGANSE las súplicas de la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Débora Isabel Doria Pico contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

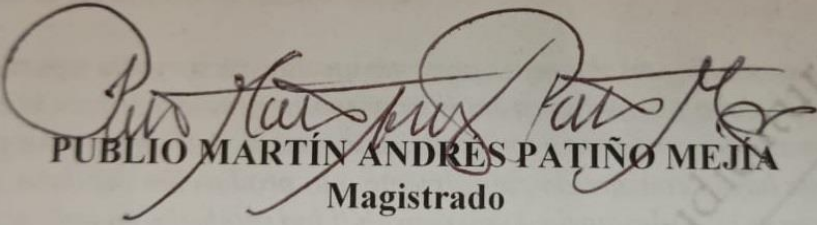
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 150

FECHA: 24/08/2022



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 125

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-004-2017-00264-02
Demandante: María Cenelia Flórez de Gil
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 032 del 19 de agosto de 2022

Manizales, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del diez (10) de febrero de dos mil veinte (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 la señora María Cenelia Flórez de Gil contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 25 de mayo de 2017², se solicitó lo siguiente³:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² Página 3 del archivo n° 03 del expediente digital.

³ Página 13 del archivo n° 03 del expediente digital.

1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones nº 2183 del 24 de mayo de 2016 y nº 0201 del 12 de enero de 2017, con las cuales el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, de un lado, negó la pensión de sobrevivientes solicitada por la señora María Cenelia Flórez de Gil respecto de su hijo Jhon Edier Gil Flórez, fallecido cuando se desempeñaba como soldado del Ejército, y de otro, resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra aquella decisión.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a favor de la parte actora, de acuerdo con el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta la condición más beneficiosa y el principio de igualdad material.
3. Que se condene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a pagar el retroactivo desde que se elevó la primera solicitud, esto es, desde el 19 de abril de 2013, con el incremento respectivo.
4. Que sobre la suma a reconocer, la entidad accionada pague los correspondientes intereses moratorios o, de manera subsidiaria, cancele las mesadas debidamente indexadas.
5. Que se condene a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho.
6. Que se ordene a la entidad accionada dar cumplimiento a la sentencia, de conformidad con el artículo 192 del CPACA.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁴:

1. La señora María Cenelia Flórez de Gil es la madre del señor Jhon Edier Gil Flórez.
2. El señor Jhon Edier Gil Flórez perteneció al Batallón Ayacucho de Manizales, en el cuarto contingente de 1986.

⁴ Páginas 11 a 13 del archivo nº 03 del expediente digital.

3. En cumplimiento de una misión especial contra el enemigo para el mantenimiento del orden público, el señor Jhon Edier Gil Flórez falleció el 7 de octubre de 1987 en la vereda San Antonio del Municipio de Caldon (Cauca), a causa de un encuentro armado con subversivos del extinguido grupo M-19.
4. El 17 de noviembre de 1987, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional honró la memoria del soldado Jhon Edier Gil Flórez y le confirió ascenso póstumo al grado de cabo segundo, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.
5. Mediante Resolución nº 999 del 22 de febrero de 1988, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó pagar a favor de los padres del señor Jhon Edier Gil Flórez, una compensación por muerte y cesantía doble y definitiva, en cuantía de \$1'529.945.
6. El 19 de abril de 2016, la señora María Cenelia Flórez de Gil solicitó ante el Grupo de Prestaciones Sociales de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en su condición de madre del cabo segundo (póstumo) Jhon Edier Gil Flórez, con fundamento en el Decreto 1211 de 1990 y en la Ley 447 de 1998.
7. A través de Resolución nº 2183 del 24 de mayo de 2016, la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional negó la pensión por muerte solicitada por la señora María Cenelia Flórez de Gil respecto de su hijo Jhon Edier Gil Flórez, con el argumento que la Ley 447 de 1998 no se encontraba vigente para la época del fallecimiento, por lo que debía aplicarse el Decreto 2728 de 1968.
8. Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.
9. Con Resolución nº 3074 del 29 de julio de 2016, el Ministerio de Defensa Nacional rechazó el recurso de apelación presentado, indicando que no había cumplido el requisito de la presentación personal del poder.
10. Frente a lo anterior, la parte actora presentó acción de tutela, correspondiendo su conocimiento al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el cual amparó el derecho al debido proceso de la accionante.
11. Mediante Resolución nº 0201 del 12 de enero de 2017, el Ministerio de

Defensa Nacional resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes el contenido del acto recurrido, y además informó que no procedía el recurso de apelación.

12. La señora María Cenelia Flórez de Gil dependía económicamente de su hijo Jhon Edier Gil Flórez.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 13, 53 y 58; Ley 447 de 1998; CPACA: artículos 1, 3 y 138; Decreto 2651 de 1991; Ley 23 de 1991: artículo 70 y siguientes; y Decreto 1112 (sic) de 1990.

Consideró que en este caso procedía la aplicación del Decreto 1112 (sic) de 1990 y no el Decreto 2728 de 1968, ya que sería un contrasentido ascender a un soldado que murió en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo, al grado de cabo segundo y aún así, se le reconozca a los beneficiarios únicamente la compensación por muerte y la doble cesantía, pero no la pensión de sobrevivientes.

Adujo que para resolver la citada ambigüedad interpretativa, debe acudirse al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y que permitiría aplicar el Decreto 1211 de 1990, tal como lo hizo el Consejo de Estado en sentencia del 1º de abril de 2004 (radicado: 2001-1619-01(1994-03)).

Sostuvo que con la negativa de la entidad accionada, es flagrante el desconocimiento de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, dejando de lado principios tan importantes como los de economía y celeridad, sin argumento válido.

Afirmó que la entidad omitió otros principios tales como el de eficacia e imparcialidad, toda vez que en ningún momento respetó y garantizó a la demandante el derecho que tiene de recibir una pensión en la forma señalada en la ley, pretermitiendo la reiterada jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativa, que ha reconocido la pensión de sobrevivientes en casos similares.

⁵ Páginas 14 a 17 del archivo nº 03 del expediente digital.

Aseguró que los actos atacados fueron expedidos con vicios e irregularidades, ya que desconocieron derechos adquiridos y además no son adecuados a los fines que persigue el servicio público.

Finalmente expuso que con la actuación administrativa demandada se atenta contra los derechos al trabajo, a los derechos adquiridos, al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que deben ser respetados y protegidos por las autoridades de cualquier índole.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término legal correspondiente, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional respondió la demanda promovida⁶, en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la parte actora no tiene derecho a que se reconozca la prestación reclamada, teniendo en cuenta la normativa aplicable al caso concreto para la época de los hechos.

Expuso quienes se encuentren vinculados a regímenes especiales deben someterse íntegramente a éstos, sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general, pues no sería equitativo que una persona se beneficie de un régimen más ventajoso y al mismo tiempo pretenda que se le extienda la aplicación del régimen general.

Manifestó que el decreto que rige íntegramente al personal conscripto del as Fuerzas Militares es el 1211 de 1990, el cual establece en el artículo 191 el reconocimiento y pago de pensión mensual siempre y cuando el militar contara con 15 años de servicio para el momento de su fallecimiento.

Afirmó que en este caso, el Ejército Nacional ordenó a favor de los padres del soldado Jhon Edier Gil Flórez, ascendido a cabo segundo (póstumo), el pago de cesantías dobles y compensación por muerte, de conformidad con la norma vigente para la época de los hechos.

Aseguró que las pretensiones de la demanda no son procedentes, en tanto los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 no contemplaron el beneficio reclamado y, además, tanto el Decreto 1211 de 1990 como la Ley 447 de 1998 no son aplicables por sí solos de manera retroactiva.

⁶ Páginas 1 a 8 del archivo n° 04 del expediente digital.

Indicó que el acto atacado fue emitido con base en la norma vigente y, por lo tanto, no puede ser declarado nulo y menos ordenarse el restablecimiento de ningún derecho.

Señaló que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares.

Refirió que cuando existe conflicto entre dos normas, de conformidad con el principio de favorabilidad, el Juez debe escoger la más ventajosa o benéfica para el trabajador, pero no le está permitido crear una tercera con lo más ventajoso de cada una.

Solicitó que se dé aplicación al principio de legalidad y, en ese sentido, se resuelva el asunto de conformidad con el Decreto 2728 de 1968, vigente para cuando falleció el señor Jhon Edier Gil Flórez.

Propuso como excepción de fondo, la que denominó: *“CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA”*, con fundamento en que el régimen especial aplicable a la fecha de fallecimiento del causante, no consagró la pensión de sobrevivientes y, en tal sentido, no le asiste derecho a la parte actora a que se acceda a las pretensiones.

LA SENTENCIA APELADA

El 10 de febrero de 2020, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁷, con la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se indican a continuación.

Acudiendo a providencia del Consejo de Estado⁸, la Juez de primera instancia hizo referencia al desarrollo normativo de la pensión de sobrevivientes para beneficiarios de miembros de la Fuerza Pública. Así mismo, citó apartes de sentencia de unificación del mismo Alto Tribunal⁹, en la que se compendiaron los derechos prestacionales de los beneficiarios de soldados muertos en combate.

A continuación, hizo alusión a los principios de condición más beneficiosa y de favorabilidad en materia pensional, acudiendo para ello a jurisprudencia

⁷ Páginas 81 a 100 del archivo nº 04 del expediente digital.

⁸ Sentencia del 31 de mayo de 2018 (radicado: 2015-01678-01(2493-2017)).

⁹ Sentencia del 4 de octubre de 2018 (radicado: 2013-00741-01(4648-15)).

de la Corte Constitucional.

Con base en lo anterior, la Juez *a quo* expuso que el reconocimiento y liquidación de las pensiones se rige por la normativa vigente al tiempo en que ocurre el hecho que origina el derecho, que para el caso concreto es cuando el causante fallece. En ese sentido, indicó que como el señor Jhon Edier Gil Flórez murió el 7 de octubre de 1987, la norma aplicable, en principio, sería el Decreto 2728 de 1968.

Ahora bien, señaló que con fundamento en la citada disposición, una vez fallecido un soldado en combate, debe ser ascendido en forma póstuma al grado de cabo segundo, lo cual implica que las prestaciones a las que tengan derecho sus beneficiarios corresponden a las mismas de los beneficiarios de un cabo segundo, pues de lo contrario, no tendría implicación práctica el ascenso póstumo. Sobre el particular, citó apartes de sentencia del Consejo de Estado.

Precisó que la situación anterior no genera que la norma a aplicar sea el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, pues éstas no se encontraban vigentes para cuando se causó el derecho.

Aclaró que tampoco puede ser aplicable la Ley 100 de 1993 acudiendo al principio de favorabilidad o la condición más beneficiosa, por iguales motivos a los expuestos, esto es, por el hecho que el fallecimiento no ocurrió en vigencia del régimen general de seguridad social.

Manifestó que en sentencia de unificación del 4 de octubre de 2018 (radicado: 2013-00741-01(4648-15)), se estableció que el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990 se aplican para los soldados voluntarios fallecidos en combate entre el 11 de enero de 1989 y el 7 de agosto de 2002.

Adujo que la parte actora no se encuentra en los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación mencionada, teniendo en cuenta que el señor Jhon Edier Gil Flórez falleció el 7 de octubre de 1987, esto es, con anterioridad al Decreto 95 de 1989. Así las cosas, las reglas jurisprudenciales previstas en dicha providencia tampoco le son aplicables.

Finalmente condenó en costas a la parte actora, en lo que respecta a las agencias en derecho, por encontrar que éstas se causaron en la actuación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹⁰, con fundamento en lo siguiente.

Adujo que existen derechos de rango constitucional que deben ser acatados y, en tal sentido, accederse al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de acuerdo con el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta la condición más beneficiosa y el principio de igualdad material.

Sostuvo que el Juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta la condición más favorable, conforme al artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que omitió la retrospectividad de la ley, en aplicación de los Decretos 89 de 1984, 95 de 1989 y 1211 de 1990, así como la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de octubre de 2018, aplicable a todos los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, como ocurrió en el presente asunto.

Manifestó que la no aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, de los Decretos 95 de 1989 y 1211 de 1990, así como de la sentencia de unificación referida, genera una violación de garantías constitucionales a favor de la parte actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante¹¹

Reiteró, en esencia, los argumentos expuestos en el recurso de apelación, relativos a que a la parte actora le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes, en aplicación de la sentencia de unificación del 4 de octubre de 2018.

Parte demandada

Dado que el abogado Julián Ortega Sánchez no allegó poder que lo facultara para actuar en nombre y representación de la entidad accionada, el Tribunal tendrá como no presentados los alegatos de conclusión presentados por dicho profesional del derecho¹².

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

¹⁰ Páginas 104 y 105 del archivo n° 04 del expediente digital.

¹¹ Archivo n° 10 del expediente digital.

¹² Archivo n° 12 del expediente digital.

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de julio de 2020¹³, y allegado el 17 de septiembre de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁴.

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de septiembre de 2020¹⁵ se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia. Sólo la parte actora alegó de conclusión¹⁶. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de noviembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁷, la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal 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, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- *¿A la luz de la normativa especial aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares, la señora María Cenia Flórez de Gil tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del soldado regular, señor Jhon Edier Gil Flórez?*

En caso negativo,

¹³ Archivo nº 01 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 07 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 07 del expediente digital.

¹⁶ Archivo nº 10 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 13 del expediente digital.

- *¿Es procedente aplicar normas posteriores a la fecha de causación del derecho, por aplicación del principio de favorabilidad?*

De ser ello así,

- *¿Se cumplen los requisitos previstos por tales disposiciones para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos acreditados; **ii)** lineamientos generales en materia de pensión de sobrevivientes; **iii)** régimen de prestaciones por muerte para quienes prestan el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares; **iv)** pensión de sobrevivientes para beneficiarios de soldados regulares; **v)** improcedencia de aplicar retrospectivamente la ley en materia de pensión de sobrevivientes; **vi)** régimen pensional aplicable al caso concreto; y **vii)** examen del caso concreto.

1. Hechos acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) De conformidad con el expediente administrativo allegado a la actuación, el señor Jhon Edier Gil Flórez es hijo de la señora María Cenia Flórez de Gil.
- b) El 16 de junio de 1986, el señor Jhon Edier Gil Flórez fue incorporado al Ejército Nacional como soldado regular¹⁸.
- c) El señor Jhon Edier Gil Flórez falleció el 7 de octubre de 1987 en Caldon (Cauca)¹⁹.
- d) Mediante Orden del Día n° 0257 del 15 de octubre de 1987, el comandante del Batallón de Infantería n° 22 “Batalla de Ayacucho”, dio de baja al señor Jhon Edier Gil Flórez por muerte²⁰.
- e) Según consta en certificado expedido el 19 de octubre de 1987²¹ y en

¹⁸ Página 11 del archivo n° 06 del expediente digital.

¹⁹ Página 23 del archivo n° 06 del expediente digital.

²⁰ Página 13 del archivo n° 06 del expediente digital.

²¹ Página 15 del archivo n° 06 del expediente digital.

Acta nº 1567 del 23 de octubre de 1987²², el señor Jhon Edier Gil Flórez murió en el servicio, por causa y razón del mismo, en combate contra subversivos del M-19 en la región de Caldonó (Cauca).

- f) Mediante Resolución nº 7931 del 7 de diciembre de 1987²³, el Ministerio de Defensa Nacional lamentó el fallecimiento del soldado Jhon Edier Gil Flórez y, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, lo ascendió en forma póstuma al grado de cabo segundo, con efectos fiscales a partir del 7 de octubre de 1987.
- g) A través de Resolución nº 999 del 22 de febrero de 1988²⁴, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de una compensación por muerte y de cesantía doble y definitiva a favor de los padres del señor Jhon Edier Gil Flórez, en cuantía de \$1'529.945, de conformidad con lo previsto por los Decretos 2728 de 1968 y 89 de 1984.
- h) El 19 de abril de 2016, la señora María Cenelia Flórez de Gil elevó petición al Grupo de Prestaciones Sociales de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de su hijo Jhon Edier Gil Flórez, quien se desempeñaba como soldado regular²⁵.
- i) Con Resolución nº 2183 del 24 de mayo de 2016²⁶, la Directora Administrativa (E) del Ministerio de Defensa Nacional declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna a favor de la señora María Cenelia Flórez de Gil, por concepto de pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso del soldado regular del Ejército Nacional, señor Jhon Edier Gil Flórez.

En la parte considerativa de dicho acto se indicó que de conformidad con lo previsto por el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, aplicable de manera especial para la época de los hechos, se reconoció y ordenó el pago de una compensación por muerte y cesantía doble a través de la Resolución nº 7931 del 7 de diciembre de 1987.

Manifestó la autoridad administrativa que para el momento de fallecimiento del señor Jhon Edier Gil Flórez, éste ostentaba la calidad

²² Páginas 19 a 21 del archivo nº 06 del expediente digital.

²³ Páginas 35 y 36 del archivo nº 06 del expediente digital.

²⁴ Página 35 del archivo nº 03 del expediente digital.

²⁵ Página 40 del archivo nº 03 del expediente digital.

²⁶ Páginas 40 a 42 del archivo nº 03 del expediente digital.

de soldado regular del Ejército Nacional y no de oficial o suboficial de las Fuerzas Militares. Por lo anterior, precisó que el marco normativo aplicable es el Decreto 2728 de 1968 y no el Decreto 1211 de 1990.

Se expuso además en dicho acto administrativo, que tampoco era posible aplicar la Ley 447 de 1998, ya que ésta no se encontraba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos.

La Directora Administrativa (E) del Ministerio de Defensa Nacional negó el reconocimiento de personería jurídica al abogado Andrés Mauricio López Rivera, para actuar como apoderado de la señora María Cenelia Flórez de Gil, por ausencia del requisito de presentación personal.

- j) Frente a la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación²⁷.
- k) Por Resolución n° 0201 del 12 de enero de 2017²⁸, la Coordinadora (E) del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución n° 2183 del 24 de mayo de 2016, confirmándola en todas sus partes, y precisó que el recurso de apelación no era procedente.

2. Lineamientos generales en materia de pensión de sobrevivientes

Nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado mecanismos tendientes a proteger al núcleo familiar o al principal acompañante de quien fallece y que tuvo o tenía derecho a una pensión, evitándose así que la pérdida del ser querido, que detentó la condición de pensionado o con expectativa legítima para ello, traiga consigo una afectación tal en las condiciones de subsistencia de la familia.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el Legislador previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional (o de la asignación de retiro), como prestaciones dirigidas a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que el afiliado o pensionado brindaba 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.

²⁷ Páginas 45 a 47 del archivo n° 03 del expediente digital.

²⁸ Páginas 59 a 62 del archivo n° 03 del expediente digital.

Es necesario aclarar en este punto que si bien la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, lo cierto es que se trata de figuras diferentes, en tanto la primera se otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado que fallece sin cumplir los requisitos mínimos para obtener la pensión, mientras que la segunda se reconoce al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece.

De acuerdo con la anterior precisión, lo que se debate en el proceso de la referencia es el derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Jhon Edier Gil Flórez.

3. Régimen de prestaciones por muerte para quienes prestan el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares

A través de la Ley 65 de 1967 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, entre otros aspectos, en lo relativo al régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía, soldados, grumetes, agentes y personal civil al servicio del ramo de la Defensa Nacional.

En virtud de lo anterior, el Presidente de la República expidió el Decreto 2728 de 1968, con el cual modificó el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares.

En el artículo 8 de la citada norma se consagraron las prestaciones a las que habría lugar en caso de fallecimiento de un soldado o grumete, así:

Artículo 8º. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo

corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

Del texto del citado artículo se advierte que se consagraron diferentes prestaciones en atención a la forma en la que hubiere ocurrido la muerte del soldado o grumete, sin incluir dentro de aquellas la pensión de sobrevivientes.

Dependiendo entonces de la clasificación de la muerte en servicio activo, se determinan las prestaciones a las cuales tienen derecho los correspondientes beneficiarios, según se indica a continuación:

TIPO DE MUERTE	PRESTACIONES RECONOCIDAS
<p>Muerte en combate (aquella ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público)</p>	<p>1. Ascenso en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinerio. 2. Reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado. 3. Pago doble de la cesantía.</p>
<p>Muerte en misión del servicio (la que ocurre en actividad por actos del servicio o por causas inherentes al mismo)</p>	<p>Reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinerio.</p>
<p>Muerte simplemente en actividad (aquella que sucede en actividad, por causas diferentes a las dos hipótesis anteriores)</p>	<p>Reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinerio.</p>

Con posterioridad al Decreto 2728 de 1968, el legislador expidió la Ley 447 de 1998, con la cual estableció beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio, así como una pensión vitalicia para aquellos, en los siguientes términos:

***ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE.** A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.*

***PARAGRAFO 1o.** Suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de*

pensiones.

PARAGRAFO 2o. *Lo establecido en este artículo, se aplicará igualmente en el caso de muerte de persona prestataria del servicio militar obligatorio, como consecuencia de heridas recibidas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.*

Tal como se extrae del texto de la norma, la aludida pensión sólo fue prevista para aquellas muertes ocurridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, esto es, no fue contemplada para los eventos en los cuales la muerte se produjo en misión del servicio y simplemente en actividad.

Más adelante, el artículo 34 del Decreto 4433 de 2004 reiteró que el fallecimiento de una persona vinculada por razón de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrido en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, daría lugar al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios, equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.

Así pues, las prestaciones por muerte durante la prestación del servicio militar obligatorio, son las que se indican en el siguiente cuadro:

NORMA	CALIFICACIÓN DE LA MUERTE	PRESTACIONES RECONOCIDAS
Decreto 2728 de 1968	Heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público.	1. Ascenso en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero. 2. Reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado. 3. Pago doble de la cesantía.
Decreto 2728 de 1968	Accidente en misión del servicio.	Reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.
Decreto 2728 de 1968	En servicio activo o por causas diferentes.	Reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo

		segundo o marinero.
Ley 447 de 1998	En combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.	Reconocimiento y pago de una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo mensual vigente.
Decreto 4433 de 2004	En combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.	Reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente.

Es claro entonces que para efectos de establecer la normativa aplicable al caso, debe determinarse el origen y/o circunstancias en las cuales ocurrió el deceso, según se reseñó anteriormente.

4. Pensión de sobrevivientes para beneficiarios de soldados regulares

Conforme se indicó en precedencia, sólo hasta la expedición de la Ley 447 de 1998, el legislador estableció una pensión a favor de los beneficiarios de los soldados conscriptos que fallecieron en servicio, la cual no abarcó todas las clasificaciones de muerte en servicio activo, pues sólo comprendía aquella dada en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.

Lo anterior, deja en evidencia que la legislación especial analizada no incluyó la pensión de sobrevivientes para la totalidad de eventos en los que podría fallecer un soldado regular en servicio activo.

Ante dicho vacío normativo, al advertir un trato inequitativo e injustificado entre los beneficiarios de los soldados regulares y aquellos de oficiales y suboficiales, acudiendo al principio de favorabilidad, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional²⁹ como del Consejo de Estado³⁰, consideró que “(...) no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en

²⁹ Sentencias T-1043 de 2012, T-484 de 2012 y T-393 de 2013.

³⁰ Al respecto, pueden consultarse las sentencias del Consejo de Estado del 28 de octubre de 2016 (Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 66001-23-33-000-2013-00432-01(4826-14)) y del 17 de agosto de 2017 (Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, radicado 73001-23-33-000-2013-00058-01(3791-13)).

desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto”³¹.

En efecto, se afirmó que no era razonable ni existía justificación válida para que se ordenara un ascenso póstumo, así como el reconocimiento de unas prestaciones económicas a favor de los beneficiarios, pero no el pago de la pensión de sobrevivientes para quienes, con el hecho de la muerte de un miembro de las Fuerzas Militares, perdían el sustento y apoyo económico que éste les brindaba.

En aplicación de lo anterior, y en aras de efectivizar el derecho a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado fallecido, dichas Altas Corporaciones optaron por inaplicar el Decreto 2728 de 1968 y, en su lugar, acudir a las previsiones que sobre la materia de pensión de sobrevivientes estableció el Decreto 1211 de 1990 para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Debe precisarse que la inaplicación del Decreto 2728 de 1968 y la aplicación del Decreto 1211 de 1990 se originó en aquellos casos en los que, estando vigente esta última norma, la pensión de sobrevivientes no procedía por no haber sido consagrada para ciertos tipos de muerte en servicio activo, esto es, para las producidas en misión del servicio y simplemente en actividad.

En sentencia de unificación del 12 de abril de 2018³² y en cuanto al régimen aplicable a la pensión de sobrevivientes respecto del personal de soldados muertos en simple actividad, el Consejo de Estado fijó reglas de unificación de jurisprudencia y sostuvo lo que se cita a continuación *in extenso*:

88. Esta relación evidencia que solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 se previó una pensión a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no la contemplaba. Aunado a lo anterior, es importante advertir que la Ley 447 de 1998 consagró la aludida pensión, tan solo para aquellas muertes ocurridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.

89. Se observa entonces que para el caso del fallecimiento de un conscripto en

³¹ Sentencia T-1043 de 2012.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 12 de abril de 2018. Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)CE-SUJ2-010-18.

simple actividad, la única prestación se encuentra prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y consiste en el reconocimiento y pago de 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.

(...)

1.1.8 Principio pro homine o pro persona

112. El principio pro homine es un principio que irradia a todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de tales derechos. (...).

1.1.9 Principio de igualdad

117. Es importante precisar que los regímenes pensionales especiales encuentran limitantes impuestas en virtud de principios superiores como la igualdad y la favorabilidad, (...).

(...)

1.1.9.1. Principio de inescindibilidad de la norma

(...)

127. De lo anterior, se colige que el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

(...)

1.1.10. Determinación de la regla aplicable a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los conscriptos de las Fuerzas Militares muertos simplemente en actividad.

(...)

133. Así pues, en aplicación de la regla de favorabilidad, en los términos del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se observa que el régimen que más ampara a los beneficiarios del conscripto fallecido simplemente en actividad es el contenido en las normas generales que prevén una prestación con mayor vocación de continuidad en el tiempo que las contenidas en el Decreto 2728 de 1968 y que, además, se corresponde con los efectos pensionales que debe

imprimírsele a este periodo de servicio público.

134. *Lo anterior, en razón a que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene previsto, en caso de fallecimiento, una pensión de sobrevivientes para el causante que hubiere cotizado 26 o 50³³ semanas, cuyo monto es igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, y sin que pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.*

135. *En este sentido, el Consejo de Estado ha ordenado que, con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional³⁴.*

136. *Ahora bien, en este estudio no debe incluirse el Decreto 1211 de 1990, por cuanto no es aplicable a quienes prestan el servicio militar obligatorio, donde se ubican los soldados regulares, quienes claramente no son oficiales ni suboficiales.*

137. *Además, no sería más favorable frente a la pensión regulada en el régimen general, (...).*

(...)

139. *Tampoco es admisible extender las prestaciones de que trata la Ley 447 de 1998, como quiera que esta norma no decreta pensión de sobrevivientes en favor de los familiares del conscripto muerto **simplemente en actividad**.*

140. *La misma situación se presenta en relación con las disposiciones contenidas en el Decreto 4433 de 2004, que limitan el derecho a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos muertos en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, excluyendo de su ámbito a quienes durante el periodo del cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar, perecen simplemente en actividad.*

³³ Cita de cita: Este término se predicaría de aquellas situaciones que se consoliden con posterioridad a la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

³⁴ Cita de cita: Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 130012331000200300080 01 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301(1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; subsección B, 25000232500020030678601(1706-12), actor: Flaminio Vela Moreno, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13), actor: Jose Otoniel León Gallo, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12), actor: Alex Bermúdez Rentería; demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional.

(...)

142. No desconoce la Sala que la Corte Constitucional en la sentencia T-1043 de 2012 hizo extensivo el régimen contenido en el Decreto 1211 de 1990, en el caso de un conscripto fallecido el 16 de octubre de 1997 en accidente de tránsito durante el servicio y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente y al hijo del causante, empero, se observa que en aquella oportunidad dentro del sustento jurídico de la decisión se acogió la posición expuesta por el Consejo de Estado en sentencias del 7 de julio de 2011³⁵ y del 30 de octubre de 2008³⁶, vigente para ese momento, y que extendían los efectos de un régimen especial para las Fuerzas Militares, teoría que en esta oportunidad se reevalúa para dar aplicación al régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

143. Lo anterior, en consideración a que tesis como la aplicada en aquellas oportunidades, propenden por la ampliación del ámbito de aplicación de normas especiales señaladas en el Decreto 1211 de 1990, por no encontrar justificada la desigualdad de trato de los oficiales y suboficiales frente a los conscriptos regulados por el Decreto 2127 de 1968, en cuanto no les asigna una pensión de sobrevivientes. Sin embargo, no se percibe con claridad, la razón por la cual se aplica de preferencia dicho compendio especial, antes que el contenido en la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 288 concibe la extensión de sus prestaciones a aquellas personas que venían rigiéndose por otras reglas menos favorables, para el momento de su entrada en vigencia.

144. Al respecto, la Sala considera que se debe replantear dicha posición, en atención a los siguientes aspectos:

- En primer lugar, el alcance del principio de favorabilidad, como se vio, parte de la duda entre normas aplicables, relación que no se presenta entre el Decreto 1211 de 1990 y los conscriptos, quienes no se rigen en materia de prestaciones por muerte por el régimen especial de los oficiales y suboficiales.
- En segundo lugar, tal y como lo ha dicho la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁷, la existencia de regímenes especiales no comporta la vulneración del derecho a la igualdad frente a la generalidad de trabajadores, sino que garantiza una protección igual o superior para sus destinatarios, pero cuando brinda un tratamiento inequitativo y menos favorable a un determinado grupo de servidores respecto del ofrecido por las normas generales, se advierte como un trato discriminatorio que

³⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicación 2161-2006.

³⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicado: 8626-2005.

³⁷ Cita de cita: Corte Constitucional C-461 de 1995 y C-592 de 2014, entre otras.

contradice el artículo 13 de la Constitución Política.

- *En tercer lugar, se debe tener presente el hecho de que los oficiales y suboficiales se encuentran vinculados a la administración en virtud de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor, a partir de una elección voluntaria de incorporación, mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo a la Fuerza Pública surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, lo que en principio permite entender que se encuentra justificada la diferencia de trato en materia prestacional para ambas clases de personal.*

145. Así las cosas, la Sala estima que realizado el análisis de la situación de la persona que muere simplemente en actividad, durante la prestación del servicio militar, surge la aplicación de la regla de favorabilidad del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, con prelación a la del régimen especial contenido en el Decreto 1211 de 1990.

146. Por ende, como el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, este deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.

(...)

1.1.11. Descuentos de lo percibido por concepto de compensación por muerte.

(...)

161. En resumen, es procedente el descuento, debidamente indexado, de lo que se hubiere pagado por virtud de la compensación por muerte, como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968. En todo caso, la entidad solo podrá efectuar el descuento siempre y cuando haya identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce.

162. (...). De manera que por ningún motivo podrá hacerse deducción alguna de la compensación por muerte a quien no resulte beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

(...)

1.1.12. Término de prescripción aplicable

(...)

169. *Por su parte, en el régimen general se aplica el término prescriptivo de 3 años de conformidad con lo establecido por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, (...).*

(...)

173. *De manera que el término de prescripción que corre en contra de la persona que reclama el reconocimiento de la prestación opera respecto de las mesadas y será de tres años, teniendo como referente la presentación de la respectiva petición.*

174. *Ahora bien, no puede hablarse de prescripción de los valores económicos pagados por compensación por muerte, toda vez que la sentencia que reconoce el derecho pensional es la que origina, a su vez, el derecho de la entidad a deducir los valores que fueron inicialmente entregados por aquel concepto.*

1.1.13. Reglas de unificación

175. *De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia:*

1. *En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda y a los supuestos fácticos de la litis, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.*

2. *Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.*

3. *Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubija tal prestación es cubierta con el*

reconocimiento pensional.

4. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

5. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general.

6. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional.

1.1.14. Efectos en el tiempo de las sentencias de unificación. Precedente y su vinculatoriedad.

(...)

205. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial. (Negrilla es del texto).

Dicha posición se ha hecho extensiva para los soldados regulares fallecidos en misión del servicio, tal como se indicó en sentencia del 25 de abril de 2019³⁸:

Por otro lado, en cuanto al régimen aplicable en caso de soldado muerto en misión de servicio, en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Sala aplicará por analogía, el criterio plasmado en la sentencia de unificación, CE-SUJ-SII-010-2018 de 12 de abril de 2018 del Consejo de Estado, por las siguientes razones:

Si bien es cierto, en la mencionada sentencia se trató un caso de muerte de soldado (i) “simplemente en actividad” que es una de las causales previstas en

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 25 de abril de 2019. Radicación número:13001-23-33-000-2013-00706-01(0133-16).

las normas especiales, a lado de las otras causales (ii) en misión de servicio y (iii) combate, ambos casos se refieren a muerte de soldado en actos de servicio, existiendo vacío normativo respecto al derecho, en uno y otro caso la muerte ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993 y antes de la Ley 447 de 1998.

Así las cosas, de lo esbozado se concluye que en caso de muerte de soldado vinculado a las fuerzas militares, cuyo deceso se produjo "...en servicio por razón y causa del mismo."³⁹, en vigencia del sistema de Seguridad Social Integral sus beneficiarios acceden a la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general contenido los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 1993, el cual habrá de aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación de los demandantes Rubi Neri Osorio de Vélez y Alberto de Jesús Vélez Bustamante, en acatamiento al acervo probatorio, lo que genera como consecuencia que el A-quo acertó en el reconocimiento de la prestación, no así en el régimen aplicable, empero, no por eso se le otorga la razón al apelante.

Lo anterior resulta coherente con la tesis que sentó esta corporación y que plasmó en la estudiada sentencia de unificación, donde se dispuso como regla la obligación del juez contencioso de administrar justicia acorde a la legislación pensional que corresponda, sin importar el régimen pensional invocado por la parte demandante (artículo 103 de la Ley 1437 de 2011⁴⁰):

"En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda y a los supuestos fácticos de la litis, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011."

Con base en lo expuesto, se concluye que ante la inexistencia de regulación en el régimen especial de las Fuerzas Militares respecto de la pensión de sobrevivientes derivada de la muerte de un soldado regular en misión del servicio o simplemente en actividad, es procedente acudir, por principio de

³⁹ Cita de cita: Según el concepto rendido el 15 de julio de 1995 por el Comandante del Batallón de Infantería No. 4 Antonio Nariño, visible a folio 91.

⁴⁰ Cita de cita: "**Artículo 103. Objeto y principios.** Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código."

favorabilidad, al régimen general de seguridad social en la materia, siempre y cuando el fallecimiento ocurra en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Se recuerda que, tratándose de muerte de los soldados conscriptos en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, la norma aplicable será la Ley 447 de 1998, si el deceso se produjo estando en vigencia dicha disposición.

Ahora bien, en tanto los soldados fallecidos en combate o como consecuencia de la acción del enemigo tienen derecho a ascenso póstumo al grado de cabo segundo, tal situación implica que las prestaciones a las que tienen derecho sus beneficiarios podrían, en principio, corresponder a las mismas establecidas para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, previstas en los Decretos 89 de 1984, 95 de 1989 y 1211 de 1990, dependiendo de la norma que se encontrara vigente para la fecha de fallecimiento del causante.

5. Improcedencia de aplicar retrospectivamente la ley en materia de pensión de sobrevivientes

Aun cuando en los casos de muerte de un soldado regular en misión del servicio o simplemente en actividad se aplique, como se indicó, el régimen general, teniendo en cuenta la inexistencia de regulación del régimen pensional especial, u otros decretos para los eventos de muerte en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, como consecuencia del ascenso póstumo, lo cierto es que también se ha precisado que la ley aplicable debe ser, **en todo caso**, la que se encuentre vigente al momento en el que se causó el derecho.

En efecto, en sentencia del 25 de abril de 2013⁴¹, además de rectificar su posición frente a la aplicación retrospectiva del régimen general de pensiones en virtud del principio de favorabilidad e igualdad, la Sección Segunda del Consejo de Estado aclaró que la ley que resulta aplicable es la que se encuentre vigente al momento en que se estructura el derecho. Se dijo en dicha providencia:

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010⁴² y noviembre 1^o de 2012⁴³, en las

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 25 de abril de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01611-01(1605-09).

⁴² Cita de cita: Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la

que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

A igual conclusión llegó dicha Corporación en providencia del 5 de marzo de 2015⁴⁴, y en fallo de tutela del 21 de abril de 2016⁴⁵, en el que sostuvo que “(...) la posición actual del Consejo de Estado consiste en improcedencia de aplicar la Ley 100 de 1993 a situaciones que se consolidaron antes de la entrada en vigencia de esa norma en virtud del principio de favorabilidad, pues debe tenerse en cuenta la disposición normativa vigente en el momento de los hechos que dieron origen a la consolidación del derecho pensional”.

Bajo ese entendimiento, la norma que regula el reconocimiento de la prima de sobrevivientes solicitada por la parte actora es aquella que estaba vigente a la fecha de fallecimiento del causante, pues es en ese momento en que se causa el derecho.

6. Régimen pensional aplicable al caso concreto

Para determinar el régimen que resulta aplicable al caso concreto, debe tenerse en cuenta, como se indicó anteriormente, la clasificación de la muerte del señor Jhon Edier Gil Flórez, pues a partir de ello se establece no sólo la norma aplicable, que debe ser en todo caso la vigente al momento en que se causó el derecho, sino además las prestaciones que deben ser reconocidas

aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, a pesar de que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970.

⁴³ Cita de cita: Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, a pesar de que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: “Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen general de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de su vigencia. Como se trata de pensiones, y éstas no tienen término de prescripción, todos los derechos pensionales de sobrevivientes, resueltos en su momento aplicando válidamente la legislación anterior, resultan ahora sorpresivamente litigiosos, es decir, susceptibles de discusión judicial, así el fallecimiento del causante se haya producido en vigencia de esa legislación anterior, y así se hayan reconocido los derechos derivados del régimen anterior. El principio constitucional de la sostenibilidad financiera, establecido en la Carta desde el Acto Legislativo No. 1 de 2005 queda en entredicho, con una extensión tan amplia y generalizada de la aplicación del régimen general”.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 3 de marzo de 2015. Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00772-01(0328-14).

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 21 de abril de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00630-00(AC).

para sus beneficiarios.

Conforme se acreditó en este asunto, el señor Jhon Edier Gil Flórez murió el 7 de octubre de 1987 en hechos que fueron calificados por la entidad demandada como en el servicio, por causa y razón del mismo y en combate contra subversivos del M-19 en la región de Caldono (Cauca).

Al tratarse pues de la muerte de un soldado regular en misión del servicio y en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, ocurrida el 7 de octubre de 1987, es claro para esta Sala de Decisión que a la parte actora le resultaría aplicable únicamente el régimen especial previsto en el Decreto 2728 de 1968, así como el Decreto 89 de 1984, como consecuencia del ascenso póstumo de que fue objeto.

Debe indicarse que en este caso no puede acudirse a la Ley 447 de 1998, al Decreto 95 de 1989, al Decreto 1211 de 1990 ni a la Ley 100 de 1993, pues se trata de normas que no se encontraban vigentes para la fecha de fallecimiento del causante y, por lo tanto, no es procedente su aplicación retrospectiva.

Es igualmente improcedente pretender la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de octubre de 2018⁴⁶, toda vez que las reglas jurisprudenciales establecidas en dicha providencia se refieren expresa y exclusivamente a los beneficiarios de los soldados voluntarios y no para aquellos de los soldados regulares, como sucede en este asunto.

Recuérdese que, tal como se indica en la misma sentencia de unificación referida, *“(...) la situación del conscripto en las Fuerzas Militares resulta distinta a la del soldado voluntario, pues mientras el primero se encuentra vinculado por la obligación constitucional de tipo temporal que se le ha impuesto, el segundo, al igual que los oficiales y suboficiales, deviene de su incorporación voluntaria a la institución, lo cual expone la diferencia entre los supuestos de hecho que se regulan”*.

7. Examen del caso concreto

Acudiendo entonces al Decreto 2728 de 1968, se observa que éste no consagró el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, sino que sólo estableció beneficios prestacionales, que para los soldados regulares que fallecieron en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, consistían en el pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15)CE-SUJ2-013-18.

correspondientes al grado de cabo segundo póstumo, más el doble de las cesantías.

Según se indicó en el acápite de hechos acreditados, a los beneficiarios del señor Jhon Edier Gil Flórez les fue reconocida dicha compensación por muerte, así como las cesantías dobles, según consta en la Resolución nº 999 del 22 de febrero de 1988.

Ahora bien, en la medida en que el señor Jhon Edier Gil Flórez fue ascendido póstumamente al grado de cabo segundo y, en tal sentido, haría parte de los suboficiales de las Fuerzas Militares, es procedente acudir al Decreto 89 de 1984 que para la fecha de su deceso se encontraba vigente y que sobre la pensión de sobrevivientes previó lo siguiente:

***Artículo 181. Muerte en combate.** Durante la vigencia del presente Estatuto, a la Muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, por hechos inherentes al combate o -por acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

a) A que el Tesoro Público les pague por un sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el Artículo 151 de este Estatuto.

b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante; y

c) Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y el tiempo de servicio del causante.

***Artículo 182. Muerte en misión del servicio.** Durante la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, ocurrida por accidente en misión del servicio en circunstancias distintas a las enunciadas en el Artículo anterior o por causas inherentes al mismo, sus beneficiarios, en el orden establecido en el presente Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

a) A que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, una compensación equivalente a tres (3) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 151 de este Estatuto.

b) *Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.*

c) *Si el oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) años o más de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.*

Artículo 183. Muerte simplemente en actividad. *Durante la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) artículos anteriores, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

a) *A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el Artículo 151 del presente Estatuto.*

b) *Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante.*

c) *Si el Oficial o Suboficial hubiera cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. (Líneas fuera de texto).*

En tanto el señor Jhon Edier Gil Flórez falleció en misión del servicio y en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, le serían aplicables los literales c) de los artículos 181 y 182 del Decreto 89 de 1984, que contemplaban pensión de sobrevivientes para aquellos oficiales o suboficiales que a la fecha de su muerte hubieren cumplido doce (12) años o más de servicio.

Sin embargo, al tratarse de un soldado conscripto que por su sola vinculación temporal al Ejército Nacional no cumpliría el requisito de los 12 años o más de servicio, es evidente para este Tribunal que los beneficiarios del señor Jhon Edier Gil Flórez tampoco tendrían derecho de acceder a la pensión prevista por el Decreto 89 de 1984.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales amerita ser confirmada, en la medida en que el régimen especial que cobijaba al causante no contempló la prestación

reclamada (Decreto 2127 de 1968); al tiempo que no resultan aplicables el Decreto 89 de 1984, la Ley 447 de 1998, el Decreto 95 de 1989, el Decreto 1211 de 1990 ni la Ley 100 de 1993, por cuanto no se cumple el requisito previsto por la primera norma y las demás no se encontraban vigentes para la fecha de fallecimiento del causante, siendo por lo tanto, improcedente su aplicación retrospectiva.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda y el recurso de apelación hubieren sido presentados con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diez (10) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Cenia Flórez de Gil contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

Segundo ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado MANUEL CRISANTO MONROY ROJAS, identificado con la cédula de ciudadanía n° 79'545.675 expedida en Bogotá, y portador de la tarjeta profesional n° 101.664 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la parte demandada conforme al poder obrante en los archivos n° 15 a 18 del expediente digital.

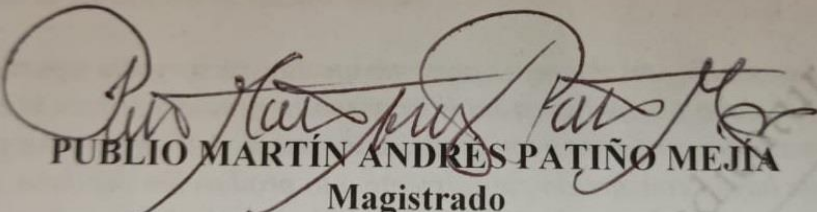
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. 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



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 150
FECHA: 24/08/2022



**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 124

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-006-2017-00299-02
Demandante: José Wilson Álzate Zuluaga
Demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 032 del 19 de agosto de 2022

Manizales, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Wilson Álzate Zuluaga contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP².

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de septiembre de 2020 (archivo 01) se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones n° RDP 044171 del 26 de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, UGPP.

octubre de 2015 y nº RDP001911 del 22 de enero de 2016, con las cuales la UGPP negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar pensión gracia a favor del demandante, desde el 10 de marzo de 2006, pero con efectos fiscales desde el 20 de mayo de 2012, por prescripción trienal.
3. Que se condene a la parte accionada a darle cumplimiento al fallo en la forma prevista por los artículos 192 y 195 del CPACA.
4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

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

1. El señor José Wilson Álzate Zuluaga, laboró al servicio del Departamento de Caldas dedicado a la docencia, en los siguientes cargos:

AGUADAS	Experto Agropecuario educación funcional	Feb. 16 de 1979 a Mar 23 de 1979.
FILADELFIA	Experto Agropecuario educación funcional	Mar 24 de 1979 a Dic. 31 de 1980.
SUPIA.	Experto Agropecuario educación funcional	Ene. 1 de 1981 a Dic. 31 de 1982.
NEIRA	Experto Agropecuario educación funcional	Ene. 1 de 1983 a Jul. 27 de 1986.
NEIRA	Director Equipo Funcional – Secretaria de Educación.	Jul. 28 de 1986 a Nov. 23 de 1992.
NEIRA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	Nov. 24 de 1992 a Mar. 17 de 1997.
VILLAMARÍA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	Mar. 18 de 1997 a May 27 de 1999.
VILLAMARÍA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	May. 28 de 1999 a Dic. 24 de 2001.

2. La parte demandante laboró un total de 8231 días equivalentes a 22.86 años.
3. El señor José Wilson Álzate Zuluaga nació el 10 de marzo de 1956, por lo que cumplió 50 años de edad el 10 de marzo de 2006.

4. El demandante solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión gracia el 20 de mayo de 2015.
5. La Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP en Resolución RDP 044171 del 26 de octubre de 2015, negó la prestación solicitada aduciendo que el señor Alzate Zuluaga no equiparaba el cargo de docente.
6. El accionante radicó recurso de apelación contra la anterior decisión al considerar que cumplía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación gracia, pero la UGPP a través de la Resolución 001911 del 22 de enero de 2016 negó nuevamente el reconocimiento y pago de la prestación.
7. El accionante cumple los requisitos de edad, tiempo de servicio como docente, vinculación anterior al año 1980 y ha cumplido sus funciones con honestidad, consagración y cumplimiento del deber, lo que le permite acceder al beneficio pensional solicitado.
8. El Departamento de Caldas certificó el 21 de junio de 2017 las funciones de instructor del demandante, con lo que se acredita su desempeño docente.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política de Colombia: artículos 1, 2 y 53.

Ley 114 de 2013.

Ley 116 de 1928.

Ley 37 de 1933.

Ley 91 de 1989.

Sostuvo que los actos demandados fueron expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, en tanto la parte accionante cumple los requisitos de ley para acceder a la pensión gracia que reclama, pues se encuentra demostrada su vinculación al Magisterio antes del 31 de diciembre de 1980, así como la calidad de docente territorial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término oportuno, la UGPP dio respuesta a la demanda propuesta (fls. 197 a 205, C.1), para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, con fundamento en que la negativa del reconocimiento de la pensión gracia se dictó con arreglo a la ley, pues el accionante no reúne los requisitos legales previstos para obtener dicha prestación.

Propuso como excepciones las que denominó: **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”**, en el entendimiento que la parte accionante no cumple los requisitos legales para acceder a la pensión gracia que reclama por cuanto el cargo de “Instructor” no corresponde a un cargo docente y agrega que las instituciones agropecuarias eran de carácter nacional a cargo del Ministerio de Educación Nacional por lo que no puede reconocerse el tiempo como experto agropecuario entre el 16 de febrero de 1979 y el 31 de diciembre de 1982, en tal sentido, la UGPP no tiene obligación de efectuarle reconocimiento alguno; **“BUENA FE”**, expresando que al expedir los actos demandados no se actuó de manera arbitraria, amañada o vulnerando la normatividad; **“PRESCRIPCIÓN”**, atendiendo lo previsto por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo – CST y 151 del Código de Procedimiento Laboral – CPL; y **“LA GENÉRICA”**, en tanto se declare probado todo hecho a favor de la UGPP que constituya una excepción a las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 12 de diciembre de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en primera instancia, a través de la cual declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y negó las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que de acuerdo con las pruebas obrantes en la actuación se acreditó que la parte demandante tuvo vinculación de orden administrativo en el Departamento de Caldas la cual correspondía al área de educación no formal y por tal razón no cumple el requisito de estar vinculado como docente antes del 31 de diciembre de 1980.

Atendiendo lo anterior, y de conformidad con los medios probatorios allegados, consideró el Juez *a quo* que la parte accionante no cumplió los requisitos para acceder a la pensión gracia que reclama.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el archivo 22 del cuaderno principal, la parte accionante recurrió la sentencia de primera instancia, insistiendo en que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia, pues si cumple los requisitos legales para acceder a ella, ya que prestó servicios de docencia y cumplió los demás requisitos para acceder a la prestación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. No se pronunció en esta etapa.

Parte demandada (archivo 26). Insistió en los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público intervino en esta oportunidad procesal y solicitó que se conforme la sentencia de primera instancia al no haberse demostrado el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación solicitada.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 28 de septiembre de 2020, y allegado el 27 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 26).

Admisión y alegatos. Por auto del 27 de noviembre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (archivo 26), derecho del cual sólo hizo uso la parte demandada. El Ministerio Público intervino en esta oportunidad y emitió concepto.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de febrero de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 32), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en los que fue presentado.

Problema jurídico

El problema jurídico en el presente asunto se contrae a resolver el siguiente interrogante:

- *¿El señor José Wilson Álzate Zuluaga cumple los requisitos previstos para el reconocimiento y pago de una pensión gracia?*

Para despejar las cuestiones planteadas, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** régimen legal y precedente jurisprudencial aplicable al reconocimiento y liquidación de la pensión gracia; **ii)** hechos acreditados; y **iii)** examen del caso concreto a fin de establecer si el demandante cumple los supuestos de hecho y de derecho para acceder a dicha pensión.

Marco normativo de la pensión gracia

La pensión gracia tuvo su origen con la expedición de la Ley 114 de 1913, que además de crear el derecho, fijó sus parámetros: titulares, tiempo de servicio, edad, requisitos adicionales, cuantía y sujeto obligado a pagarla.

Este beneficio pensional quedó consagrado en los siguientes términos: “(...) *Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley*”.

De conformidad con el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, para gozar de la gracia de la pensión, es 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 1931.*
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 observa buena conducta.*
5. *Derogado por la Ley 45 de 1931.*
6. *Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.*

El numeral tres del artículo 4 de la Ley en cita prescribe que para gozar de la pensión gracia es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Esta disposición ha sido interpretada por el Consejo de Estado, indicando reiterativamente que la misma comporta de manera inequívoca, “(...) *que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba*

*retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales. (...)*³.

Así pues, existe incompatibilidad legal entre la pensión gracia y otra pensión de carácter nacional, tal como lo contempla el requisito previsto en el numeral 3 de la norma citada, frente al cual se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 1998⁴.

La Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados docentes y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública, autorizando a los docentes, según su artículo 6, a completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, al asimilar para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

Posteriormente, con la Ley 37 de 1933 el beneficio gratuito de la pensión gracia de jubilación se hizo extensivo a los maestros de escuela que hubieren completado el tiempo de servicios señalado por la ley en establecimientos de enseñanza secundaria (artículo 3).

Finalmente la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, numeral 2, literal a), limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales⁵.

La anterior disposición fue objeto de análisis por la Sala Plena del Consejo de Estado⁶, pronunciamiento en el cual se fijaron algunos lineamientos sobre

³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Sentencia S-699 del 26 de agosto de 1997. Actor: Wilberto Therán Mogollón.

⁴ En dicha providencia, la Corte sostuvo: *“En cuanto al aparte acusado del numeral 3 del artículo 4º de la Ley 114 de 1913, que consagra como requisito para gozar de la pensión de gracia el no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, no encuentra la Corte que viole la Ley Suprema, concretamente el principio de igualdad, pues el legislador, en virtud de las facultades que la misma Carta le confiere, es competente para regular los aspectos relativos a la pensión, incluyendo, obviamente, las condiciones para acceder a ella (...)*”.

⁵ (...) **Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación.**

⁶ Sentencia del 29 de agosto de 1997 dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda, dentro del expediente S-699. El contenido de la citada providencia fue reiterada por la Sección Segunda – Subsección ‘B’ del

la pensión gracia, y en el que a propósito del artículo 15, puntualizó:

4. *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 de 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 Ib.) 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 ley.*

(...). (Negrillas de la Sala).

Es claro entonces que para los docentes nacionalizados⁷ que se hayan

Alto Tribunal, en providencia del 6 de agosto de 2009, dentro del proceso radicado con el número 25000-23-25-000-2006-03436-01(0019-09), con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ El mismo artículo 1 de la precitada Ley 91 de 1989 define el personal nacional, nacionalizado y territorial para los efectos de la misma ley, así:

(...)

vinculado a partir del 1º de enero de 1981, no existe 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), numeral 2, artículo 15 ib.).

En resumen, de conformidad con las leyes antes citadas, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública, y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, prestación a la que, a partir de las precisiones que se hicieron por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 26 de agosto de 1997, dictada en el proceso n° S-699, de la cual fue ponente el Consejero Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sólo acceden aquellos docentes que hubieran prestado los servicios en planteles municipales, distritales o departamentales; esto es, no tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional⁸.

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de Enero de 1.976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1.975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de Enero de 1.976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1.975.

Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

⁸ En sentencia del 19 de julio de 2006 proferida por la Sección Segunda – Subsección ‘B’ del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado (E), dentro del proceso radicado con el número: 19001-23-31-000-1997-08005-01(1134-01), se señaló:

La Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 4º de la misma, una pensión Nacional por servicios prestados a los departamentos y municipios, siempre y cuando comprobaran que “... no han recibido ni reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter Nacional.”

Dicha pensión en principio establecida para los maestros de enseñanza primaria oficiales, fue extendida por la Ley 116 de 1928 a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los Inspectores de Instrucción Pública.

Más adelante se hizo extensiva mediante la Ley 37 de 1933 a los maestros que hubieran completado los servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

En resumen, de conformidad con las Leyes antes citadas, han tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, prestación a la que, a partir de las precisiones que se hicieron por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de agosto de 1997, dictada en el proceso No. S-699 de la cual fue ponente el Magistrado Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sólo acceden aquellos docentes que hubieran prestado los

Ahora, el Estatuto Docente contenido en los Decretos 128 de 1977 y 2277 de 1979, en sus artículos 3 y 2, respectivamente, definen el ejercicio de la profesión docente en los siguientes términos:

Artículo 3 del Decreto 128 de 1977:

Artículo 3o. <Decreto derogado por el artículo 82 del Decreto 2277 de 1979> Para efectos del presente Estatuto, se denomina docencia toda actividad de enseñanza formal y no formal, realizada con sujeción a las normas del sistema educativo nacional. La docencia puede ser ejercida por profesionales de la docencia o por quienes, sin serlo, reúnan los requisitos que se establecen en el presente Estatuto.

Artículo 2 del Decreto 2277 de 1979:

Artículo 2º.- Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

A su turno la Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la Ley General de Educación” define el servicio de educación y la educación no formal – hoy educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano (art. 1 de la Ley 1064 de 2006)-, en los siguientes términos:

*Artículo 2º.- Servicio Educativo. El servicio educativo comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, **la educación no formal**, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación.*

Artículo 12º.- Atención del servicio. El servicio público educativo se

servicios en planteles municipales, distritales o departamentales. No tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional.”

atenderá por niveles y grados educativos secuenciados, de igual manera mediante la educación no formal y a través de acciones educativas informales teniendo en cuenta los principios de integridad y complementación.

Artículo 43º.- Definición de educación informal. Se considera educación informal todo conocimiento libre y espontánea-mente adquirido, proveniente de personas, entidades, medios masivos de comunicación, medios impresos, tradiciones, costumbres, comportamientos sociales y otros no estructurados. (negrita fuera de texto)

En lo que refiere a la posibilidad de computar, a efectos del reconocimiento de la pensión gracia, el tiempo desempeñado al servicio de la educación no formal, por cuanto el mismo implica el ejercicio de la actividad docente en los términos del Estatuto Docente, Arts. 3 del Decreto 128 de 1977 y 2º Decreto 2277 de 1979, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado⁹ al resolver sobre si la vinculación de una como docente alfabetizador, resultaba apta para efectos de computar los 20 años de servicio exigidos por el legislador para efectos del reconocimiento de una prestación pensional gracia, señaló:

Se precisó, en la sentencia recurrida, que su desempeño como “docente alfabetizadora” en el programa de educación para adultos no implicaba el ejercicio de la actividad docente sino, una típica función administrativa, que en los términos de la Leyes 114 de 1913, 37 de 1933 y 91 de 1989 no resultaba idónea para el reconocimiento de la referida prestación gracia.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia y lo consignado en el recurso de apelación, estima la Sala, en primer lugar, que la señora Ibeth Consuelo Valencia de Martínez fue designada mediante Resolución 1240 de 1977, suscrita por el Secretario de Educación del Distrito Capital, como docente alfabetizador del 1 de febrero al 1 de diciembre de 1977 en el programa de educación de adultos (fls. 14 a 18, cuaderno No.1)

La anterior circunstancia, al contrastarse con las disposiciones previstas en los Decretos 128 de 1977 y 2277 de 1979, Estatutos Docente, le permite afirmar a la Sala que las tareas propias desempeñadas por un “docente alfabetizador, sí implican el ejercicio de la actividad docente, toda vez que éstas se relacionan con el proceso de instrucción formal sujeto a las normas del sistema educativo y a las directrices impartidas por el Ministerio de

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 27 de mayo de 2015, Exp. No. 25000-23-25-000-2012-01126-01(2823-13), CP. Gerardo Arenas Monsalve, actor: Ibeth Consuelo Valencia de Martínez.

Educación Nacional.

Para mayor ilustración se transcriben los artículos 3 del Decreto 128 de 1977 y 2 del Decreto 2277 de 1979, los cuales en su tenor literal se leen así:

Artículo 3 del Decreto 128 de 1977:

“ARTÍCULO 3o. <Decreto derogado por el artículo 82 del Decreto 2277 de 1979> Para efectos del presente Estatuto, se denomina docencia toda actividad de enseñanza formal y no formal, realizada con sujeción a las normas del sistema educativo nacional. La docencia puede ser ejercida por profesionales de la docencia o por quienes, sin serlo, reúnan los requisitos que se establecen en el presente Estatuto.”.

Artículo 2 del Decreto 2277 de 1979:

“Artículo 2. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto.

Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.”.

Al respecto, las normas en cita le permiten a la Sala arribar a la conclusión de que la instrucción en alfabetización, dispuesta por el Gobierno Nacional, implica el ejercicio de la actividad docente en estricta observancia de los contenidos curriculares diseñados por el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo a las necesidades y el entorno de la comunidad educativas del país.

Ello, a diferencia de lo considerado por el Tribunal, no comporta el ejercicio de una actividad administrativa sino, por el contrario, de la actividad docente propiamente dicha en la que un educador transmite, a través de un método pedagógico, las nociones de lectoescritura a una población adulta previamente definida.

Sobre este mismo particular, resulta relevante destacar que, esta Sección ha

sostenido en forma consistente e invariable que la labor docente, a diferencia de lo expresado por el Tribunal, se concibe como la prestación de un servicio público subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación¹⁰. Así las cosas, estima la Sala, no le asiste la razón al Tribunal cuando afirma que dicho servicio, tratándose de docentes alfabetizadores, corresponde a una tarea eminentemente administrativa y voluntaria.

Lo anterior, toda vez que independientemente de los contenidos que estos transmitan en ejercicio de su cátedra, llámese educación formal, no formal o instrucción por alfabetización, su condición no es otra que la de docentes oficiales.” (Subrayado fuera de texto)

En Sentencia del 07 de marzo de 2013¹¹ la Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre la posibilidad de contabilizarse para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, el tiempo laborado por un docente al servicio de la educación informal para adultos, expuso:

De lo anterior se deduce que la educación para adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, por lo que los educadores oficiales que prestan allí sus servicios en sus diferentes niveles o modalidades (alfabetización, educación básica, educación media, etc, incluyendo los cargos relativos a funciones distintas a la estrictamente educativa, según voces del inciso segundo del artículo 2º del comentado Decreto 2277 de 1979) están cobijados enteramente por el Estatuto Docente.

Descendiendo al caso en examen, y de acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de Personal del Instituto Tecnológico Metropolitano, en dicho ente educativo se imparte educación formal, lo que desvirtúa el argumento expuesto en la resolución que negó el reconocimiento pensional del actor, al sustentar su decisión en que el docente laboró en una institución educativa de educación no formal.

De otra parte debe señalarse que así el Instituto fuera de educación no formal, los tiempos servidos por los docentes allí debe contabilizarse para efectos del reconocimiento de la pensión graciosa en los términos del Decreto 3011 de 1997, el cual ya fue transcrito. (Negrita fuera de texto)

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente No. interno 2460-2003, Actora: Sonia Stella Prada Cáceres.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 07 de marzo de 2013, Exp. No. 05001-23-31-000-2008-00794-01(1255-12), CP. Gerardo Arenas Monsalve

Ahora, en providencia del 1° de marzo de 2018 (Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-06449-01(3989-15), la Sección Segunda Subsección B del H. Consejo de Estado¹², refirió:

La anterior regulación, permite identificar qué cargos se categorizan como docentes, entre ellos los directivos docentes, y aquellos que se contemplan como empleos administrativos; siendo importante mencionar, que para la jurisprudencia de ésta sección¹³ ha señalado también de manera tranquila que solo los docentes y directivos docentes tienen derecho a la pensión gracia si cumplen con los requisitos de vinculación en tales roles antes del 31 de diciembre de 1980, con naturaleza territorial o nacionalizada, acumulan 20 años de servicio y 50 de edad.

(...)

Frente a tales supuestos, no cabe duda que la pensión gracia es una dádiva reservada de manera exclusiva por el legislador para los docentes territoriales y los que posteriormente se nacionalizaron en virtud de la Ley 43 de 1975, entre los años 1976 y 1980, justificada en que sus ingresos eran inferiores a los de sus pares nacionales. A éste beneficio, tal como quedó analizado, también pueden acceder los directivos docentes, al tratarse de cargos que hacen parte de la profesión de educador.

En resumidas cuentas, ni los docentes nacionales, ni quienes ocupan cargos de índole administrativo dentro del sector educativo, tienen derecho a la pensión graciosa.

(...)

En este particular, debe señalarse que si bien la manera idónea de probar la efectiva prestación de un servicio como empleado público es el acto de nombramiento y la posesión, para efectos de la pensión gracia, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta sección, también puede hacerse con certificados expedidos por autoridades competentes que indistintamente de su denominación, ofrezcan

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-06449-01(3989-15). Actor: CLEMENCIA RODRIGUEZ ESPINOSA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL¹. Referencia: RECONOCIMIENTO PENSION GRACIA - DOCENTE NACIONAL. FUNCIONES COMPATIBLES - MANERA IDÓNEA DE ACREDITAR TIEMPOS DE SERVICIOS.

¹³ Al respecto, consultar sentencias del 15 de septiembre de 2016, Exp. 3633-14 Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez; y del 6 de abril de 2017, Exp. 2341-15 con ponencia del Consejero César Palomino Cortés.

certeza sobre el cargo ocupado, plantel educativo, su nivel, naturaleza de la vinculación, y duración.

(...)

Entonces, lo importante de la prueba del tiempo de servicios y de la vinculación, no es la denominación que se le dé, ni la forma que adopte, sino el contenido de los datos puntuales que ofrezca alrededor del tipo de nombramiento, la autoridad que lo hace, la institución educativa a la que prestará los servicios, su naturaleza, y por supuesto los extremos temporales; a efecto de esclarecer el cumplimiento de los requisitos especiales de que trata la Ley 114 de 1913 en los términos analizados.

Sobre estas bases y siguiendo la línea de estudio trazada, este Tribunal analizará el caso concreto.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El señor José Wilson Álzate Zuluaga nació el 10 de marzo de 1956, de conformidad con el documento que obra en el folio 20 del expediente.
2. La parte actora en declaración juramentada expresó que desempeñó sus servicios con honradez (folio 68).
3. Mediante Decreto 143 del 16 de febrero de 1979 el accionante es nombrado como experto agropecuario equipo de educación funcional, dependencia adscrita a la Secretaría de Educación, posesionado con acta del 16 de febrero de 1979. Dicho cargo lo ocupó hasta el 27 de julio de 1986 (fl.34).
4. A través del Decreto 1040 del 23 de julio de 1986 el demandante es nombrado en el cargo de Director de equipo funcional en la Secretaria de Educación, posesionado el 28 de julio de 1986. Dicho cargo lo ocupó hasta el 23 de noviembre de 1992 (fl.34).
5. Mediante Resolución 011111 del 24 de noviembre de 1992 el señor Alzate Zuluaga fue nombrado en el cargo de Instructor Vocacional II Sección Educación de Adultos y fomento cultural, cargo que ocupó hasta el 27 de mayo de 1999.

6. A través del Decreto 00482 del 28 de mayo de 1999 el accionante fue nombrado como instructor Sección de educación no formal e informal, cargo que ocupó hasta el 24 de diciembre de 2001 (fl.34).
7. De acuerdo con certificado 0347 del 21 de junio de 2017, expedido por el Departamento de Caldas, se deja constancia de los salarios devengados por José Wilson Alzate Zuluaga en los siguientes cargos y periodos:

AGUADAS	Experto Agropecuario educación funcional	Feb. 16 de 1979 a Mar 23 de 1979.
FILADELFIA	Experto Agropecuario educación funcional	Mar 24 de 1979 a Dic. 31 de 1980.
SUPIA.	Experto Agropecuario educación funcional	Ene. 1 de 1981 a Dic. 31 de 1982.
NEIRA	Experto Agropecuario educación funcional	Ene. 1 de 1983 a Jul. 27 de 1986.
NEIRA	Director Equipo Funcional – Secretaria de Educación.	Jul. 28 de 1986 a Nov. 23 de 1992.
NEIRA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	Nov. 24 de 1992 a Mar. 17 de 1997.
VILLAMARÍA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	Mar. 18 de 1997 a May 27 de 1999.
VILLAMARÍA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	May. 28 de 1999 a Dic. 24 de 2001.

8. En la constancia del 21 de junio de 2015, expedida por el Departamento de Caldas se expresó en relación con las funciones de la parte actora: *“Las funciones como instructor vocacional II según decreto 0995 del 24 de noviembre de 1992, eran las siguientes 1. Coordinar los programas diseñados por la sección educación de adultos y fomento cultural”*.
9. En la constancia del 20 de mayo de 2019, el Departamento de Caldas expresó *“las funciones como instructor sección de educación no formal e informal según Decreto 01035 del 27 de agosto de 1999, eran las siguientes 1 Desarrollar programas diseñados por la sección de educación de adultos y fomento cultural”*.

Examen del caso concreto

En el presente asunto, la UGPP consideró que al demandante no le asiste derecho a obtener la pensión gracia, en tanto la labor ejercida por la parte actora correspondía a educación no formal que se da en contextos fuera del ámbito de escolaridad obligatoria. Por su parte, la parte accionante asegura

que acreditó el tiempo como docente territorial, en tanto fue incorporado a la planta docente del Departamento de Caldas desde el 16 de febrero de 1979 y por más de 20 años, para desempeñarse como experto agropecuario, director equipo funcional e instructor, prestando sus servicios como docente.

Atendiendo lo previsto por las normas referidas en este fallo, para efectos del reconocimiento del derecho pensional reclamado se requiere: **i)** haber estado vinculado a la docencia antes del 31 de diciembre de 1980; **ii)** haber cumplido 50 años de edad; **iii)** haber laborado 20 años en establecimientos oficiales departamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspector de instrucción pública con alguna posibilidad de adicionar tiempos en uno y otro cargo, siempre y cuando su nombramiento se hubiere efectuado por una entidad de orden territorial o que hubiere quedado comprendido el interesado en el proceso de nacionalización¹⁴; y **iv)** haber observado buena conducta.

Precisa la Sala de Decisión que la calidad de docente territorial no se adquiere por la prestación del servicio en entidades territoriales geográficamente hablando, sino por el tipo de vinculación a establecimientos del orden territorial. Sobre el particular, el Consejo de Estado en reciente providencia¹⁵ sostuvo:

Aclara la Sala, que el carácter territorial o nacional de los nombramientos docentes, no lo determina la ubicación del plantel educativo en donde se presten los servicios, como parece creerlo el impugnante, sino el ente gubernativo que en efecto profiere dicho acto, lo que a su vez define la planta de personal a la que pertenecen y el presupuesto de donde proceden los pagos laborales respectivos.

Significa lo anterior, que en el presente caso la demandante no reúne los requisitos establecidos legalmente para beneficiarse de la pensión gracia, pues como ya se dijo, los 20 años de servicio exigidos en las normas que gobiernan dicha prestación, deben ser prestados en su totalidad bajo vinculación territorial o como nacionalizados, en virtud de la Ley 43 de 1975, más no como docentes nacionales, en razón de la incompatibilidad que subsiste frente al pago simultáneo de la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación a cargo de la Nación, lo que sin duda alguna motivó la negativa del a quo frente a las pretensiones elevadas, consecuencia que impone para la Sala la confirmación del fallo apelado. (Resalta la Sala).

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 12 de mayo de 2014. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00727-01.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 11 de febrero de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02850-01(3051-13).

Conforme se indicó en el acápite respectivo, se encuentra establecido que el señor José Wilson Álzate Zuluaga nació el 10 de marzo de 1956 y, por ende, cumplió 50 años de edad el 10 de marzo de 1996.

Así mismo, no es objeto de discusión que el señor Alzate Zuluaga en el periodo de tiempo de vinculación observó buena conducta.

El Decreto 196 de 1995¹⁶ definió a los docentes nacionales y nacionalizados como “(...) aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993”; mientras que a los docentes departamentales, distritales y municipales, los identificó como “(...) los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal”, así como los “(...) financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales”.

En el caso que convoca la atención de esta Sala, se advierte que el nombramiento que ostentaba el señor José Wilson Álzate Zuluaga según certificado del 20 de junio de 2017 (archivo 01) es “Sector Público Departamental o Distrital.”

Ahora, en relación con la labor que desempeñaba la parte demandante y la discusión respecto del desempeño de labores docentes, el H. Consejo de Estado¹⁷ expresó:

“Ahora bien, el artículo 2 del Decreto Ley 2277 de 1979, define la profesión docente en los siguientes términos:

“Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación”

¹⁶ “por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES, Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-33-000-2015-00532-01(2539-17). Actor: LUZ MARIA MUNERA OSPINA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. PENSIÓN GRACIA. SEGUNDA INSTANCIA - LEY 1437 DE 2011.

educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo."
(Subrayado fuera de texto)

Conforme a la perceptiva transcrita, la profesión docente no se predica exclusivamente de quienes ejercen la enseñanza en los planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles, sino incluye otros distintos que son desempeñados por personal docente que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación, entre otros, como lo determina la norma y siempre que autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional."

En el presente asunto, el Departamento de Caldas remitió la certificación n°0347 del 21 de junio de 2017, en la que se expresó lo siguiente respecto de los cargos y tiempo de servicios del demandante:

AGUADAS	Experto Agropecuario educación funcional	Feb. 16 de 1979 a Mar 23 de 1979.
FILADELFIA	Experto Agropecuario educación funcional	Mar 24 de 1979 a Dic. 31 de 1980.
SUPIA.	Experto Agropecuario educación funcional	Ene. 1 de 1981 a Dic. 31 de 1982.
NEIRA	Experto Agropecuario educación funcional	Ene. 1 de 1983 a Jul. 27 de 1986.
NEIRA	Director Equipo Funcional – Secretaria de Educación.	Jul. 28 de 1986 a Nov. 23 de 1992.
NEIRA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	Nov. 24 de 1992 a Mar. 17 de 1997.
VILLAMARÍA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	Mar. 18 de 1997 a May 27 de 1999.
VILLAMARÍA	Instructor Vocacional II Educacion de Adultos y Fomento Cultural	May. 28 de 1999 a Dic. 24 de 2001.

Así mismo se aportó constancia del 21 de junio de 2015, expedida por el Departamento de Caldas en la que se expresó en relación con las funciones de la parte actora: *"Las funciones como instructor vocacional II según decreto 0995 del 24 de noviembre de 1992, eran las siguientes 1. Coordinar los programas diseñados por la sección educación de adultos y fomento cultural"*.

Se destaca igualmente por la Sala de Decisión lo expuesto en las certificaciones

remitidas como consecuencia de la prueba de oficio decretada en primera instancia, en la que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas se refirió al equipo de educación funcional, así:

El Equipo de Educación Funcional para Adultos Campesinos fueron unos grupos de trabajo creados inicialmente por el Ministerio de Educación Nacional y posteriormente el Departamento de Caldas creó otros Equipos de Educación Funcional, cada grupo o equipo estaba conformado por cuatro funcionarios así:

- 1 Director o coordinador de grupo
- 2 Experto Agropecuario
- 3 Promotora de hogar y salud
- 4 Promotor en taller y construcciones rurales.

La razón de ser de este grupo de trabajo (equipo) fue la capacitación, promoción y desarrollo de las comunidades rurales en los diversos municipios de Caldas, cada funcionario atendía personas y comunidades rurales, en aspectos relacionados con el campo de formación y en el área de su vinculación.

Su vinculación laboral fue de carácter administrativo y en el caso concreto de la señor JOSE WILSON ALZATE ZULUAGA con cedula 4418378 , fue vinculado como experto agropecuario en el año de 1979 .

Posteriormente en una reestructuración administrativa que se dio en la Gobernación de Caldas, algunos funcionarios de estos equipos de educación funcional pasaron a denominarse instructores vocacionales.

Correspondían al área de educación no formal,(hoy formación para el trabajo y el desarrollo humano) vinculación de orden administrativo

En la constancia del 20 de mayo de 2019, el Departamento de Caldas relacionó las funciones del accionante en calidad de instructor vocacional II, así:

1. *Coordinar los programas diseñados por la sección de adultos y fomento cultural.*
2. *Presentar informes periódicos al superior inmediato sobre el desarrollo de sus actividades.*
3. *Programar, dirigir, controlar y supervisar las actividades que se desarrollen.*
4. *Usar en forma correcta los equipos y elementos que se le hayan asignado.*
5. *Las demás que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo.*

Respecto de las funciones como instructor sección de educación no formal e informal, se expresó en el mismo documento:

1. *Desarrollar programas diseñados por la Sección de Educación de Adultos y Fomento Cultural.*
2. *Usar en forma correcta los equipos y elementos que se le hayan asignado para desarrollo de sus labores y velar por su mantenimiento.*
3. *Las demás que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo, la Ley y las normas vigentes.*

De acuerdo con lo expuesto, conforme a la normatividad analizada, y los cargos desempeñados por la parte demandante, se llega a la conclusión que el señor José Wilson Álzate Zuluaga no cumplió funciones docentes al servicio del Departamento de Caldas, razón suficiente para que la experiencia acreditada en estos cargos no se considere útil para efectos del cómputo de tiempo de servicio para el otorgamiento de la pensión de jubilación especial de que trata la Ley 114 de 1913.

En criterio de la Sala, la parte demandante no cumplió en forma suficiente los requisitos que exige la ley para acceder a la pensión especial reclamada, toda vez que no acreditó estar vinculado como docente con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, ya que los tiempos de servicio entre el 16 de febrero de 1979 y 24 de diciembre de 2001 correspondieron a actividades administrativas que no pueden considerarse como válidas para demostrar los 20 años de servicio docente que exige la norma.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, considera el Tribunal que la sentencia dictada en primera instancia debe confirmarse, teniendo en cuenta que los argumentos objeto del recurso se despachan desfavorablemente.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda y el recurso de apelación hubieren sido presentados con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Wilson Álzate Zuluaga contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

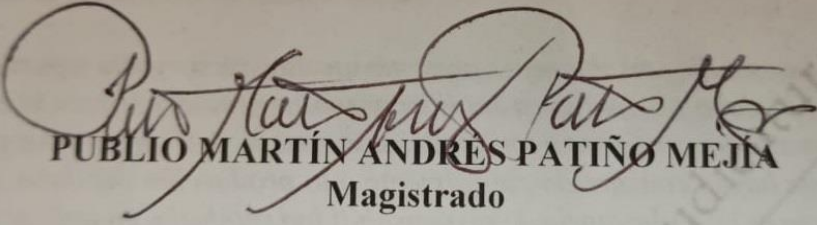
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 150
FECHA: 24/08/2022



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Beatriz Elena Henao Giraldo

Conjuez Ponente

Manizales, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que por auto 015 de 15 de marzo de 2022, se avocó el conocimiento, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante **TATIANA DUQUE GARCIA** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dra. BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

3.1. DECLARACIONES.

Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Inaplicar el Decreto 0383 DE 2012 “...por medio del cual se creó la bonificación judicial para los servidores de la Rama Judicial, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992 y los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por medio de los cuales, se ha venido fijando de manera anual el valor de la bonificación judicial para los servidores judiciales”
2. Resolución DESAJMZR16-150-8 de 5 de febrero de 2016.
3. Acto administrativo ficto presunto negativo.

3.2. CONDENAS.

Consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, lo siguiente;

3. Reconocer y pagar a la señora TATIANA DUQUE GARCIA la bonificación judicial, señalada en el Decreto 383 de 6 de enero de 2013, que percibe desde 1 de enero de 2014, la cual constituye factor salarial y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar la prima especial de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales, conforme a los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
4. Reintegrar y pagar la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, y auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, desde que se reconoció la bonificación judicial. Por lo tanto, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la asignación básica mensual y todos los factores salariales, incluyendo, además, la bonificación judicial.
5. Seguir cancelando a la señora TATIANA DUQUE GARCIA el 100% de su asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la bonificación judicial, percibida desde el 1 de enero de 2014.

6. Que se indexen las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, conforme al índice de precios al consumidor (IPC) y se paguen los intereses legales.
7. Las sumas del saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales deben ser actualizadas conforme al IPC, desde cuando debió surtirse el pago de la obligación y hasta el pago de la misma.
8. Pagar los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.
9. Condenar a la entidad demandada, en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

La señora **TATIANA DUQUE GARCIA** ha sido servidora pública al servicio de la Rama Judicial desde el 2 de septiembre de 2010 y ocupando los siguientes cargos;

CARGO	INICIO	FINAL
<i>Auxiliar Judicial Grado I</i>	02/09/2010	21/09/2010
<i>Oficial Mayor de Tribunal</i>	03/05/2011	07/08/2011
<i>Auxiliar Judicial Grado I</i>	08/08/2011	31/08/2011
<i>Profesional Universitario</i>	01/08/2012	31/07/2015
<i>Secretaria Municipal</i>	24/08/2015	17/09/2015
<i>Auxiliar Judicial Grado I</i>	18/09/2015	A la fecha

5. FALLO PRIMARIO

El 30 de abril de 2019, a través de fallo n° 005 el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales, bajo la dirección del Conjuez Dr. Iván Darío Botero Muñoz, decidió la primera instancia de manera parcial accediendo solo a unas cuantas de las pretensiones del demandante.

En resumen, dijo que “...se precisa que la bonificación creada, al ser un reconocimiento mensual, implica su habitualidad, lo que precisa que no es un reconocimiento monetario otorgado por mera liberalidad,

sino que por su real conformación consiste en una remuneración directa del servicio, lo que convierte en la referida bonificación en un elemento constitutivo de salario. En suma, sí hace parte del monto para liquidar los aportes a la seguridad social, esto es, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, quiere decir que la bonificación judicial creada es constitutiva de salario...", en consecuencia, accedió a la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenó a la demandada **a)**. Inaplicar la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 cuando dice "...únicamente...", al referirse esta norma a la calidad de factor salarial que tiene la bonificación judicial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, **b)**. Reconocer a favor de la demandante la incidencia prestacional, producto del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, en las demás prestaciones sociales a que hubiere lugar, la cual ostenta carácter de factor salarial a efecto de reliquidar y reconocer las diferencias que se hubieren causado en las prestaciones sociales, y la bonificación por servicios prestados, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 6 de enero de 2013, **c)**. Condenó en costas -agencias en derecho- por la suma de \$192.800.00 y **d)**. Ordenó el cumplimiento de la sentencia, en los mismos términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

Como argumento a estas decisiones, consideró que la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013, contiene todos los elementos que, según la ley y la jurisprudencia, son constitutivos de salario.

De igual manera, declaró la configuración del fenómeno prescriptivo frente al periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 2010 y el 19 de enero de 2013.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, mediante escrito que presentó el 9 de mayo de 2019. En esta ocasión, la demandada resalto que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la República y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en

cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

8. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciera el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 23 de noviembre de 2021.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento un sondeo sobre las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Resolución n° DESAJMZR16-150-8 de 5 de febrero de 2016 “por medio del cual se resuelve un derecho de petición” y su constancia de notificación (fl. 7-8 C.1).
- b) Recurso de apelación (fl. 9-10).
- c) Resolución n° DESAJMZR16-476 de 11 de marzo de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*” (fl. 11 y vto C.1).
- d) Constancia laboral n° 1627 de 27 de diciembre de 2016, de tiempos de servicio y emolumentos cancelados a la demandante Tatiana Duque García, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016 (fl. 12-15 C.1).
- e) Resolución n° 1962 de 22 de diciembre de 2016 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial” (fl. 16-17 C1).
- f) Derecho de petición (fl. 18-22).

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente a la demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar revocarlo, en todo o en parte.

e. ANALISIS

DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: *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. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).*

Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”*

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“Artículo 1. *El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

Artículo 2. *Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“Artículo 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. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

*“**Artículo 1.** 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 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 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:*

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 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: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*

- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).

Parágrafo: La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Artículo 2. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

Artículo 3. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Artículo 4. *El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.*

Artículo 5. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2013.”*
(Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL.

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 - aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización

Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un *"bloque de constitucionalidad"*, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que,

sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la

Convención Americana de Derechos Humanos...

“(...)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1º, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: **1).** Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o

comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; **2).** que contribuyan al fomento de la justicia social; **3).** que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y **4).** que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL.

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

o perjudica⁵.”

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las

opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar,

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

14. CONCLUSIÓN

Para la Sala de Conjuces, es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **TATIANA DUQUE GARCIA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, inicio su vigencia¹¹, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras la **Sra. DUQUE GARCIA**, ocupé el cargo de Auxiliar Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

Además de ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho la demandante **TATIANA DUQUE GARCIA** desde la fecha misma en que entró en vigencia el decreto 383 de 2013 (1 de enero de 2013) y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no este incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, se confirmará la sentencia primaria.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ 6 de enero de 2013.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

15. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la *sentencia n° 005 de 30 de abril de 2019*, proferida por el Conjuce de conocimiento, del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que dio fin a la primera instancia de este proceso.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

TERCERO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

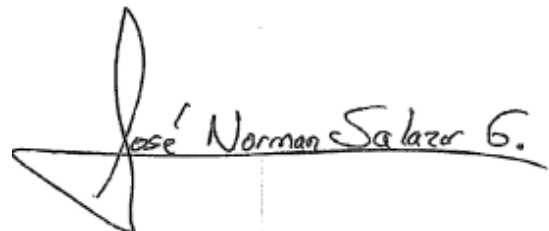
Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 23 de agosto de 2022.

Los Conjuces;



BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO

Ponente

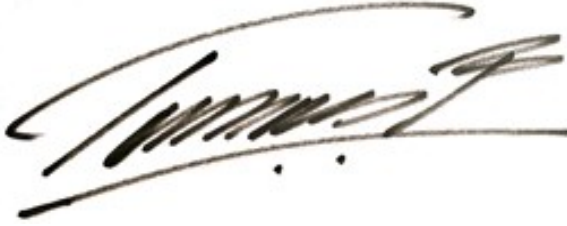


JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

Revisor

Nulidad y restablecimiento del derecho.
Tatiana Duque García Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial
17001333300320170017602

Sentencia de segunda instancia n° 011



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor



17001333900720180010402

Nulidad y restablecimiento del derecho

Fernando Franco Ortiz Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso apelación adhesivo

Auto Interlocutorio n° 075

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjuces-

Manizales, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Mediante auto 053 de 2 de agosto de 2022, se admitió el recurso de apelación que la parte demandada interpuso en contra del fallo primario. Esta providencia se notificó por estado n° 133 de 3 de agosto de 2022 y fue comunicada a las partes a través de mensaje de datos ese mismo día. El 8 de agosto de 2022, la parte demandante allegó al correo electrónico de esta Secretaría, escrito de apelación e invocó la figura de la apelación adhesiva contenida en el párrafo del artículo 322 del C.G.P.

Ahora bien, a la luz del párrafo del artículo 322 de la Ley 1564 de 2012 por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, el Despacho procede a realizar el estudio correspondiente a la legalidad del recurso de apelación que por vía de adhesión realizó la parte demandante frente al recurso de apelación que la parte demandada interpuso en contra de la sentencia de 21 de septiembre de 2021, que puso fin a la primera instancia.

Así las cosas, dice el artículo 322 del CGP;

“PARÁGRAFO. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.” (subrayas propias)

Lo anterior aplicado al caso en concreto, se tiene que el escrito de apelación adhesiva fue allegado por la parte demandante el 8 de agosto de 2022, dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demanda, el cual se cumplía el 9 de agosto de 2022, por lo tanto, el recurso de apelación adhesiva cumple con los requisitos contemplados en la norma citada.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación adhesiva interpuesto por la parte demandante Fernando Franco Ortiz respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada **Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial** contra la **Sentencia de 21 de septiembre de 2021**, emitida por el **Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales**, dentro de este medio de control.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al **Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales**.

Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2º Instancia.

Notifíquese y cúmplase



BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. 150 de 24 de agosto de 2022.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17-001-23-33-000-2019-00585-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintitrés (23) de AGOSTO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 329

Con fundamento en los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 322 del Código General del Proceso, por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE**, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-** contra la sentencia dictada por esta corporación, dentro del proceso promovido en acción popular por los señores **ALBERTO VALENCIA GAVIRIA, WILMAR ARENAS DE LA PAVA** y **JORGE WILSON ARENAS DE LA PAVA** contra la entidad apelante, el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y el **CONCEJO DE MANIZALES**, trámite en el cual actúan en calidad de vinculados los señores **CLARA INÉS PINILLA ZULUAGA** y **CARLOS ALBEIRO RAMÍREZ HENAO**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 182 de fecha 11 de Diciembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario