

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Sustanciadora: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 128

Radicación:	17 001 33 39 008 2009 01535 02
Clase:	Reparación Directa
Demandante:	Camilo Enrique Pescador Arias y Otros
Demandado:	Chec S.A. E.S.P. y otros

Asunto

Procede el Despacho a resolver el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 8 de octubre de 2020, por medio del cual se negó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

I. Antecedentes

Mediante proveído del 8 de octubre de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales negó por extemporáneo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, al considerar lo siguiente:

“La sentencia 087 del 12 de mayo de 2020 proferida en primera instancia por este Despacho fue notificada el 13 de mayo del mismo año; sin embargo, dada la suspensión de términos judiciales a raíz de la pandemia por covid-19, el término de diez días que contempla la norma precitada, inició al día 01 de julio de 2020, por lo que la fecha límite para presentar la alzada era el 14 de julio de 2020. Así las cosas, teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue presentado por el apoderado de la parte demandante el día 17 de julio de 2020, y ante la perentoriedad de los términos procesales, se tendrá como extemporáneo el recurso de apelación presentado por la parte actora de conformidad con las consideraciones precedentes.”

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de queja, contra el auto que negó la alzada; ello, al estimar que:

“Suspendidos los términos desde el 16 de Marzo de 2020, inclusive, y hasta el 30 de Junio de 2020, inclusive, bajo ningún supuesto y en ninguna circunstancia podía el Despacho dictar siquiera una providencia, de tal suerte que habiendo éste proferido sentencia el 12 de Mayo de 2020, los términos de ejecutoria respectivos comenzaron a correr no el Miércoles 1º

de Julio de 2020, como erradamente lo consideró aquél, sino el Martes 7 de Julio de 2020, y vencieron el Martes 21 de Julio de 2020, de acuerdo con lo prescrito en el inciso 3° y el párrafo 1° del artículo 8° del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el numeral 1° del artículo 247 del C.P.A.C.A. En efecto, si los términos judiciales estaban suspendidos para cuando se profirió sentencia, ha de entenderse, entonces, que el Miércoles 1° de Julio de 2020, y no el 13 de Mayo de 2020, es la fecha del mensaje de datos enviado por la Secretaría del Despacho, vía email, para ponerla en conocimiento de las partes, y que el Jueves 2 y el Viernes 3 de Julio de 2020 fueron los dos (2) días hábiles durante los cuales no corrieron los términos, y que el Lunes 6 de Julio de 2020 es la fecha en la que se surtió la notificación, y que, en consecuencia, como ya se dijo, sólo a partir del Martes 7 de Julio de 2020, inclusive, comenzaron a correr los diez (10) días hábiles de Ley para interponer y sustentar el recurso de alzada, que se extendieron hasta el Martes 21 de Julio de 2020, inclusive, así: 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17 y 21 de Julio de 2020, por ser inhábiles el 11, 12, 18, 19 y 20 de Julio de 2020.”

A través de auto del 3 de diciembre de 2020, el a quo decidió no reponer el auto del 8 de octubre de 2020 y conceder el recurso de queja para que fuera tramita en esta Corporación.

II. Consideraciones

1. Problema Jurídico.

El problema jurídico en el sub judice se contrae a resolver el siguiente planteamiento:

- ¿La parte demandante interpuso el recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia dentro del término legalmente dispuesto para tal efecto?
- ¿Tiene asidero normativo la decisión de negar el recurso de apelación susodicho?

Sea lo primero indicar que, el artículo 245 del C.P.A.C.A, respecto al recurso de queja, señala:

“Artículo 245 – modificado por el artículo 65 de la Ley 2080 de 2021 - Este recurso se interpondrá ante el superior cuando no se conceda, se rechace o se declare desierta la apelación, para que esta se conceda de ser procedente.

[...]

Para su trámite e interposición se aplicará lo establecido en el artículo 353 del Código General del Proceso.

En este caso se verifica el supuesto de hecho contemplado en la norma puesto que la decisión objeto del recurso de queja es precisamente aquella que no concedió la alzada presentada por la parte actora frente a la sentencia de primera instancia proferida en este proceso.

Descendiendo al caso concreto observa el Despacho que, la sentencia de primera instancia fue proferida en una época en la cual, ciertamente, su expedición notificación y ejecutoria estaban amparadas no sólo por lo consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sino, además, por una serie de disposiciones especiales emanadas por el Consejo Superior de la Judicatura con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio de justicia en tiempos de pandemia y de crisis sanitaria como consecuencia de la propagación del Covid 19.

Partiendo de dicha premisa se tiene establecido que es este caso la sentencia de primera instancia fue proferida el 12 de mayo de 2020, al amparo del marco normativo que a bien se sirvió exponer la primera instancia y que da cuenta de que, en efecto, *“mediante Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020 se ordenó la suspensión de los términos judiciales en todo el país a partir del 16 de marzo y mediante el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 se ordenó levantar dicha suspensión a partir del 1 de julio de 2020”*; *no puede pasarse por alto que el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020 exceptuó de la suspensión de términos en materia de lo contencioso administrativa, los siguientes asuntos: [...] Todos los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011 cuando los procesos se encuentren para dictar sentencia, en primera, segunda o única instancia, así como sus aclaraciones o adiciones. Estas decisiones se notificarán electrónicamente, pero los términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga. 5.6. Las acciones previstas en el Decreto 01 de 1984, cuando los procesos se encuentren para dictar sentencia en primera, segunda o única instancia, así como sus aclaraciones o adiciones. Estas decisiones se notificarán electrónicamente, pero los términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga.”*

El Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020 prorrogó la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 11 hasta el 24 de mayo de 2020; sin embargo, también estableció unas excepciones a dicha suspensión y entre ellas, efectivamente, se encuentran las advertidas por el Juzgado Octavo Administrativo.

Así las cosas, dicho Despacho Judicial estaba habilitado legalmente para proferir sentencia en el proceso de la referencia el 12 de mayo de 2020 y así mismo, para realizar su notificación electrónica. Lo único que continuaba suspendido en esa actuación, eran los términos para su control, esto es, para la interposición del recurso ordinario de apelación; suspensión que valga decir, se mantuvo hasta el día 30 de junio de 2020, inclusive.

Resulta igualmente fundada la conclusión del a quo en relación con la fecha a partir de la cual quedó surtida la notificación de la sentencia:

Ahora, el apoderado de la parte actora alega que la notificación de la sentencia se rige por el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, aduciendo además que en cumplimiento a dicha norma “la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación”. Sobre el particular, es menester establecer qué tipo de providencias deben notificarse personalmente; y es el artículo 198 del CPACA, el que las determina: [...]

Por su parte, el artículo 203 ibidem dispone que “las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.” Ello autoriza a concluir con total claridad, que las sentencias no son de aquellas providencias que deban notificarse personalmente, luego, el artículo 8 del Decreto 806 de 2020 aducido por el recurrente, no le resulta aplicable. En ese orden de ideas, fue en aplicación al artículo 203 del CPACA y a la parte final del numeral 5.5 del artículo 5 del Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020 que este Juzgado procedió el día 13 de mayo de 2020 a notificar electrónicamente la sentencia Nro.087 del 12 de mayo de 2020, entendiéndose además que en dicha fecha quedó surtida la notificación¹.

Significa lo anterior que, la notificación de la sentencia se entiende surtida el 13 de mayo de 2020; y no como lo señala el apoderado de la parte demandante, pues el supuesto de hecho contemplado en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020¹ se aplica a las providencias que deben ser notificadas personalmente y la sentencia no es una de ellas.

Aunado a lo anterior deviene claro el término para interponer el recurso de apelación contra la referida sentencia y así lo dejó ver el Despacho de primera instancia al señalar lo siguiente:

“De igual manera, debe tenerse en cuenta que en el numeral 5.5 del artículo 5 del ya referido Acuerdo PCSJA20-11549 estipula que el control o impugnación seguirá suspendido hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga, y que éste determinó el levantamiento de la suspensión de términos a partir del 1 de julio de 2020. En resumidas cuentas, esta Juez de la República reitera lo considerado en el auto recurrido, esto es, que el término de diez (10) días para apelación la sentencia, consagrado en el artículo 212 del C.C.A, empezó a correr el día primero (1º) de julio de 2020 y feneció el día doce (12) del mismo mes y año; y como el recurso fue enviado a este Despacho, vía correo electrónico, el día diecisiete (17) de julio, éste resulta extemporáneo.”

Coincide la Sala en que el término de 10 días para la ejecutoria de la sentencia - dentro del cual se debía presentar el recurso de apelación - inició el 1º de julio de 2020; sin embargo, no culminó el día 12 de julio sino el día 14 de julio de 2020, comoquiera que el 4 y 5 de ese

¹ La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

mes fueron días no hábiles. En todo caso, el recurso de apelación contra la sentencia se reputa extemporáneo pues fue presentado el 17 de julio de ese año.

Por lo anterior, se considera bien denegado el recurso de apelación impetrado por la parte actora y así se dirá en la parte resolutive de este proveído.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Estimase **bien denegado** el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en el trámite de la referencia.

Segundo: **Devuélvase** el expediente al Juzgado de Origen, previa anotación de esta actuación en el programa informático **Justicia Siglo XXI**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

d02e42f4249a51f7ae0b54ec8022e9f404d05583fc9b508c3b11ee2f5659b303

Documento generado en 06/08/2021 02:15:48 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 136

Manizales, seis (06) de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-33-23-003-2015-00400-00
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Clemencia Botero Jaramillo
Demandados: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - Casur
Vinculadas: María Edilia Serna Zamora
Esperanza Giraldo Hoyos

Se decide el recurso apelación impetrado por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones 2235 y 14759 del 26 de abril y 09 de octubre de 2012 y del oficio 13819/OAJ del 10 de agosto de 2015, proferidos por Casur mediante las cuales se dejó pendiente por reconocer y pagar el 50% de la sustitución de la asignación mensual de retiro a la señora María Clemencia Botero Jaramillo, por el fallecimiento del agente José Gildardo Hernández Benítez.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a Casur reconocer y pagar la sustitución de la asignación mensual de retiro en su totalidad, a la demandante, como beneficiaria en calidad de compañera permanente sobreviviente del señor José Gildardo Hernández Benítez. Que se ordene cancelar los dineros anteriormente descritos a partir de la suspensión de dichos emolumentos pensionales en un 50% por orden de Casur, por cuanto Diana Paulina Hernández Giraldo terminó sus estudios profesionales y es laboralmente activa. Que se ordene cancelar los dineros correspondientes al 50% dejado de cancelar a la señora María Clemencia Botero Jaramillo, los cuales fueron suspendidos por Casur desde el 23 de septiembre de 2011.

Que se condene a Casur reconocer y pagar a la actora las sumas correspondientes a la mesada pensional, prima de servicios y de navidad con los aumentos respectivos a partir del 23 de septiembre de 2011 y en forma vitalicia, en un 100% de lo que venía percibiendo el causante.

1.2. Sustento fáctico

Expuso que, mediante Resolución 00171 del 24 de enero de 1994 Casur, reconoció la asignación de retiro al señor José Gildardo Hernández Benítez, a partir del 14 de febrero de 1994 en cuantía del 82% de las partidas legalmente computables para el grado de agente. Que el señor Hernández Benítez falleció el 23 de septiembre de 2011.

Que de acuerdo al inciso 3 de la Resolución 2235 del 26 de abril de 2012 el señor Hernández Benítez, estaba casado con la señora Edilia Serna Zamora desde el 02 de febrero de 1979, aun que estuvo separado de hecho aproximadamente por espacio de 11 años. Que por escritura pública 4.485 de la Notaria Cuarta de Manizales se realizó la liquidación de la sociedad conyugal el 3 de agosto de 1992.

Que desde enero de 2005, la demandante y José Gildardo Hernández Benítez iniciaron una convivencia permanente e ininterrumpida, con domicilio en Manizales, compartiendo mesa, techo y lecho hasta el momento del fallecimiento del señor Hernández Benítez. Que la demandante al momento de presentada la acción, tenía 50 años de edad y una situación económica precaria, pues el señor Hernández Benítez era quien proporcionaba alimento y suplía sus necesidades básicas. Que el 21 de octubre de 2011, solicitó ante Casur el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro, por el fallecimiento de su compañero permanente agente José Gildardo Hernández Benítez.

Que a través de Resolución 2235 del 26 de abril de 2012, Casur resolvió la petición y dispuso reconocer sustitución de asignación mensual de retiro, a partir del 23 de septiembre de 2011 a Diana Paulina Hernández Giraldo, en calidad de hija estudiante del causante, en cuantía equivalente al 50% del total de la prestación que devengaba el agente extinto y suspender el trámite de reconocimiento y pago de cuota de sustitución de asignación mensual de retiro que pueda corresponder a las señoras María Edilia Serna Zamora, María Clemencia Botero Jaramillo y Esperanza Giraldo Hoyos. A través de Resolución 14759 del 09 de octubre de 2012, Casur resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por la señora Esperanza Giraldo Hoyos contra el acto que le negó la sustitución pensional.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Invocó la Ley 923 de 2004 artículo 3; Decreto 4433 de 2004 artículo 11 y Decreto 1213 de 1990 artículo 146. Argumentó que los actos demandados quebrantan en forma ostensible los preceptos anteriores, al desconocer la obligación que tiene el Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta y preocuparse por que estas gocen de los mismos derechos. Que las pruebas obrantes en el proceso y de los cuales la entidad demandada tiene conocimiento, dejan ver de manera clara que la demandante fue la compañera permanente del señor Hernández Benítez los últimos seis años de su vida.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. María Edilia Serna Zamora se opuso a las pretensiones de la demandante; sobre los hechos expresó que unos son ciertos y los demás no le constan.

Propuso las excepciones: - *"Mala fe y temeridad del actor"*, argumentando que a la actora no le asiste derecho alguno sobre la sustitución pensional, pues desconoce en todo sentido que frente a esta reclamación, es ella quien se encuentra facultada para solicitarla, ante la posibilidad de que frente a éstas se configuró una convivencia simultánea con el señor José Gildardo Hernández Benítez. - *"Falta de legitimación por pasiva"* basada en que es ella quien debe ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir, oponerse o contradecir una o varias pretensiones de la demanda lo que para este caso no aplica. - *"Prescripción"* frente al derecho a la sustitución pensional pretendida por estar sometida al término de tres años consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. - *"Cobro de lo no debido"*, dado que a la demandante no se le puede reconocer tal sustitución pensional, toda vez que en ningún momento se ha acreditado en debida forma la convivencia ininterrumpida con el causante.

2.2. Esperanza Giraldo Hoyos se opuso a las pretensiones de la demandante; sobre los hechos

expresó que unos son ciertos y los demás no le constan. Consideró que la normativa expuesta por la demandante exige para acceder a la sustitución de la asignación de retiro, que tanto el cónyuge como el compañero permanente, debieron haber tenido vida marital con el causante no menos de cinco años continuos inmediatamente anteriores al fallecimiento; que la demandante no reúne tal posibilidad por cuanto, nunca tuvo la calidad de compañera permanente del señor Hernández Benítez, ni dentro de los cinco años previos a la defunción, como se expresó en la sentencia dispuesta por el Juzgado Tercero de Familia de Manizales del 08 de abril de 2014, en la que se declaró la inexistencia de la unión marital de hecho.

Propuso las excepciones de: - *“Inexistencia de unión marital de hecho”* basado en que entre José Gildardo Hernández Benítez y la demandante, no existió unión marital de hecho, por cuanto no se dieron todas las circunstancias fácticas necesarias y obligatorias dispuestas por la norma legal que regula dicho modo especial de conformar una familia. - *“Mala fe y temeridad de la demandante”* de conformidad con el numeral 1 del artículo 79 del CGP.

2.2.1. Formuló demanda de intervención excluyente contra María Clemencia Botero Jaramillo y Casur, en ella solicitó que, se declare la nulidad de la i) Resolución 2235 del 26 de abril de 2012, proferida por Casur por medio de la cual, se suspende el trámite del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro que en vida percibía José Gildardo Hernández Benítez y de la ii) Resolución 14759 del 09 de octubre de 2012 proferida por Casur, por medio de la cual resuelve el recurso de reposición; que se declare que la señora Esperanza Giraldo Hoyos, compañera permanente del señor Hernández Benítez, es beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que percibía el causante, pues convivió con él desde 1989 hasta la fecha de su fallecimiento; que se declare que le asiste el derecho a que Casur le cancele las mesadas por sustitución de la asignación de retiro, en un 50% a partir del 23 de septiembre de 2011, fecha del fallecimiento del señor Hernández Benítez, hasta el 30 de junio de 2013, fecha en la cual se interrumpió el pago del otro 50% a Diana Paulina Hernández Giraldo; que se declare que le asiste el derecho a que Casur le cancele las mesadas por sustitución de la asignación de retiro, en un 100% a partir del 01 de julio de 2013 y que sobre el monto inicial de la asignación de retiro, se apliquen los reajustes de ley y se reconozcan intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Fundamento sus pretensiones en que, el señor José Gildardo Hernández Benítez falleció el 23 de septiembre de 2011, quien percibía asignación de retiro desde el 14 de febrero de 1994. Que desde el 04 de febrero de 1989 con el señor Hernández Benítez decidieron conformar una familia de hecho en la que se prodigaron amor, afecto, apoyo y socorro mutuo hasta el fallecimiento del mismo. De la unión nació Diana Paulina Hernández Giraldo. Que solicitó a Casur la sustitución de la asignación de retiro y esta mediante Resolución 2235 de abril de 2012, dispuso suspender el reconocimiento de la asignación de retiro; que interpuso recurso de reposición y mediante Resolución 14759 de octubre de 2012, se confirmó la decisión.

2.2.2. María Clemencia Botero Jaramillo contestó la demanda de intervención excluyente instaurada por Esperanza Giraldo Hoyos, oponiéndose a sus pretensiones y expresando sobre los hechos, que unos son ciertos y otro no lo son; propuso las excepciones: - *“Falta de cumplimiento de los requisitos de ley, por parte de Esperanza Giraldo Hoyos, para sustituir la asignación mensual de retiro que devengaba el causante José Gildardo Hernández Benítez”*, basada en que, conforme a los interrogatorios absueltos por Esperanza Giraldo Hoyos y su hija Diana Paulina dentro del proceso 2015-00386 en el Juzgado Segundo de Familia de Manizales, se concluye que no pudo existir una unión marital, entre la señora Esperanza Giraldo Hoyos y el causante. - *“Actuación con temeridad y mala fe, por parte de la actora Esperanza Giraldo Hoyos, al impetrar acciones jurídicas, para obtener reconocimiento de la sustitución pensional sin fundamento legal”*, argumentado que la señora Giraldo Hoyos no cumple los requisitos para que se le reconozca la sustitución de la asignación de retiro.

2.3. Casur en cuanto a la demanda de María Clemencia Botero Jaramillo y la demanda de intervención excluyente de Esperanza Giraldo Hoyos, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos los hechos referentes al reconocimiento de la asignación de retiro a favor del causante José Giraldo Hernández Benítez y la expedición de los actos demandados.

Precisó que, según las Políticas en Materia de Conciliación plasmadas en el acta 01 de fecha 12 de Enero de 2017, *Ratificación política institucional para la prevención del daño antijurídico*, numeral 10 "POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO"; se acoge a lo preceptuado en el artículo 146 del Decreto 1213 de 1990 que señala que: "Si se presentare controversia judicial o administrativa entre los reclamantes de una prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá hasta tanto se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota".

Que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 797 d 2003, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de las demandantes, y declaró la nulidad de las Resoluciones 2235 del 26 de abril y 14759 del 09 de octubre de 2012 y del oficio 13819/OAJ del 10 de agosto de 2015, proferidos por Casur a través de las cuales se negó el reconocimiento de la sustitución pensional a las señoras Esperanza Giraldo Hoyos y María Clemencia Botero Jaramillo.

A título de restablecimiento del derecho condenó a Casur a reconocer y pagar la sustitución de la pensión, que en vida devengaba el señor José Gildardo Hernández Benítez, en el siguiente porcentaje:

· Para la señora Esperanza Giraldo Hoyos, el 78.98% del 50% del pago de la asignación de retiro que le fue suspendida por medio de la Resolución 2235 del 26 de abril del 2012, esto es, en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre del 2011, día siguiente a la fecha del fallecimiento de José Gildardo Hernández Benítez Hernández Benítez, y el 30 de junio del 2013, fecha del último pago de la mesada que se le reconoció a Diana Paulina Hernández Giraldo en el otro 50% restante. A partir del 1 de julio del 2013, se reconocerá a la señora Esperanza Giraldo Hoyos el 78.98% del 100% de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor José Gildardo Hernández Benítez

· Para la señora María Clemencia Botero Jaramillo el 21.02% del 50% del pago de la asignación de retiro que le fue suspendida por medio de la Resolución 2235 del 26 de abril del 2012, esto es, en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre del 2011, día siguiente a la fecha del fallecimiento de José Gildardo Hernández Benítez Hernández Benítez, y el 30 de junio del 2013, fecha del último pago de la mesada que se le reconoció a Diana Paulina Hernández Giraldo en el otro 50% restante. A partir del 1 de julio del 2013, se reconocerá a la señora María Clemencia Botero Jaramillo, el 21.02% del 100% de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor José Gildardo Hernández Benítez

Dispuso además que, las sumas que resulten a favor de las señoras Esperanza Giraldo Hoyos y María Clemencia Botero Jaramillo, deberán indexarse conforme al artículo 187 del CPACA; que la entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 ibidem y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en

cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma. Además condenó en costas a la parte demandada.

Para ello, luego de precisar que la normatividad que rige el asunto es el Decreto 4433 de 2004, por tratarse de un régimen especial, exceptuado de la Ley 100 de 1993, por mandato del artículo 279, señaló que, el criterio material de convivencia y apoyo mutuo, según lo ha desarrollado la jurisprudencia, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de la sustitución pensional, por lo que el cónyuge o compañero permanente que pretenda acceder a la pensión cuando ésta se causa por la muerte del pensionado fallecido, lo deberá acreditar.

Conforme a lo anterior procedió a verificar, conforme a las pruebas recaudadas en el proceso, el cumplimiento de los requisitos legales, tanto de la señora María Clemencia Botero Jaramillo, Esperanza Giraldo Hoyos y María Edilia Serna Zamora, para hacerse acreedoras de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor José Giraldo Hernández Benítez; luego de lo cual concluyó que, el causante sostuvo una convivencia simultánea con María Clemencia Botero Jaramillo y Esperanza Giraldo Hoyos (compañeras permanentes) y conformó dos hogares paralelos, ostentando en ambos casos una auténtica vida marital.

Que respecto de la convivencia entre María Edilia Serna Zamora y José Gildardo, ninguna prueba testimonial o documental obra en el expediente para efectos de probar que la referida señora hubiese convivido con el fallecido, no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

4. Apelación

4.1. María Clemencia Botero (demandante) señaló que, la sentencia impugnada desconoció los efectos jurídicos de la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, proferida por el juez de familia, ratificada por el Tribunal Superior de Manizales, en la que decretó terminada la convivencia entre el causante y la señora Giraldo Hoyos, el 15 de noviembre de 2009, por lo que, si la convivencia terminó, ese hecho, frustró la continuidad de la misma.

Que el *a quo* dejó de valorar otras pruebas que demostraban que la señora Esperanza Giraldo no convivió con el causante hasta el momento de su muerte. Entre las cuales se mencionan: la historia clínica, constancia de citas médicas en su última enfermedad; formulas médicas, copias de órdenes médicas; que la señora María Clemencia tenía en su poder el revólver que portaba el señor José, con toda la documentación de este, así como la factura original con la que se compró el revólver; cédulas originales de ciudadanía; carnet policial, cedula cafetera; carnet del comité de cafeteros; carnet de licencia de conducción, carnet de la cooperativa del alto occidente de caldas; carnet de sanidad del Ministerio de Defensa; Carnet de la Asociaciones Policías en retiro (Acopore); tarjeta debito original del Banco Popular, todas las facturas de venta, de compra de accesorios y repuestos para el carro, de propiedad del causante, con las cuales la señora María Clemencia Botero demuestra que estaba administrando dicho Taxi, y todos los documentos pertenecientes a este automotor; diversos documentos donde se prueba que la única dirección que reporto el señor José Gildardo Hernández antes de su muerte, fue en el barrio Villa Pilar, ya que el causante jamás mencionó la dirección del domicilio donde vivía la señora Esperanza con su hija, desde la separación en 2009; libretas de ahorro del Banco Popular y del Banco Agrario, y que el taxi que conducía también estaba en poder de la señora María Clemencia e infinidad de documentos y objetos demasiado personales, que dan cuenta que la única persona que vivió con el señor José Gildardo Hernández antes de morir fue exclusivamente la señora María Clemencia Botero.

Por lo anterior solicitó, se modifique parcialmente la sentencia, puntualmente en cuanto a la decisión de solo reconocerle un 21.02% y en su lugar se confirme la nulidad de los actos

administrativos demandados, se niegue a la señora Esperanza Giraldo Hoyos la pretensión de ser beneficiaria de la asignación de retiro y se decrete que le corresponde el 100% de la asignación de retiro.

4.2. Esperanza Giraldo Hoyos (demandante intervención excluyente), solicitó se revoque la sentencia de manera parcial, se modifique la decisión y se le conceda en un cien por ciento la sustitución de la asignación de retiro de la que gozaba en vida el señor Hernández Benítez, pues la señora María Clemencia Botero Jaramillo, no demostró tener derecho para acceder al porcentaje reconocido.

Adujo que, existió una valoración probatoria incipiente de la prueba documental; que desechar la prueba documental aportada (Fotografías) con la demanda de intervención excluyente, resulta contrario a los criterios de cómo hacer la valoración probatoria, pues, la decisión de conformar una familia de parte de los señores Esperanza Giraldo Hoyos y José Gildardo Hernández Benítez, fue ilustrada a través del material fotográfico, desde su inicio, hasta la fecha del fallecimiento del último, hecho que truncó su permanencia; en tales documentos, se hace notoria la relación armónica, de disfrute y goce de la pareja con su hija y las familias de cada uno de ellos, pero sobre todo se evidencian distintos momentos cronológicos que pueden distinguirse con la evolución y cambios físicos de sus protagonistas.

Afirmó existir una insuficiencia probatoria para demostrar la convivencia entre María Clemencia Botero Jaramillo con el señor Hernández Benítez; que si se examina con cuidado y a profundidad los testimonios rendidos por Clarena Giraldo Quintero, José Alexander Pomar Montoya, María Dolly González Zuluaga, Rodrigo Rendón Agudelo, Juan David Jaramillo Botero, Luz Jaramillo De Botero, Luz Marina Rodríguez Araque y el interrogatorio de parte rendido por María Clemencia Botero Jaramillo debe concluirse que no resultan eficientes para demostrar esa convivencia entre enero 1 de 2005 y septiembre 23 de 2011.

Que cuando a los testigos se les pregunta *¿si saben desde cuándo convivieron BOTERO JARAMILLO y HERNÁNDEZ BENÍTEZ?*, de manera unánime respondieron *“... desde el 1 de enero de 2005...”*, respuesta que sin duda tiene la característica de ser prefabricada; ninguno hizo referencia a la existencia de una relación previa, i) de amistad o ii) noviazgo; en forma por demás enfática, expresaron *“desde el primero (1°) de enero de dos mil cinco (2005)”*; algunos dijeron *“...desde comienzos de enero de dos mil cinco...”*. Igualmente son contestes al ofrecer respuesta a la pregunta *“¿hasta cuándo convivieron HERNÁNDEZ BENÍTEZ y BOTERO JARAMILLO?”* en decir que, hasta el 23 de septiembre de 2011 fecha del fallecimiento del primero. Adicional a ello, las respuestas son muy generales, como: *“..siempre se les veía juntos..”*, *“... los visitaba y eran muy atentos..”*; *“...no le conocí otras mujeres a JOSÉ GILDARDO...”*. Igualmente las respuestas relativas al tema de la enfermedad de José Gildardo, afirman de manera general que quien lo asistió fue María Clemencia, sin expresar ningún detalle de su estadía en el centro hospitalario, no informan siquiera en cuál hospital estuvo recluido.

Que situación diferente ocurre con los testimonios rendidos a petición de la señora Esperanza Giraldo Hoyos por José Fernando Chalarca Cardona, María Amparo García Montes, Yetza Cardona Franco, Lina María Toro, María Alicia Bedoya Marín, José Libardo Hernández Benítez, Melissa Giraldo Meléndez, Carlos Eduardo Muñoz Álvarez, María Del Mar Cifuentes Vélez, Diva Florencia Giraldo Hoyos, César Augusto Giraldo Hoyos, Diana Paulina Hernández Giraldo y el interrogatorio de parte absuelto por ésta; en tales intervenciones, se observa espontaneidad, detalle, exactitud (cotejándolos con los demás medios de prueba aportados), se notó la explicación -no procesada- de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo narrado; las exposiciones fueron efectuadas con fundamento en su percepción directa, no fueron testigos de oídas.

En cuanto a las decisiones en procesos de la jurisdicción de familia, señaló como el *a quo* dio

absoluto valor a la decisión proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Manizales, confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, donde se declaró la existencia de la Unión Marital de Hecho entre Esperanza Giraldo Hoyos y José Gildardo Hernández Benítez, para fundamentar la decisión de declarar la convivencia entre ellos y proceder con el reconocimiento prestacional. No obstante, omitió cualquier análisis probatorio a la sentencia de abril 8 de 2014, emitida por el Juzgado 3º de Familia, confirmada a través de sentencia del 21 de octubre de 2014 por el Tribunal Superior de Manizales, donde se negó el reconocimiento de la unión marital de hecho entre los señores Gildardo Hernández y Botero Jaramillo. Que al ser estos medios de convicción idénticos en su naturaleza (providencias judiciales), debieron ambos, generar similares consecuencias probatorias, en lo que atañe a los hechos judicialmente declarados; empero, se omitió hacer alusión a la sentencia de la señora María Clemencia Botero Jaramillo, con lo cual se debió reforzar la negativa de estimar que entre José Gildardo y María Clemencia hubo convivencia.

4.3. María Edilia Serna Zamora (vinculada), solicitó revocar la sentencia, por cuanto se omitió su derecho a que le sea reconocido un porcentaje de dicha asignación de retiro por tener la condición de legítima esposa del causante, prueba suficiente para acreditar su derecho, pues a la fecha del fallecimiento del señor Hernández Benítez, el vínculo matrimonial seguía vigente así como también la sociedad conyugal creada entre ellos desde el día en que contrajeron nupcias. Lo anterior con fundamento en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que enuncian: a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y las condiciones que deben acreditar en cada caso para acceder a la prestación económica.

Citó la sentencia T-164 de 2016 en la que se señaló que, al realizar un paralelo entre lo establecido en el régimen general y en el especial de la Fuerza Pública, se puede constatar que el contenido de ambos cuerpos normativos es idéntico, salvo en lo atinente al postulado del parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004. Por ello, *es posible concluir que en caso de presentarse un conflicto al momento de aplicar este aparte del régimen especial, puede acudirse en virtud del principio de favorabilidad, a lo estipulado en el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 y sus posteriores modificaciones.*

Trajo además a colación la sentencia T-245 de 2017, que señaló que el cónyuge o compañero o compañera supérstite, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, aun cuando no haya habitado bajo el mismo techo del causante hasta el momento de su muerte, siempre que exista una causa justificada para ello. Es decir, el requisito de convivencia continua, establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2013, no podrá ser analizado en abstracto, sino que es necesario hacer una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso. De tal manera, cuando a una persona que se encuentra bajo esas circunstancias se le niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, por un aparente incumplimiento del requisito exigido por la legislación, se le está violando su derecho fundamental al mínimo vital, si de este reconocimiento depende la materialización de una vida en condiciones dignas.

Que en el presente caso está plenamente probada la imposibilidad de que la cónyuge continuara haciendo vida marital con el causante, puesto que éste siempre mantuvo relaciones extramaritales, donde incluso se procrearon otros hijos, situación que sin duda ocasionó la ruptura de la convivencia entre éstos, por causa imputable al hoy causante, razón por la cual debe ser analizada de fondo la falta de convivencia entre los cónyuges a fin de no afectar los derechos que por ley le corresponden a la cónyuge sobreviviente no culpable.

4.4. Casur solicitó se revoque el ordinal sexto de la sentencia, referente a la condena en costas impuestas, para lo cual señaló que, el reconocimiento de la sustitución de asignación mensual de retiro, está regulado por los Decretos 1212 y 1213 de 1990, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433

de 2004; partiendo de allí, se tiene que el mencionado reconocimiento está sujeto al factor entendido como la situación afectiva convivencia real del afiliado fallecido, asunto que conlleva a involucrar a él cónyuge o compañera permanente. Que el Artículo 146 del Decreto 1213 de 1990, reza que: *“Si se presentare controversia judicial o administrativa entre los reclamantes de una prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá, hasta tanto se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota”*.

Que además, el artículo 188 del CPACA consagra que: *“Salvo en los procesos en que se ventilen un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. Que la expresión “dispondrá” es discrecional mas no imperativa, empero como quiera que la citada norma remite al Código de Procedimiento Civil, éste en su Artículo 392, en el inciso 2° de su numeral 1°, preceptúa: *“En ningún caso la Nación, las instituciones financieras nacionalizadas, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Distritos Especiales y los Municipios, podrán ser condenados a pagar agencias en derechos ni reembolsos de impuestos de timbre”*. Además es evidente la ausencia de temeridad por su parte.

II. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

Corresponde a la Sala determinar:

-¿Cuenta María Clemencia Botero Jaramillo, María Edilia Serna Zamora o Esperanza Giraldo Hoyos con derecho a que le sea reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Cesar Francisco Sánchez Duque?

-¿Es procedente la condena en costas en primera instancia contra Casur?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: María Clemencia Botero Jaramillo y Esperanza Giraldo Hoyos cuentan con derecho a que les sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor José Gildardo Hernández Benítez, en tanto se acreditó que, convivieron y sostuvieron una relación de afecto y apoyo mutuo demostrando un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, por no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad al fallecimiento del pensionado.

Por su parte, María Edilia Serna Zamora no cuenta con derecho a que le sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor José Gildardo Hernández Benítez, por cuanto además que la sociedad conyugal se encontraba liquidada al momento del fallecimiento del pensionado, no acreditó la existencia de la convivencia por no menos de cinco años continuos con anterioridad a su fallecimiento.

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

2.1. Situaciones jurídicas acreditadas

- Mediante Resolución 00171 del 24 de enero de 1994 Casur reconoció la asignación de retiro al señor Agente Retirado José Gildardo Hernández Benítez, a partir del 14 de febrero de 1994 (fls. 39 a 41, C.1).
- El señor Hernández Benítez falleció el 23 de septiembre de 2011, conforme al Registro Civil

de Defunción aportado. (fl. 99, C. 2A).

- José Gildardo Hernández Benítez y María Edilia Serna contrajeron matrimonio el 12 de febrero de 1979 (fl. 95, C.1). Mediante Escritura Pública 4.485 del 3 de agosto de 1992, de la Notaria Cuarta de Manizales, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal existente entre ellos (fls. 96 a 99, C.1).
- Diana Paulina Hernández Giraldo, es hija de José Gildardo Hernández Benítez y Esperanza Giraldo Hoyos, conforme al Registro Civil de nacimiento. (fls. 15 y 16, C.1).
- En la solicitud individual de afiliación y declaración de asegurabilidad del 20 de septiembre de 1999, aparece como tomadora la señora Esperanza Giraldo Hoyos y como beneficiarios el señor José Gildardo Hernández Benítez y Diana Paulina Hernández Giraldo (fl. 31 C.2A).
- Conforme el certificado suscrito por el Coordinador del Grupo Placas, Matriculas y trasposos de la Secretaria de Tránsito y Transporte de Manizales del 13 de junio del 2000, el vehículo de placas WAD997 es de propiedad de José Gildardo Hernández Benítez y Esperanza Giraldo Hoyos (fl. 32; C.2A).
- La señora Esperanza Giraldo Hoyos el 9 de junio de 2006 formuló denuncia por el delito de lesiones personales contra el señor José Gildardo Hernández Benítez (fls. 53 y 54; C.2A).
- Según Formatos de entrevistas realizadas a José Gildardo Hernández Benítez y a Diana Paulina Hernández Giraldo el 16 de marzo y 3 de mayo del 2006 respectivamente, por la Fiscalía General de la Nación, relataron las agresiones sufridas por el señor Hernández Benítez en el inmueble de su propiedad por desconocidos. Ambos son coincidentes en que en la fecha en que ocurrió la agresión, José Gildardo habitaba bajo el mismo techo con Esperanza Giraldo y su hija Paulina. (fls. 55 a 59; C.2A).
- En declaración extrajuicio notarial, realizada por José Gildardo Hernández Benítez y Esperanza Giraldo Hoyos el 15 de marzo del 2008, se hizo constar que desde hace 19 años conviven bajo el mismo techo de manera permanente y de dicha unión nació Diana Paulina Hernández Giraldo (fl. 75; C.2A).
- En certificado suscrito por la Gerente de la Asociación Colombiana de la Policía en Retiro - Acopore, el 1 de febrero del 2011, se señala que José Gildardo Hernández fue afiliado a esa asociación y que una de sus beneficiarias es Esperanza Giraldo Hoyos (fl. 111; C.2A).
- Con facturas de venta 183530 y 18448 del 11 y 20 de septiembre del 2011, expedidas, la primera a nombre de José Gildardo Hernández Benítez, y la segunda, a nombre de María Clemencia Botero, se acredita que se adquirieron repuestos para el vehículo de placas WBF605 (fls. 229 a 232, C.2C).
- En declaraciones extrajuicio, realizadas por Esperanza Giraldo Hoyos Guillermo Bermúdez Vallejo, Luz Dary González Peña, Martha Lucia Betancourt Osorio, el 28 de octubre del 2011, se hace constar que la primera convivió con José Gildardo Hernández Benítez bajo el mismo techo hasta el 15 de noviembre del 2009 y que dependía económicamente del mismo (fls.350 a 354; C.2C).
- Según constancia expedida por la Cooperativa de Transporte *Tax La Feria* el 3 de febrero del 2012 José Gildardo Hernández Benítez fue asociado a la cooperativa desde el 16 de diciembre del 2003 hasta el 23 de septiembre del 2011 fecha en la que falleció; que como beneficiarios del seguro de vida dejó a Esperanza Giraldo Hoyos y a su hija Diana Paulina Hernández (fl.112; C.2A).

- María Clemencia Botero Jaramillo el 10 de febrero del 2012 solicitó a Casur el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión que devengó el señor José Gildardo Hernández Benítez (fls. 42 a 44, vto C.1); igualmente lo hicieron, Marian Edilia Serna Zamora el 12 de octubre de 2011 y 4 de febrero de 2012 y Esperanza Giraldo Hoyos el 5 de noviembre de 2011 y 8 de marzo de 2012 (fls. 48 C.1).

- A través de Resolución 2235 del 26 de abril de 2012, Casur resolvió la petición y dispuso:

“Artículo primero. Reconocer sustitución de asignación mensual de retiro, a partir del 23 de septiembre de 2011 a, DIANA PAULINA HERNÁNDEZ GIRALDO, en calidad de hija estudiante del causante, en cuantía equivalente al 50% del total de la prestación que devengaba el agente extinto.

Artículo tercero. Suspender el trámite de reconocimiento y pago de cuota de sustitución de asignación mensual de retiro que pueda corresponder a las señoras MARÍA EDILIA SERNA ZAMORA, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.085.838, MARÍA CLEMENCIA BOTERO JARAMILLO, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.294.900 y ESPERANZA GIRALDO HOYOS, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.270.961 de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo”. (fls. 29 a 30, C.1).

- A través de Resolución 14759 del 09 de octubre de 2012, Casur resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por Esperanza Giraldo Hoyos contra el acto que le negó la sustitución pensional. (fls. 32 a 34, veto C.1).

- María Clemencia Botero Jaramillo el 7 de mayo del 2015 solicitó nuevamente a Casur el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión que devengó el señor José Gildardo Hernández Benítez (fls. 58 a 62, C.1).

- En declaraciones extra juicio notarial, realizadas por María Dolly González Zuluaga, Luz Marina Rodríguez, Clarena Giraldo Quintero, Luz Jaramillo de Botero, Rodrigo Rendón Agudelo y Juan David Patiño Botero señalaron que María Clemencia Botero Jaramillo convivió con José Gildardo Hernández Benítez desde enero de 2005 hasta la fecha de su muerte. (fls. 89 a 94; C.1).

- En escrito elaborado por María Clemencia Botero Jaramillo, se hace constar que entregó a José Antonio Hernández Serna hijo de José Gildardo Hernández Benítez, un revolver que se encontraba bajo su custodia, atendiendo la voluntad de este (fl. 75; C. 2C).

- El Juzgado Tercero de Familia, en audiencia realizada el 8 de abril del 2014, dentro del proceso de declaración de existencia de unión marital de hecho, radicado 2012-485, en donde es demandante María Clemencia Botero Jaramillo y demandados los herederos de José Antonio Hernández Serna declaró que, entre este y la señora María Clemencia no se configuró la existencia de la unión marital de hecho ni su consecuente unión patrimonial entre compañeros permanentes (fls. 144 a 146; C.2A). El Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil Familia, el 21 de octubre del 2014, confirmó la sentencia anterior (fls.148 a 149; C.2A).

- Se aportó CD con los interrogatorios y testimonios en los años 2013 y 2017 realizadas ante el Juzgado Tercero de Familia, dentro del proceso con radicado 2015-386 de declaración de existencia de unión marital de hecho, en donde es demandante la señora Esperanza Giraldo Hoyos (fls. 356 a 359, C.2C).

- En Oficio del 16 de julio del 2018, proferido por la Jefe de Oficina Asesora Jurídica, se indica que mediante Resolución 2235 del 26 de abril del 2011, se reconoció sustitución de asignación

mensual de retiro a la señora Diana Paulina Hernández Giraldo, en calidad de hija estudiante del extinto señor Hernández Benítez José Giraldo; que revisado el sistema de nómina de retirados se constató que la última fecha de la mesada correspondiente fue el 30 de junio del 2013. (Fls. 1 a 4, C.3)

- Se recibieron las declaraciones (CD , folio 242, C.1A), de las cuales se realiza el siguiente resumen:

Declaración de Clarena Giraldo Quintero:

“PREGUNTADO: *¿Conoce a la demandante María Clemencia Botero Jaramillo?* **CONTESTO:** *Si, somos amigas hace 18 a 20 años más o menos, conozco la relación desde el 1 de enero del 2005, la relación que ellos iniciaron, yo los visitada, estaba pendiente de la convivencia que ellos tenían hasta el fallecimiento del señor Gildardo.* **PREGUNTADO:** *¿En qué fecha murió el señor Gildardo?* **CONTESTO:** *el falleció en el 2011, en septiembre* **PREGUNTADO:** *¿La relación de ellos como pareja desde cuando la conoce desde cuando los vio?* **CONTESTO:** *desde el 2005* **PREGUNTADO:** *¿Sabe usted durante cuantos años mantuvieron al relación?* **CONTESTO:** *Desde el 2005 hasta el 2011 que el falleció, todo el tiempo eran juntos, no me di cuenta que hubiese un distanciamiento en la relación* **PREGUNTADO:** *¿Usted con qué frecuencia iba al domicilio de la señora María Clemencia y el señor José Gildardo?* **CONTESTO:** *Todo el tiempo, una vez, dos veces a la semana o los fines de semana y siempre estaban juntos.* **PREGUNTADO:** *¿Como era la ayuda y el socorro mutuo entre la señora María Clemencia y el señor José Gildardo?* **CONTESTO:** *Él le colaboraba en las cosas de la casa él le llevaba mercado le ayudada con sus cosas personales, en el momento que estaba enferma él le ayudaba.* **PREGUNTADO:** *¿Quién cuidó al señor José Gildardo durante la última enfermedad que lo condujo a la muerte?* **CONTESTO:** *Ella estuvo pendiente de él, ella mantenía en la clínica... el murió de una ulcera, se le reventó una ulcera ...”.*

Declaración de José Alexander Pomar Montoya:

“CONTESTO: *Un fin de semana que don José me presentó a doña Clemencia, fuimos a comprar una botella de vino en San Andresito porque querían celebrar el tiempo que estuvieron juntos... yo trabajó el taxi del señor don José, el día que el murió le entregue el carro a doña Clemencia, porque don José cuando se enfermó, me dijo que me entendiera con ella”.*

Declaración de María Dolly González Zuluaga:

“PREGUNTADO: *¿Conoce a la demandante María Clemencia Botero Jaramillo?* **CONTESTO:** *Si la conozco porque vivimos en el mismo edificio. En el 1 de enero del 2005, ellos empezaron a convivir, lo sé, porque vivíamos en el mismo edificio, incluso hasta cual él estuvo enfermo que se lo llevaron para la clínica y el falleció, él vivió con ella.* **PREGUNTADO:** *¿Usted le conocido otras mujeres al señor José GILDARDO a parte de la señora María Clemencia?* **CONTESTO:** *Que yo sepa no. Yo lo veía entrar a su casa, entraban juntos, salían, a veces llegaban en el taxi que él tenía un taxi, yo los veía llegar, el subía con bolsas, salía por la mañana como a la 7:00, en ocasiones más temprano. Ellos siempre estuvieron juntos hasta que el murió (...)* **PREGUNTADO:** *¿Quien vivía con el señor José Gildardo y la señora Clemencia?* **CONTESTO:** *Vivía Juan David, hijo de la Doctora Clemencia”.*

Declaración de Rodrigo Rendón Agudelo:

“PREGUNTADO: *¿Conoce a la demandante María Clemencia Botero Jaramillo y a la señora Esperanza Giraldo Hoyos?* **CONTESTO:** *Si señor, los distingo a ellos, porque yo trabajé en el edificio en la célula 3, núcleo 2 prestado el servicio como celador, ella los distinguí a ellos, más o menos en el 2005, principio de enero y los vi con la relación que ellos tuvieron por varios años*

hasta el 2011. **PREGUNTADO:** ¿Desde cuándo usted empezó a trabajar allá y hasta que fecha trabajó allá? **CONTESTO:** desde el año 2004 hasta el 2014 o 2015 más o menos
PREGUNTADO: ¿desde qué fecha usted vio entrar al señor José a la casa de la señora Clemencia? **CONTESTO:** desde enero del 2005, ellos entraban y salían, ellos comenzaron con la relación (...)
PREGUNTADO: ¿Usted le llegó a conocer otras mujeres dantes a la señora María Clemencia? **CONTESTO:** Nadie **PREGUNTADO:** ¿Usted sabe quién acompañó al señor José Gildardo cuando él estaba enfermo? **CONTESTO:** La señora Clemencia. **PREGUNTADO:** ¿Como fue el evento en que trasladaron a José Gildardo al hospital cuando usted dice que se enfermó? **CONTESTO:** Yo no vi cuando lo sacaron. **PREGUNTADO:** ¿Existe constancia en el expediente que al señor José Gildardo lo sacaron del edificio donde usted era vigilante en las hora de la noche, usted por qué no advirtió tal situación? **CONTESTO:** No lo vi salir, directamente no vi cuando lo sacaron...”.

Declaración de señor Juan David Jaramillo Botero:

“**PREGUNTADO:** ¿Conoce a la demandante María Clemencia Botero? **CONTESTO:** Es mi madre. Todo comenzó en enero 2005, yo estaba en primer semestre de la universidad cuando don José llegó a la casa a vivir con él, hasta que falleció él vivía en la casa, me consta de la relación que había entre los dos en el sentido de compartir la cama, las obligaciones que había en cuanto facturas servicios de los cuidados que se prodigaban los dos, de la alimentación que él tenía mi mama se la cuidada, estar pendiente del señor José. **PREGUNTADO:** ¿Era esporádica la convivencia con usted y con su señora madre en la casa. el almorzaba, desayunaba con ustedes, fines de semana? **CONTESTO:** Era constante, lo que pasa es que el manejaba taxi de noche, por lo general él llegaba al otro día, o hasta el mediodía. **PREGUNTADO:** ¿Usted le conoció al señor José Gildardo mujeres diferentes a la señora María Clemencia? **CONTESTO:** No. ...”.

Declaración de Luz Jaramillo de Botero:

“**PREGUNTADO:** ¿Conoce a la demandante María Clemencia Botero? **CONTESTO:** Es mi hija, ellos se conocían desde el año 2005, él la llevaba, él la traía, ella hacia vueltas y él la esperaba. él estaba pendiente de ella, de los zapatos, de la ropa, de si estaba enferma, yo participé en paseo de ellos y también iba a la casa de ellos; ellos si vivían juntos. **PREGUNTADO:** ¿Usted de pronto conoció que el señor José Gildardo tuviera otras mujeres diferentes a la señor María Clemencia Botero? **CONTESTO:** No. Él vivía con Clemencia y con Juan David en todo el frente de Bata en Villa pilar, célula 3 núcleos 2, apartamento 1002. **PREGUNTADO:** ¿Como contribuía el señor Gildardo en el mantenimiento de la casa? **CONTESTO:** Pues él vivía pendiente del merado de las facturas, de todo. **PREGUNTADO:** ¿Usted hizo algún viaje con el señor José Gildardo y la señora María Clemencia y, en caso afirmativo dónde? **CONTESTO:** Nosotros íbamos a las cabaña a la Rochela, yo también estuve viviendo en Cúcuta, en ese entonces ellos estuvieron allá como 3 o cuatro meses conmigo, si se podían radicar allá, el mantenía pendiente del mercado, del oficio”.

Declaración de Luz Marina Rodríguez Araque:

“**PREGUNTADO:** ¿Conoce a la demandante María Clemencia Botero? **CONTESTO:** Si, somos amigas desde la época del colegio. **PREGUNTADO:** ¿Indique lo que sepa acerca de una relación entre la señora María Clemencia Botero Jaramillo y el señor José Gildardo Hernández Benítez? **CONTESTO:** Yo sé que esa relación si existió, ellos convivían como pareja o como esposos, José se reocupaba mucho por Clemencia, lo mismo que José por él, ella se preocupaba mucho por su esposo, incluso en su enfermedad ella fue la que estuvo al tanto de la situación, yo en algunas ocasiones, cuando iba al apartamento de Clemencia, José pasaba por ahí porque el manejaba un taxi, La última vez que compartimos con él fue en mi cumpleaños yo si veía que José la quería mucho. **PREGUNTADO:** ¿Cuál es la fecha de inicio y fecha de terminación de la relación? **CONTESTO:** Ellos estuvieron más o menos desde el 2005, más o menos empezando el año y hasta que don José falleció en el año 2011, en septiembre, ella fue la que estuvo con él en su enfermedad.

PREGUNTADO: *¿La relación de la señora María Clemencia Botero con el señor José Gildardo fue permanente o si tuvieron alguna separación?* **CONTESTO:** *Que yo sepa no hubo ninguna separación ...clemencia y yo somos amigas desde el colegio, nos visitábamos o hablábamos por teléfono, yo por eso se eso.* **PREGUNTADO:** *¿Sabe si el señor José Gildardo, además de la señora Clemencia tuviera otra relación con otras mujeres?* **CONTESTO:** *No me consta”.*

Declaración de Diana Paulina Hernández Giraldo:

“PREGUNTADO: *¿Conoce a la señora esperanza Giraldo Hoyos?* **CONTESTO:** *Si señor, es mi madre.* **PREGUNTADO:** *Usted conoce de la relación de la señora Esperanza Giraldo Hoyos y el señor José Gildardo Hernández Benítez.* **CONTESTO:** *La historia comienza antes de mi nacimiento, sé que se conocieron en el año 1989, formaron una relación estable, en el año 1991 me concibieron, adquirieron varios inmuebles de esa unión, un apoyo mutuo* **PREGUNTADO:** *¿A la fecha fe fallecimiento de su padre su madre convivía con él?* **CONTESTO:** *Si señor, el ultimo domicilio donde convivieron juntos al fallecimiento fue en el barrio guayacanes, yo convivía con ellos.* **PREGUNTADO:** *¿Como era la relación de sus padres, desde el momento en que usted tuvo uso de razón hasta el fallecimiento del señor José Gildardo?* **CONTESTO:** *Eran una pareja muy estable, compartían todas las actividades del diario vivir, celebraciones como cumpleaños, navidad, encuentros familiares, nos íbamos de viaje, entre los dos se distribuían las obligaciones del hogar, el pago de facturas de impuestos, de mi colegio, el transporte la universidad. fue una relación publica, mi padre siempre compartió con toda la familia de mi mama. nosotros siempre tuvimos la oportunidad de compartir con la familia de mi papa. cuando mi padre se enfermó, esto es, el 15 de agosto del 2011, nosotros fuimos las que compartimos el proceso de enfermedad de él, nos entregamos en cuerpo, mente, corazón y alma a él, asumimos todos los gastos relacionados con esta instancia hospitalaria. estuvimos acompañándolo en todo este proceso hospitalario, yo fui la persona que lo organizó en el hospital, yo fui la persona que diligencio todo, la persona que dio el visto bueno para sacarlo en esa sala de velaciones. quienes compramos la lápida fuimos quienes estuvimos toda la vida con él.* **PREGUNTADO:** *¿Eventualmente José Gildardo, se ausentaba de su lugar de residencia en algunas épocas?* **CONTESTO:** *Si, mi padre tenía alguna ausencia, él era taxista, hacia muchas carreras a otras ciudades o se iba a administrar la finca en Rio Sucio, tenía café.* **PREGUNTADO:** *¿Eventualmente José Gildardo dispuso otro domicilio u otra residencia en alguna época de su vida?* **CONTESTO:** *En el año 2009 mi padre buscó un apartamento que nosotros debíamos aceptar, si bien en ocasiones se iba para ese espacio seguía en la casa de nosotros. Realmente él nunca se fue de la casa, porque él seguía con nosotros, tenía ropa en la casa, guardaba el taxi, hacia el almuerzo, está en fechas importantes, mi padre presenció esos encuentros familiares con la familia de nosotros y seguimos también la relación con la familia de mi padre”.*

Declaración de Diva Florencia Giraldo Hoyos:

“PREGUNTADO: *¿Conoce a la señora esperanza Giraldo Hoyos?* **CONTESTO:** *Es mi hermana* **PREGUNTADO:** *¿Usted conoce de la relación de la señora Esperanza Giraldo Hoyos y el señor José Gildardo Hernández?* **CONTESTO:** *José fue la pareja de Esperanza desde 1989.* **PREGUNTADO:** *¿Usted recuerda detalles en la instancia de José en la hospitalización previa a su fallecimiento, quienes lo cuidaban, quienes hacían los aportes, los gastos, si necesitaba elementos adicionales a la atención médica en la clínica?* **CONTESTO:** *Llamaban, le llevaban panales, pañitos húmedos, le llevaban todo lo que necesitaban.* **PREGUNTADO:** *¿la relación de José y Esperanza, presento alguna ruptura?* **CONTESTO:** *Que yo sepa no”.*

Declaración de Carlos Eduardo Muñoz Álvarez:

“PREGUNTADO: *¿Conoce a la señora esperanza Giraldo Hoyos?* **CONTESTO:** *Si, fue vecina mía hace algunos años.* **PREGUNTADO:** *¿Usted conoce de la relación de la señora Esperanza Giraldo Hoyos y el señor José Gildardo Hernández?* **CONTESTO:** *yo conocí a Esperanza, José y*

Diana en esa época, vecina en el barrio Lleras y en seguida vivían ellos, don José mi amigo en esa época, eso fue hasta el año 2008 que nos fuimos del barrio y después de eso conservamos la amistad, nos veíamos con relativa frecuencia, tuve siempre mucho contacto con él. PREGUNTADO: ¿Fue vecino de Esperanza y de José hasta el 2008 o 2009 que falleció su madre, recuerda cómo era la relación de ellos, o si participo en algún evento o festejo reuniones? CONTESTO: Nosotros tuvimos un muy buen vínculo con la familia, de pronto alguna vez pasamos para alguna actividad que había, de pronto un cumpleaños o un día de la madre, cuando me avisaron de la muerte de José siempre el dialogo era referente a la familia en general”.

Declaración de Lina María Toro:

“PREGUNTADO: ¿Conoce a la señora Esperanza Giraldo Hoyos? CONTESTO: Si la conozco hace 14 años. PREGUNTADO: ¿Usted conoce de la relación de la señora Esperanza Giraldo Hoyos y el señor José Gildardo Hernández? CONTESTO: Siempre supe que ellos eran esposos, tenía una hija Diana Paulina, el siempre frecuentaba la empresa, por eso yo lo conozco. Desde que yo llegué a la empresa él siempre iba a la oficina, muchas veces me tocaba la ventana para que le avisara a la esposa para que fumaran un cigarrillo, después entraban y se tomaban un tinto, yo siempre vi una relación muy sólida entre ellos dos”.

Declaración de Yettza Cardona Franco:

“PREGUNTADO: ¿Conoce a la señora esperanza Giraldo Hoyos? CONTESTO: Si, es la mama de Paulina Hernández, amiga mía de la Universidad. PREGUNTADO: ¿Usted conoce de la relación de la señora Esperanza Giraldo Hoyos y el señor José Gildardo Hernández? CONTESTO: tuve conocimiento de la convivencia del señor José Gildardo y la señora Esperanza desde el 2008 hasta el 2011, fecha en la que murió el padre de Paulina... fue Paulina y su madre las que estuvieron al lado del señor Gildardo en el proceso de hospitalización...”.

Declaración de Cesar Agosto Giraldo Hoyos:

“PREGUNTADO: ¿Conoce a la señora esperanza Giraldo Hoyos? CONTESTO: Si, es mi hermana. PREGUNTADO: ¿Usted conoce de la relación de la señora Esperanza Giraldo Hoyos y el señor José Gildardo Hernández? CONTESTO: Fue una relación formal, se conocieron en 1988 y ya como pareja permanente desde 1989, convivieron hasta el 2011 PREGUNTADO: ¿Usted estuvo presente durante la enfermedad del señor José Gildardo cuando estaba hospitalizado? CONTESTO: Yo estuve presente y generalmente Paulina estaba en las noches y mi hermana estaba cuando le daban trabajo. PREGUNTADO: ¿Dónde llamaban para autorizar algún procedimiento de orden quirúrgico al señor José Gildardo? CONTESTO: Yo le comunicaba a mi hermana de la situación”.

Interrogatorio de parte rendido por Esperanza Giraldo Hoyos:

“PREGUNTADO: ¿Conoce a la demandante María Clemencia Botero? CONTESTO: Si, por cuanto mi esposo José Gildardo estaba hospitalizado en el hospital de Caldas, estaba mi hija María Paulina y a su vez se encontraba una señora que ultrajó y humilló a mi hija Paulina, una señora que se llamaba Clemencia. La conocí por teléfono, José Gildardo convivió conmigo desde el año 1989 hasta el día de su muerte... PREGUNTADO: ¿Es cierto que usted presentó una demanda de unión marital de hecho en el Juzgado Tercero de Familia, en qué etapa esta ese proceso? CONTESTO: El fallo ya está me declararon compañera permanente hasta el 2009, nunca se rompió, él consiguió un apartamento en Villa Pilar, pero siempre estuvo pendiente del hogar, seguía aportando para la casa, seguía llevando a la niña a la universidad. PREGUNTADO: ¿Usted lo visitó en la clínica enfermo? CONTESTO: Todos los días, del hospital llamaba a la casa para que yo autorizara las intervenciones que se le hacían a José Gildardo. PREGUNTADO: ¿Nunca se encontró con la señora María Clemencia en una de sus visitas a la clínica donde se

encontraba el señor José Gildardo? CONTESTO: Nunca PREGUNTADO: ¿Del 2009 al 2011 el señor José Gildardo las acompañaba a los eventos familiares? CONTESTO: Si, para el 2010 realizábamos día de la madre, del padre, cumpleaños”.

Interrogatorio de parte rendido por María Clemencia Botero Jaramillo:

“PREGUNTADO: ¿Conoce a la señora Esperanza Giraldo Hoyos? CONTESTO: Yo la conocí en estos trámites procesales, José Gildardo algunas veces me habló de ella José Gildardo fue el hombre con el que yo conviví. PREGUNTADO: ¿Usted desde cuando convivió con él? CONTESTO: desde inicios de enero del 2005 hasta el 23 de septiembre del 2011. PREGUNTADO: ¿Y el 23 de septiembre que pasó que se interrumpió esa convivencia? CONTESTO: El falleció, el empezó muy mal, el casi no se podía alimentar y a raíz de eso, empezó muy mal, estuvo muy enfermo como una semana en la cama y empezó a vomitar sangre, como eso era muy apremiante me fui con él, se desmayó en la calle, yo empecé a gritar, me ayudaron lo metí en un taxi, lo llevamos a la clínica La Toscana y de allá lo remitieron al Hospital de Caldas. PREGUNTADO: ¿Usted estuvo con el señor en el tránsito de la enfermedad del señor José Gildardo? CONTESTO: Si señor, pero cuando yo iba donde él, empezaban a acosar, la señora Esperanza estuvo muy apersonada de las visitas y yo casi no pude entrar. PREGUNTADO: ¿Usted estuvo en el entierro, en la velación del señor José Gildardo? CONTESTO: Si, yo estuve en la velación. PREGUNTADO: ¿Usted estuvo presente en el cuidado del señor José Gildardo, le ayudaba en el cambio de pañales, puesta de cremas? CONTESTO: Ella tenían la posición dominante allá. PREGUNTADO: ¿Usted estuvo en las exequias del señor José Gildardo? CONTESTO: Si”.

2.2. Marco jurídico

2.2.1. Sustitución pensional de los Agentes de la Policía Nacional

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

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

El Decreto 097 de 1989², mediante el cual se reorganizó la carrera de los Agentes de la Policía Nacional, reguló la sustitución de la asignación de retiro en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 128. A la muerte de un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el presente estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.

Así mismo, el cónyuge y los hijos hasta la edad de veintiún (21) años tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos mientras disfruten de la pensión decretada con base en los servicios del Agente

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

² “(...) Por el cual se reforma el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional. (...)”.

fallecido.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno establecerá tarifas variables para la prestación de los servicios asistenciales a los beneficiarios de los Agentes de la Policía Nacional, fallecidos en goce de asignación de retiro o pensión.

PARÁGRAFO 2o. Si el Agente muriere sin haber cobrado sus prestaciones sociales por retiro, éstas se cancelarán en el orden de beneficiarios establecidos en este estatuto (...)”.

El orden de beneficiarios a que se refiere la disposición trascrita corresponde al regulado en el artículo 130 ídem, que señala:

“ARTÍCULO 130. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley;

b) Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos;

c) A falta de hijos las prestaciones corresponden al cónyuge;

d) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:

-Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

-Si el causante es hijo adoptivo pleno, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

-Si el causante es hijo adoptivo simple, la prestación se dividirá proporcionalmente entre los padres adoptantes y los padres de sangre.

-Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.

-Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.

-Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos menores de edad del Agente.

-Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

-A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional. (...)”.

Estas disposiciones fueron derogadas por el Decreto 1213 de 1990, mediante el cual se estableció y reguló la carrera de los agentes de la Policía Nacional, en el cual, tanto la regulación de la asignación de retiro como la posibilidad de sustituir dicha prestación y el listado de beneficiarios, se mantuvieron en similares términos, esto es, y para lo que interesa al caso concreto, con exclusión de los compañeros permanentes.

Posteriormente, la Ley 923 de 2004³ estableció en el artículo 3, los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente, de invalidez y sus sustituciones, en los siguientes términos:

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

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

³ “(...) Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...)”.

cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004⁴ «por medio de la cual fue reglamentada la Ley 923 de 2004⁵» incluyó como beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro y/o de la pensión de sobrevivientes, a que se alude en el artículo 40⁶ de esta disposición, al compañero o compañera permanente sobreviviente, en el mismo orden del cónyuge supérstite, de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

⁴ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

⁵ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...).”

⁶ “Artículo 40. Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante (...).”

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

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

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

Nótese que la normativa a que se hizo referencia en los Decretos 97 de 1989 y 1213 de 1990, que es de carácter especial, no incluyó entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente, pues fue solo hasta la expedición de la Ley 923 de 2003 y el decreto que lo reglamentó, esto es, el Decreto 4433 de 2004, que tuvo en cuenta a la cónyuge sobreviviente para acceder en igualdad de condiciones a la referida prestación, sin embargo, ha de entenderse que está contemplada en la citada normatividad, por mandato del artículo 13⁷ y 42⁸ de la Constitución Política.

2.2.2. Pensión de sobrevivientes y Sustitución de la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993

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

⁷ "(...) Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

(...)" (Lo subrayado es de la Sala).

⁸ "(...) **ARTICULO 42.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.(...)"

La Sección Segunda del Consejo de Estado⁹ ha señalado que, la normativa aplicable a la pensión de sobreviviente o la sustitución pensional es la vigente al momento del deceso, en virtud del principio de irretroactividad de la ley. Si este ocurre en vigor de la Ley 100 de 1993, ha de recordarse que su aplicación, según su artículo 279, no se extiende a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Pública, ni aquellos que se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.¹⁰

Sobre esta exclusión, la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995¹¹, la declaró exequible «*siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad*», por lo que al momento de resolver cada caso, el juez debe analizar no solamente la norma especial, sino también el régimen general y en el evento en que este sea más favorable debe proceder a su aplicación.

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señalaba que el cónyuge o compañero permanente tendrá derecho a la sustitución pensional, así:

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

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;...~~

Dicho artículo fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; el nuevo texto es el siguiente:

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

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de abril de 2013, expediente 1605-09, magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁰ "El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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

¹¹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible¹²> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)"

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

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

En línea con los requisitos que establece la normativa en cita, en lo que respecta a la denominada "vida marital" o "convivencia" el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2012¹³ precisó:

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

¹² Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'.

¹³ Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁴ ha dicho que la convivencia con el causante no inferior a un lustro, puede darse en cualquier tiempo, pero tratándose de la cónyuge, sin importar que existe compañero o compañera permanente que le dispute el derecho, a condición de que el lazo matrimonial estuviera incólume. Sin embargo, la recomposición de la Sala dio lugar a reexaminar la problemática jurídica, con el fin de fijar una nueva postura en punto a la interpretación del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, de manera que se ajustara a los fines del sistema integral de seguridad social y en particular, de la pensión de sobrevivientes.

En efecto, a partir de la sentencia CSJ SL1730-2020, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite **del afiliado fallecido**, no se requiere ningún tiempo mínimo de convivencia, sino que es suficiente acreditar la condición invocada para cumplir el presupuesto del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, **de suerte que la cohabitación de 5 años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado**. Así lo explicó, dicho proveído:

“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Así las cosas, siguiendo las directrices fijadas en precedencia por la Corte Suprema de Justicia, tratándose de afiliados fallecidos, no se requiere la acreditación de un tiempo mínimo de convivencia, empero si la demostración de la calidad de compañera permanente y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento del deceso; mientras que, en tratándose de pensionados fallecidos, debe necesariamente acreditarse la convivencia de cinco años.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 21 de mayo de 2021¹⁵ al referirse a la sentencia CSJ SL1730-2020 del 3 de junio de 2020 de la Corte Suprema de Justicia previamente analizada, señaló que: *“La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran*

¹⁴ A manera de ejemplo, se tiene entre muchas otras, la sentencia CSJ SL, 24 en 2012, rad. 41637, reivindicada en la CSJ SL16419-2017.

¹⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria". Que además de la violación directa de la Constitución también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

2.3. Caso concreto

2.3.1. Sustitución pensional frente a María Clemencia Botero Jaramillo (demandante)

La apelante Esperanza Giraldo Hoyos señaló que, María Clemencia Botero Jaramillo no demostró tener derecho para acceder al porcentaje reconocido en la sentencia, pues existió una insuficiencia probatoria para demostrar la convivencia con el señor Hernández Benítez; que si se examina con cuidado y a profundidad los testimonios rendidos por Clarena Giraldo Quintero, José Alexander Pomar Montoya, María Dolly González Zuluaga, Rodrigo Rendón Agudelo, Juan David Jaramillo Botero, Luz Jaramillo De Botero, Luz Marina Rodríguez Araque, y el interrogatorio de parte rendido por María Clemencia Botero Jaramillo debe concluirse que los mismos no resultan eficientes para demostrar esa convivencia entre enero 1 de 2005 y septiembre 23 de 2011. Que cuando a los testigos se les pregunta *¿si saben desde cuándo convivieron BOTERO JARAMILLO y HERNÁNDEZ BENÍTEZ?*, de manera unánime respondieron *"... desde el 1 de enero de 2005..."*, respuesta que sin duda tiene la característica de ser prefabricada; ninguno hizo referencia a la existencia de una relación previa, i) de amistad o ii) noviazgo; en forma por demás enfática, expresaron *"desde el primero (1°) de enero de dos mil cinco (2005)"*; algunos dijeron *"...desde comienzos de enero de dos mil cinco..."*. Igualmente son contestes al ofrecer respuesta a la pregunta *"¿hasta cuándo convivieron HERNÁNDEZ BENÍTEZ y BOTERO JARAMILLO?"* en decir que, hasta el 23 de septiembre de 2011 fecha del fallecimiento del primero. Adicional a ello, las respuestas son muy generales, como: *"..siempre se les veía juntos..."*, *"... los visitaba y eran muy atentos.."*; *"...no le conocí otras mujeres a JOSÉ GILDARDO..."*. Igualmente frente al tema de la enfermedad de José Gildardo, afirman de manera general que quien lo asistió fue la señora María Clemencia, sin expresar ningún detalle de su estadía en el centro hospitalario, no informan siquiera en cuál hospital estuvo recluso.

En cuanto a las decisiones en procesos de la jurisdicción de familia arrimados como prueba señaló que, el *a quo* dio absoluto valor a la decisión proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Manizales, confirmada por el Tribunal Superior de Manizales, donde se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre Esperanza Giraldo Hoyos y José Gildardo Hernández Benítez, para fundamentar la decisión de declarar la convivencia entre ellos y proceder con el reconocimiento prestacional; no obstante, omitió cualquier análisis probatorio a la sentencia de abril 8 de 2014, emitida por el Juzgado 3° de Familia, confirmada a través de sentencia del 21 de octubre de 2014 por el Tribunal Superior de Manizales, donde se negó el reconocimiento de la unión marital de hecho entre los señores Gildardo Hernández y Botero Jaramillo. Por lo que, debió considerarse que al ser estos medios de convicción idénticos en su naturaleza (providencias judiciales), debieron ambos, generar similares consecuencias probatorias, en lo que atañe a los hechos judicialmente declarados; con lo cual se debió reforzar la negativa de estimar que entre José Gildardo y María Clemencia hubo convivencia.

Frente a lo anterior, encuentra la Sala que, tanto María Clemencia Botero Jaramillo como Esperanza Giraldo Hoyos alegan haber compartido ininterrumpidamente con el causante por más de cinco años anteriores a su fallecimiento y para soportar sus afirmaciones, aportaron varios documentos y testimonios de personas que aseguran que el señor José Gildardo Hernández Benítez convivía y hacía comunidad con una y otra persona.

La Sala, para resolver el punto objeto de controversia, del material probatorio que obra en el expediente, encuentra que, respecto de la convivencia entre María Clemencia Botero Jaramillo

y José Giraldo Hernández Benítez, obran las declaraciones de Clarena Giraldo Quintero, María Dolly González Zuluaga, Luz Jaramillo de Botero, Luz Marina Rodríguez Araque, Rodrigo Rendón Agudelo y Juan David Patiño Botero, quienes afirmaron que, aquellos convivieron bajo el mismo techo desde 2005 hasta la fecha del fallecimiento del señor Hernández Benítez, ocurrida el 23 de septiembre de 2011; relatan además circunstancias referentes al auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento característicos de la vida en pareja.

También se aportaron las declaraciones extrajuicio realizadas por las señoras María Dolly González Zuluaga, Luz Marina Rodríguez, Clarena Giraldo Quintero, Luz Jaramillo de Botero, Rodrigo Rendón Agudelo y Juan David Patiño Botero (fls. 89 a 94; C.1) en las cuales se hace constar la convivencia entre María Clemencia Botero Jaramillo y José Giraldo Hernández Benítez, las cuales no fueron tachadas por las partes involucradas en el proceso.

Además, conforme con las declaraciones anteriores y los documentos aportados, se encuentra acreditado que, fue la señora María Clemencia Botero Jaramillo quien llevó al señor Hernández Benítez al centro hospitalario, durante la última enfermedad que lo condujo a la muerte; de ello da cuenta las declaraciones de Clarena Giraldo Quintero y María Dolly González Zuluaga.

Así, para la Sala, los reparos señalados por la apelante Esperanza Giraldo Hoyos no son suficientes para restar el valor probatorio a las referidas declaraciones, pues además de señalar la razón de su dicho, no se evidencia contradicción entre ellas o con los demás elementos de prueba y si bien no se tiene claridad del momento exacto a partir de la cual se inició la relación sentimental entre José Gildardo Hernández Benítez y María Clemencia Botero Jaramillo, los testigos son coincidentes en que iniciaron su relación en 2005, hasta la fecha de fallecimiento del señor Hernández Benítez, el 23 de septiembre de 2011.

Ahora bien, en cuanto al análisis y valoración de la sentencia de 8 de abril de 2014, emitida por el Juzgado Tercero de Familia, confirmada a través de sentencia del 21 de octubre de 2014 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales, se tiene que se negó el reconocimiento de la unión marital de hecho entre los señores Gildardo Hernández y María Clemencia Botero Jaramillo, “durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2005 y 23 de septiembre de 2011” con fundamento en que, el causante a la vez tuvo relaciones afectivas con María Edilia Serna Zamora y Esperanza Giraldo Hoyos.

Al respecto debe señalarse que, tal situación no es suficiente para descartar la existencia de la convivencia, pues mientras que en el proceso de familia, para que prospere la pretensión de declaratoria de existencia de una unión marital de hecho se requiere cumplir el requisito de la *singularidad*, en materia pensional tal requisito no es exigible, al punto que la norma prevé los casos de *conurrencia de convivencias simultaneas*.

En efecto, la Ley 54 de 1990 se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes; en el artículo primero se define, en los siguientes términos, la unión marital de hecho: “la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y *singular*”. Mientras que el Decreto 4433 de 2004¹⁶ y el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contemplan entre otros, los casos de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente.

Además, en cuanto a la diferencia entre convivencia y la unión marital de hecho, el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de abril de 2021¹⁷ precisó:

¹⁶ “(...) Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Sentencia de 15 de abril de 2021. Rad.: 17001-23-33-000-2014-00402-01(3293-18)

*Bajo este entendido, resulta pertinente aclarar que, quien ostente la condición de cónyuge o compañera supérstite, para poder hacerse beneficiaria de la sustitución pensional, debe fundamentar esta calidad bajo una **convivencia real y efectiva** al momento de la muerte del causante; **la cual no puede confundirse con la existencia de una unión marital de hecho**, pues esta primera exige la demostración de una vida común que se mantuvo para el momento del fallecimiento ocurrido, mientras que la segunda si bien supone un vínculo sentimental y la conformación de una comunidad de vida en pareja, mal se haría al inferir que esta institución garantiza prima facie una convivencia efectiva con la presunta pareja, pues para ello es necesario acreditar la existencia del componente afectivo y de convivencia que tenía con el pensionado al momento de su muerte y durante el término que la ley lo prevé". (Se resalta)*

Por lo anterior, no es de recibo el argumento de la apelante en cuanto a que, debía tenerse en cuenta como prueba única y suficiente la sentencia proferida el 8 de abril de 2014 por el Juzgado Tercero de Familia, confirmada a través de sentencia del 21 de octubre de 2014 por el Tribunal Superior de Manizales, donde se negó el reconocimiento de la unión marital de hecho entre los señores Gildardo Hernández y María Clemencia Botero Jaramillo, para concluir que no existió la convivencia.

En conclusión, de las pruebas aportadas se infiere que, la relación sentimental y la respectiva convivencia entre el señor José Gildardo Hernández Benítez y la señora María Clemencia Botero Jaramillo, inició en 2005 y finalizó el 23 de septiembre de 2011, fecha de fallecimiento del señor Hernández Benítez, por lo que encuentra acreditado el requisito de la convivencia con el fallecido por un periodo no inferior a cinco años continuos inmediatamente anteriores a la muerte; por lo anterior, en este aspecto se confirmará la sentencia.

2.3.2. Sustitución pensional frente a Esperanza Giraldo Hoyos (demandante intervención excluyente)

La apelante María Clemencia Botero Jaramillo aseguró que, la sentencia impugnada desconoció los efectos jurídicos de la sentencia proferida por el juez de familia, ratificada por el Tribunal Superior de Manizales, mediante la que decretó terminada la convivencia entre el causante y la señora Giraldo Hoyos, el 15 de noviembre de 2009; que además se dejaron de valorar otras pruebas que demostraban que la señora Esperanza Giraldo no convivió con el causante hasta el momento de su muerte, ósea hasta el 23 de septiembre de 2011.

Al respecto, la Sala, del material probatorio que obra en el expediente, encuentra frente a la convivencia entre la Esperanza Giraldo Hoyos y José Giraldo Hernández Benítez, lo siguiente:

Las declaraciones de las señoras Diana Paulina Hernández Giraldo, Diva Florencia Giraldo Hoyos, Lina María Toro, Yettza Cardona Franco María Amparo García Hoyos, y Cesar Augusto Giraldo Hoyos, son coincidentes en señalar que, aquellos eran compañeros permanentes, por un lapso aproximado de 22 años, algunos testigos refieren que desde 1989, hasta el momento del deceso del señor Hernández Benítez, el 23 de septiembre de 2011; relatan además circunstancias referentes al auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento característicos de la vida en pareja hasta esta fecha.

Se aportaron además declaraciones extrajuicio de origen notarial, realizadas por Guillermo Bermúdez Vallejo, Luz Dary González Peña, Martha Lucia Betancourt Osorio, el 28 de octubre del 2011, en las que se señala que Esperanza Giraldo Hoyos convivió con el señor José Gildardo Hernández Benítez bajo el mismo techo hasta el 15 de noviembre del 2009, pero aún así continuaron con una relación directa, pues el señor José Gildardo iba todos los días a visitar a su familia, les colaboraba económicamente e incluso algunas noches las pasaba allí.

Además, si bien en la sentencia proferida por el Juzgado de Familia de Oralidad de Manizales el 2 de febrero del 2018, se declaró que entre Esperanza Giraldo Hoyos y José Gildardo Hernández Benítez existió una unión marital de hecho entre el 15 de marzo de 1989 y el 15 de noviembre del año 2009, como se señaló en el acápite anterior, estas decisiones no son la prueba única de la existencia de la convivencia, así como de sus hitos temporales.

Al respecto se reitera que, el Consejo de Estado ha considerado que *“la convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y lecho, sino se relacionan al acompañamiento espiritual, moral y económico, así como el deber de apoyo y auxilio mutuo; junto con la voluntad de la pareja de mantener un hogar”*¹⁸. De manera que son el efectivo acompañamiento y la observancia de esos deberes, los elementos que han sido considerados como la exteriorización de la vida marital para efectos de reconocer la sustitución pensional.

Así, no es factor determinante para desvirtuar la convivencia efectiva, el que los cónyuges o compañeros permanentes no vivan juntos en un momento dado; debe valorarse cada circunstancia en concreto, las razones por las que no vivieron en el mismo techo, así como los demás factores determinantes de la convivencia, como los son: el auxilio o apoyo mutuo, la comprensión y la vida en común, que en últimas son los que legitiman el derecho reclamado¹⁹.

Así, de las declaraciones referidas es claro que, Esperanza Giraldo Hoyos y José Gildardo Hernández Benítez convivieron de manera permanente hasta el 15 de noviembre del 2009, pero a pesar de no estar de manera definitiva con la señora Esperanza, continuaron con la relación sentimental, de apoyo y ayuda económica.

Lo anterior es refrendado por las diferentes pruebas documentales obrantes en el proceso, entre las cuales se destacan: el certificado suscrito por la Gerente de la Asociación Colombiana de la Policía en Retiro-ACOPORE-, el 1 de febrero del 2011, que señala que José Gildardo Hernández Benítez fue afiliado a esa asociación y que una de sus beneficiarias es la señora Esperanza Giraldo Hoyos y la constancia expedida por la Cooperativa de Transporte Tax La Feria el 3 de febrero del 2012 en la que se indica que, el señor José Gildardo Hernández Benítez fue asociado a la cooperativa desde el 16 de diciembre del 2003 hasta el 23 de septiembre del 2011 fecha en la que falleció; que como beneficiarios del seguro de vida, dejó a la señora Esperanza Giraldo Hoyos y su hija Diana Paulina Hernández.

En la declaración rendida por Diana Paulina Hernández Giraldo, así como en el interrogatorio de parte rendido por Esperanza Giraldo se señaló que, José Gildardo Hernández Benítez en 2009, se distanció del hogar que compartía con Esperanza y Diana Paulina y se radicó en un inmueble diferente; no obstante aquel siguió frecuentando a la señora Esperanza Giraldo, acudiendo a fiestas familiares y apoyando económicamente al hogar.

Además, la señora Esperanza Giraldo y su hija Diana Paulina, acompañaron al señor José Gildardo Hernández Benítez en el hospital previo a su fallecimiento y realizaron los trámites correspondientes a los servicios de velación y exequias como se señala en las declaraciones recaudadas, lo que demuestra el acompañamiento espiritual, moral y económico, así como el apoyo y auxilio mutuo, pues, precisamente, es a partir de esos cuidados que la jurisprudencia, reiteradamente²⁰, ha tenido por comprobada la vida marital y la vocación de constituir un

¹⁸ Cfr. Consejo de Estado, sentencia del 16 de octubre de 2020 identificada con número de radicación 05001-23-33-000-2013-01475-01(2897-15). La definición aquí ofrecida tuvo como base las sentencias del Consejo de Estado, del 24 de octubre de 2012 con número de radicación 25000-23-25-000-2010-00860-01 (2475-11) y del 7 de abril 2001 con número de radicación 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08). La Corte Constitucional lo ha valorado considerando como beneficiaria a la persona que tiene un compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua con el causante al momento de su muerte C-1035 de 2008, T-190 de 1993, T-553 de 1994 y C-617 de 2001.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 22 de marzo de 2018. Radicación: 15-001-23-33-000-2013-00077-01, número interno: 4526-2013.

²⁰ Corte Suprema de Justicia sentencia de 16 de agosto de 2017 SL15413-2017 y Corte Constitucional T-324 de 2014.

hogar. Además de ello, es preciso tener en cuenta el factor volitivo de la pareja de mantener un hogar y tener la vocación y convicción de establecer, constituir y mantener una familia.²¹

Por lo tanto, una vez realizada la valoración probatoria integral en aplicación del principio de la sana crítica, se colige que, la relación sentimental y la respectiva convivencia con vocación de estabilidad y permanencia entre el señor José Gildardo Hernández Benítez y la señora Esperanza Giraldo Hoyos, inició el 15 de marzo de 1989, y finalizó el 23 de septiembre de 2011, fecha de fallecimiento del señor Hernández Benítez; por lo que se encuentra acreditado el requisito de la convivencia con el fallecido por un periodo no inferior a cinco años continuos inmediatamente anteriores a la muerte. Por lo anterior, en este aspecto se confirmará la sentencia.

2.3.3. Sustitución pensional frente a María Edilia Serna Zamora

Aseguró en su recurso de apelación que, se omitió su derecho a que le sea reconocido un porcentaje de la asignación de retiro por tener la condición de legítima esposa del causante, prueba suficiente para acreditar su derecho, pues a la fecha del fallecimiento del señor Gildardo Hernández Benítez, el vínculo matrimonial seguía vigente así como también la sociedad conyugal creada entre ellos. Que además está probada la imposibilidad de que la cónyuge, María Edilia Serna Zamora continuara haciendo vida marital con el causante, puesto que éste siempre mantuvo relaciones extramaritales, donde incluso se procrearon otros hijos, situación que sin duda ocasionó la ruptura de la convivencia entre éstos, por causa imputable al hoy causante.

Al respecto, la Sala para efectos de resolver el punto objeto de controversia, precisa que, el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004²² señala:

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

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

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

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Sentencia de 15 de abril de dos 2021. Rad.: 17001-23-33-000-2014-00402-01(3293-18)

²² “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

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

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala:

*"(...) b)... <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible²³> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)"*

En cuanto a la **forma de verificarse el tiempo de la convivencia entre el cónyuge supérstite y el causante en el supuesto de convivencia no simultánea**, la Corte Constitucional explicó que "[...] si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho" (Subrayado fuera del texto original). En todo caso, tal convivencia deberá ser efectiva, esto es, "clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia", de manera que están proscritas con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes, aquellas "relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante"²⁴.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado, creó una regla general al momento de establecer los requisitos para los cónyuges o compañeros permanentes (literal a) e incisos 1, 2 y parte inicial del 3 del literal b)), que da prelación a la convivencia con el causante por más de 5 años antes de su fallecimiento, por encima de cualquier vínculo formal. Sin embargo, el legislador, decidió a su vez crear en el aparte demandado (parte final del inciso 3 del literal b)), una excepción a dicha regla, determinando que el derecho a la pensión de sobrevivientes se conservaría en una cuota parte a los cónyuges que en algún momento hubiesen convivido por más de 5 años, pero que esté separados de hecho (sin convivencia al momento de la muerte del causante), pero que hubiesen decidido mantener los efectos patrimoniales del matrimonio, esto es, la sociedad conyugal vigente. Por lo cual, en esta excepción, el legislador optó por desplazar el criterio de convivencia, por el de vigencia o no de la sociedad conyugal, como se resumió en por la Corte Constitucional en sentencia C-515 de 2019:

²³ Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1035 de 2008, reiterada por la sentencia C-336 de 2014.

Pensión de sobrevivientes -convivencia no simultánea-			
Beneficiario	Causante	Modalidad de la pensión	Condiciones
Cónyuge supérstite	Afiliado o pensionado	Vitalicia -Cuota parte en proporción a la convivencia-	<ul style="list-style-type: none"> • Convivencia de cinco años con el causante con antelación al inicio de la última unión marital de hecho de más de 5 años. • Separación de hecho. • Sociedad conyugal vigente.
Compañero o compañera permanente	Afiliado o pensionado	Vitalicia -Cuota parte en proporción a la convivencia-	Convivencia con el causante de por lo menos 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

La Corte Constitucional en dicha sentencia concluyó que, no viola la igualdad la expresión “con sociedad conyugal vigente”, contenida en el último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al exigir para el reconocimiento de la cuota parte de la pensión de sobrevivientes que el cónyuge supérstite separado de hecho mantenga en vigor la sociedad conyugal a la fecha del fallecimiento del causante, lo cual excluye al cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta. Al respecto señaló:

72. En primer lugar, señala la Corte que estos dos grupos de sujetos están en un diferente plano jurídico y fáctico. Por un lado, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente mantiene en su totalidad los efectos de orden patrimonial. Si bien existe una ruptura de la cohabitación o convivencia y apoyo mutuo -a pesar de haber existido por lo menos 5 años-, los cónyuges no han expresado su deseo de dar por terminada su sociedad conyugal, al punto que preservan el vínculo económico y los derechos que de este se derivan. Por otro lado, en el caso del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta, por decisión libre de los cónyuges se extinguen los efectos patrimoniales del vínculo matrimonial, aunado a la separación de hecho, por lo que, no existen en este caso vínculos afectivos o económicos que permitan inferir su calidad de beneficiario²⁵.

73. En segundo lugar, los grupos cuya comparación se propone no pueden ser considerados equiparables en el supuesto previsto en la disposición acusada -convivencia no simultánea-, en razón a que el requisito de la vigencia de la sociedad conyugal tiene la finalidad de concretar el objeto de la pensión de sobrevivientes, esto es, proteger el núcleo familiar del causante que resulta afectado por su deceso (ver supra, numerales **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**). La configuración normativa de esta prestación económica tiene como base el requisito de convivencia efectiva con el causante²⁶. Sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva dentro de los 5 años anteriores a

²⁵ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 5 de abril de 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges “a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida esta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias como podrían ser exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia”. En opinión del Ministerio de Hacienda, “un elemento económico y un elemento de vocación de convivencia, son los elementos esenciales de la definición de cónyuge. Resulta discutible la condición de beneficiario de la norma demandada, para el caso del esposo o esposa que voluntariamente consintió la disolución de la sociedad conyugal, dividió bienes y no sostuvo una unión marital hasta la muerte del causante”.

²⁶ Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la convivencia es aquella “comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva -durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o pensionado.” (Subrayado fuera del texto original). Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 2 de marzo de 1999 y 14 de junio de 2011. Radicado 31605.

la muerte del causante, justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional (ver *supra*, numerales **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**), establezca la vigencia de la sociedad conyugal como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional al cónyuge superviviente, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante, guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes²⁷. Por lo anterior, es dado concluir que le asisten razones al legislador para distinguir en situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante –convivencia no simultánea–, que el cónyuge superviviente acredite la vigencia del vínculo patrimonial –sociedad conyugal–, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante, pese a la separación de hecho.

74. En tercer lugar, la condición acusada de inconstitucional contenida en la norma bajo estudio es determinante para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, no solo desde la perspectiva del régimen pensional sino también en consideración a los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. En este punto, el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo. Los bienes del haber absoluto incluyen las “pensiones”²⁸ (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo)²⁹. Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda³⁰. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente”.

²⁷ En la sentencia C-1035 de 2008, la Corte explicó que los principios que definen la pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, según corresponda, son: “(i) Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, cuyo objeto es que a través de la sustitución pensional se mantengan, al menos en el mismo grado de seguridad social y económica, a los beneficiarios afectados con la muerte del pensionado, que de no ser así conduciría a una desprotección y a una posible miseria, de allí la necesidad de establecer los grados de prelación para efectos de determinar las personas más cercanas al causante y que más dependían del mismo. (ii) Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, el cual busca impedir que con ocasión de la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea en la obligación de soportar las cargas materiales y espirituales que conlleva el deceso. (iii) Principio material para la definición del beneficiario, que consiste en determinar, bajo el criterio material acogido por el legislador, quien es el beneficiario de la sustitución pensional, el cual se obtiene de verificar quien tuvo mayor convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado”.

²⁸ La Corte Constitucional, en la sentencia C-081 de 1999, manifestó que no pueden confundirse los derechos herenciales con el reconocimiento de prestaciones sociales ocasionadas por la muerte de uno de los miembros de la pareja, ya que se trata de instituciones jurídicas diferentes. Así, en este caso, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge superviviente que cumpla con los requisitos señalados en el numeral 0 anterior. Adicionalmente, si bien podría considerarse que la pensión como seguridad social no se encuentra regulada en el artículo 1781 del Código Civil, no es extraño tampoco que dicho Código permitiera la celebración de contratos de renta vitalicia. En este sentido, el artículo 2287 del mismo Código señala que “La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas de un tercero”.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-278 de 2014.

³⁰ En esa misma dirección, en cuanto a los efectos de la disolución de la sociedad conyugal, el Consejo de Estado ha señalado que la separación de hecho y la liquidación su sociedad conyugal, “son causales suficientes para perder aquel derecho que le otorga la Ley 100 de 1993 en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se refiere”. Esto, por cuanto, “los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron”. En todo caso, aclaró que “[n]o obstante, el cónyuge superviviente si puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio, no ha perdido los efectos patrimoniales.” Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 04442-01 (1076-2015).

En el caso concreto, del material probatorio que obra en el expediente se tiene que, según Registro Civil aportado, José Gildardo Hernández Benítez y María Edilia Serna contrajeron matrimonio el 12 de febrero de 1979 pero además, mediante Escritura Pública 4.485 del 3 de agosto de 1992, de la Notaria Cuarta de Manizales, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal existente entre ellos. (fls. 96 a 99, C.1). Por lo tanto, si bien se encuentra acreditada la vigencia del vínculo matrimonial al momento del fallecimiento del causante, es claro que la sociedad conyugal **no se encontraba vigente**.

Ahora bien, conforme al principio de la carga de la prueba, es a la parte interesada a la que le corresponde probar los hechos sobre los cuales desea desprender el derecho que solicita. Así, en la medida en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que para la definición de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional se acoge un criterio material³¹ y no plenamente formal, resulta necesario acreditar la convivencia con el causante.

Al respecto, el Consejo de Estado³² señaló:

“En conclusión: cuando, como en este asunto, se suscita el debate en torno a si la cónyuge es beneficiaria en forma vitalicia de la sustitución pensional del finado que tenía pensión de jubilación reconocida y sin sociedad conyugal vigente ni convivencia simultánea, probatoriamente será necesario establecer: si a la fecha del fallecimiento del causante dicha cónyuge tenía 30 o más años de edad; si la cónyuge sobreviviente, acreditó que sostuvo vida marital o convivencia efectiva con el causante para el momento del deceso, que implicó vocación de estabilidad y permanencia con el occiso hasta su muerte; y si esa convivencia efectiva lo fue durante los 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado”.

De las pruebas aportadas al expediente no se evidencia dicha circunstancia, pues ninguna de ellas permite afirmar que a pesar de la liquidación de la sociedad conyugal persistió el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, característicos de la vida en pareja.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reconocido que el incumplimiento del requisito de la convivencia de los cónyuges o compañeros no implica, necesariamente, la pérdida del derecho, pues puede ser exceptuado por la configuración de justa causa. Así, desde la Sentencia T-787 de 2002, ha reconocido que se debe considerar, según las pruebas disponibles y los argumentos esgrimidos durante el proceso, si la *“interrupción de la convivencia o la no vida en común del causante y su cónyuge podría estar justificada, por ejemplo, por motivos de salud*.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha llegado a advertir que, *“en contextos en los que el presunto beneficiario ha sido sometido a maltrato físico o psicológico”*³³, no es posible negar la convivencia *“por la pura y simple separación de cuerpos de los cónyuges”*. Ha explicado que *“en escenarios de este tipo no se puede culpar al consorte víctima de renunciar a la cohabitación y castigarlo con la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes”* máxime cuando *“la separación es un ejercicio legítimo de conservación y protección al derecho fundamental a la vida y a la integridad personal”*.

Al respecto, tampoco existe elemento de juicio que permita afirmar que, la causa de la separación de hecho ocurrió por causa imputable al causante, pues a pesar de estar acreditadas las relaciones extramaritales del causante, donde incluso se procrearon otros hijos, ello no es suficiente para afirmar que estas fueron las causas de la ruptura de la convivencia.

³¹ Cfr. Corte Constitucional C-1035 de 2008, T-566 de 1998, T-002 de 2015 y SU-108 de 2020.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 11 de julio de 2019. Rad.: 25000-23-42-000-2013-02526-01(0942-16)

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 2010-2019, radicación no. 45045.

Así las cosas y ante la falta de pruebas sobre la convivencia entre José Gildardo Hernández Benítez y María Edilia Serna; así como la falta de prueba de una justa causa de la separación de hecho, a María Edilia Serna no le asiste el derecho a que le sea reconocida la sustitución pensional como conyugue supérstite del causante José Gildardo Hernández Benítez, y en tal sentido se confirmará este aparte de la sentencia de primera instancia.

2.4. Conclusión

Conforme a lo expuesto, María Clemencia Botero Jaramillo y Esperanza Giraldo Hoyos cuentan con derecho a que les sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor José Gildardo Hernández Benítez, en tanto se acreditó que, convivieron y sostuvieron una relación de afecto y apoyo mutuo demostrando un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, por no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad al fallecimiento del pensionado.

Por su parte, María Edilia Serna Zamora no cuenta con derecho a que le sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor José Gildardo Hernández Benítez, por cuanto además que la sociedad conyugal se encontraba liquidada al momento del fallecimiento del pensionado, no acreditó la existencia de la convivencia.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que se confirmará la sentencia en cuanto a los tiempos en que se encontró acreditada la convivencia entre el señor José Gildardo con María Clemencia Botero Jaramillo (entre 2005 y el 23 de septiembre de 2011); así como con Esperanza Giraldo Hoyos (entre el 15 de marzo de 1989 y el 23 de septiembre de 2011, se confirmaran además las cuotas de la sustitución pensional establecidas, esto es:

- Para la señora Esperanza Giraldo Hoyos, el 78.98% del 50% del pago de la asignación de retiro que le fue suspendida por medio de la Resolución 2235 del 26 de abril del 2012, esto es, en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre del 2011, día siguiente a la fecha del fallecimiento de José Gildardo Hernández Benítez Hernández Benítez, y el 30 de junio del 2013, fecha del último pago de la mesada que se le reconoció a Diana Paulina Hernández Giraldo en el otro 50% restante.

A partir del 1 de julio del 2013, se reconocerá a la señora Giraldo Hoyos el 78.98 % del 100% de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor José Gildardo Hernández Benítez,

- Para la señora María Clemencia Botero Jaramillo el 21.02% del 50% del pago de la asignación de retiro que le fue suspendida por medio de la Resolución 2235 del 26 de abril del 2012, esto es, en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre del 2011, día siguiente a la fecha del fallecimiento de José Gildardo Hernández Benítez Hernández Benítez, y el 30 de junio del 2013, fecha del último pago de la mesada que se le reconoció a Diana Paulina Hernández Giraldo en el otro 50% restante.

A partir del 1 de julio del 2013, se reconocerá a la señora María Clemencia Botero el 21.02% del 100% de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor José Gildardo Hernández Benítez

3. Segundo problema jurídico: *¿Es procedente la condena en costas en primera instancia contra Casur?*

Casur en su apelación señala que, su actuación se fundamentó en el artículo 146 del Decreto 1213 de 1990, *Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional*, que señala que: *Si se presentare controversia judicial o administrativa entre los reclamantes de una*

prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá, hasta tanto se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota. Que el artículo 188 del CPACA consagra que: “Salvo en los procesos en que se ventilen un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil”. Que la expresión “dispondrá” es discrecional mas no imperativa, empero como quiera que la citada norma remite al Código de Procedimiento Civil, éste en su artículo 392, en el inciso 2° de su numeral 1°, preceptúa: “En ningún caso la Nación, las instituciones financieras nacionalizadas, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Distritos Especiales y los Municipios, podrán ser condenados a pagar agencias en derechos ni reembolsos de impuestos de timbre”. Que además es evidente en la ausencia de temeridad por su parte.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de \$ 600.000, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003. Que las agencias en derecho se generan a favor de las señoras Esperanza Giraldo Hoyos y María Clemencia Botero Jaramillo, en las sumas de \$300.000 para cada una.

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

Así las cosas, la Corte Constitucional ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se comprueba para su imposición que *"en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*. En efecto, la aludida corporación ha señalado:

"[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal

como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo expuesto se concluye que, la imposición de la condena en costas, tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe la causación de estas en el expediente, por lo que en consideración de Colegiatura la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia no resulta totalmente ajustada a las normas indicadas, pues no se señalan las razones de su imposición, es decir, no se aplicó el criterio valorativo.

Además, como lo señala la parte recurrente, la posición que asumió tiene fundamento en el artículo 146 del Decreto 1213 de 1990, que señala que: “Si se presentare controversia judicial o administrativa entre los reclamantes de una prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá, hasta tanto se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota”.

Por lo anterior se revocará el ordinal sexto de la sentencia apelada para en su lugar, abstenerse de condenar en costas en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

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

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

Sentencia:

PRIMERO: Se revoca el ordinal **sexto** de la sentencia del 8 de octubre de 2020 emanada del Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Clemencia Botero Jaramillo contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur, el cual quedara así:

SEXTO. – No condenar en costas a ninguna de las partes.

SEGUNDO: Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: No se condena en costas en esta instancia.

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


Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 39 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
(Ausente con permiso)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª DE DECISIÓN ORAL

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17 001 33 39 006 2016 00113 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Marta Lucía Correa Osorio
Demandado:	Municipio de Anserma – Caldas
Providencia:	Sentencia No. 20

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, integrada por la Magistrada PATRICIA VARELA CIFUENTES en calidad de ponente, el Magistrado DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS y el Magistrado AUGUSTO MORALES VALENCIA, procede a dictar sentencia por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 12 de abril de 2018 proferida por el Juzgado 6º Administrativo del Circuito de Manizales mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

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

***“PRIMERA:** Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto emitido por El MUNICIPIO DE ANSERMA CALDAS, el cual niega la sustitución pensional solicitada por la señora MARTA LUCÍA CORREA OSORIO, por el deceso de su compañero permanente el señor LUIS OCTAVIO ÁLVAREZ RESTREPO (Q.E.P.D.)*

***SEGUNDA:** Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al MUNICIPIO DE ANSERMA CALDAS se reconozca la sustitución pensional a favor de la señora **MARTA LUCÍA CORREA OSORIO** en calidad de compañera permanente del extinto LUIS OCTAVIO ÁLVAREZ RESTREPO, a partir del día 7 de febrero de 2005.*

TERCERA: *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. aplicando los ajustes de valor (indexación) hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*

CUARTA: *Se condene a la demandada a pagar las agencias en derecho y costas procesales.*

[...]

2. Hechos

La parte demandante expone lo siguiente:

El señor Luis Octavio Álvarez Restrepo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.226.111, falleció el día 7 de febrero de 2005.

Devengaba una pensión de jubilación reconocida por el municipio de Anserma, Caldas mediante la Resolución No. 25 del 9 de abril de 1985.

Convivió con la señora Marta Lucía Correa Osorio en unión marital de hecho hasta la fecha del deceso del causante y existía dependencia económica de aquella respecto de éste.

La señora Correa Osorio solicitó al municipio de Anserma, Caldas, el día 6 de abril de 2014, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor Luis Octavio Álvarez Restrepo; y mediante Oficio No. GTH-0169 del 26 de marzo de 2015 el ente territorial le informó que había realizado el pago de las publicaciones en el Diario La Patria con el fin de garantizar el debido proceso a posibles beneficiarios de la prestación reclamada. Pasaron más de dos años desde la radicación de la solicitud sin que el municipio demandado hubiera dado respuesta de fondo y en razón al silencio administrativo se configuró un acto ficto negativo.

La demandante estaba afiliada como beneficiaria en salud del señor Luis Octavio Álvarez Restrepo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Como disposiciones violadas se citan:

Artículos 2, 4, 11, 13, 48 y 53 de la Constitución Política.

Artículos 1, 19 y 21 del C.S.T. y Artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta que parte demandante que el municipio de Anserma, Caldas, al negar la sustitución pensional reclamada, pasó por alto todos los principios generales de la seguridad social y los derechos fundamentales de aquella, pese a haberse aportado las pruebas para demostrar la calidad de beneficiaria de dicha prestación. Se remite a la Ley 100 de 1993 en cuanto a los requisitos para acceder a la prestación deprecada.

6. Contestación de la Demanda.

El municipio de Anserma Caldas contestó la demanda para oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante. Afirmó no constarle la convivencia entre el causante y la señora Marta Lucía Correa Osorio e incluso advierte que no existe certeza sobre los extremos de la misma toda vez que en el hecho tercero se indica que aquellos convivieron desde el mes de febrero de 2005 y hasta la fecha de deceso del causante; y en el hecho primero se dice que éste falleció el 7 de febrero de 2005.

Planteó como excepciones las siguientes: “cobro de lo no debido” pues la demandante no demuestra que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es, la convivencia con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su deceso. “Inexistencia de la obligación”, comoquiera que no se acredita la condición de compañera permanente de la demandante por alguno de los medios establecidos en el artículo 2 de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 4 de la Ley 979 de 2005. “Prescripción de las mesadas pensionales” considerando que el deceso ocurrió en el año 2005 y la solicitud de reconocimiento en vía administrativa se hizo en el año 2014. “Buena Fe” y “Genérica”. (fls. 58-64, C. 1)

7. El Fallo Recurrido.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante fallo del 12 de abril de 2018 resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones de “COBRO DE LO NO DEBIDO” E “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” propuestas por el Municipio de Anserma, Caldas.

SEGUNDO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de “PRESCRIPCIÓN” propuesta por el Municipio de Anserma, Caldas, en relación con las mesadas pensionales causadas antes del 26 de junio de 2011.

TERCERO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto administrativo ficto generado el 26 de septiembre de 2014 con ocasión de la

petición radicada por el accionante el 26 de junio de 2014, acto mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida percibió el señor Luis Octavio Álvarez Restrepo, a la señora Marta Lucía Correa Osorio.

CUARTO: *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al **MUNICIPIO DE ANSERMA CALDAS**, reconocer a la señora **MARTA LUCÍA CORREA OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.316.030, la sustitución de la pensión de jubilación de que era titular el señor **LUIS OCTAVIO ÁLVAREZ RESTREPO**, identificado en vida con C.C. 1.226.111, reconocimiento que se hará a partir del fallecimiento de este, es decir, desde el siete (7) de febrero de 2007 (sic).*

El pago de dichas mesadas sólo se realizará respecto de las mesadas que se hayan causado con posterioridad al 26 de junio de 2011, por efectos de la prescripción trienal.

QUINTO: ***ORDÉNASE** a la entidad demandada **INDEXAR** las sumas que resulten a favor de la demandante, dando aplicación a la formula inserta en la parte motiva de esta sentencia.*

[...]"

Consideró que, atendiendo a la data del fallecimiento del señor Luis Octavio Álvarez Restrepo (7 de febrero de 2005), ya había entrado a regir la Ley 100 de 1993, la cual, en su artículo 46 numeral 1, modificado por la Ley 797 de 2003, dispuso que tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes “*Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez, por riesgo común, que fallezca*”. Cita igualmente el artículo 47 ibídem, en virtud del cual, a la muerte de un pensionado, tendrán derecho a la sustitución pensional el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite que acrediten que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

Cita la sentencia del 24 de agosto de 2016, proferida por la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del proceso radicado 11001-03-15-000-2016-01576-00 en donde se itera que la compañera permanente debe acreditar una convivencia con el causante, no inferior a cinco años anteriores al deceso de éste.

Al analizar el caso concreto, el a quo halló demostrado que al señor Luis Octavio Álvarez Restrepo le fue reconocida una pensión de jubilación por el Municipio de Anserma, Caldas, mediante la Resolución No. 25 del 09 de abril de 1985, conforme a los documentos visibles de folios 16 a 18 del cuaderno 1 y 16-18 y 39 del cuaderno 2. De igual manera encontró demostrado que el señor Álvarez Restrepo falleció el 7 de febrero de 2005 /fl. 13, C. 1 y 12, C. 2/

Pudo establecer que el 26 de junio de 2014, la señora Marta Lucía Correa Osorio solicitó al municipio de Anserma, Caldas, el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación del señor Luis Octavio Álvarez Restrepo, frente a lo cual, el ente territorial a través del Oficio No. GTH-0169 del 26 de marzo de 2015, le informó a la ahora accionante que ha realizado el pago de las publicaciones en el diario La Patria con el fin de brindar garantías al debido proceso a posibles beneficiarios de la prestación demandada /fls. 19 y 20, C. 1 y 42-43, C. 2/

Alude también a la prueba testimonial practicada en primera instancia, esto es, a la declaración del Heriberto Pérez Arango, de la cual deriva la existencia de convivencia entre la demandante y el causante, así como el apoyo económico que él le proporcionaba a ella; del testimonio del señor Jaime de Jesús Tobón concluye la época en que comenzó la convivencia entre aquellos, pues al preguntarle al respecto, éste se remitió al año “95, 96”. Y del testimonio de la señora Celina de Jesús Zapata Agudelo colige el tiempo aproximado que duró la convivencia en cuestión, en tanto la testigo asegura que siempre los vio juntos durante 10 o 12 años aproximadamente, precisando que el señor murió en el 2005.

El acervo probatorio recaudado llevó al juez de primera instancia a concluir que se encontraban acreditados los requisitos legales para acceder a las pretensiones de la demandante, esto es, el tiempo mínimo de convivencia (5 años), el apoyo mutuo, la manutención económica, y el compromiso afectivo libre y voluntario. (fls. 104-111, C. 1)

8. Recurso de Apelación.

El municipio de Anserma, Caldas, apeló la sentencia de primera instancia porque, según dice, de las declaraciones aportadas al proceso se deduce fácilmente que la demandante no cumplió con el tiempo de convivencia exigido por la ley; reitera además, que en los hechos de la demanda se dice que ella convivió con el causante desde el mes de febrero de 2005 y el fallecimiento de éste fue en ese mismo mes y año, lo cual desvirtúa lo dicho en el fallo en relación con los extremos procesales de tal unión.

Considera que la prueba testimonial no es suficiente para probar los supuestos fácticos de la demanda ni para emitir una decisión acogiendo las pretensiones. Pone en duda que la accionante haya dependido económicamente de causante toda vez que la reclamación de la sustitución pensional la hizo en el año 2014, esto es, pasados más de 9 años desde el fallecimiento de aquel, que lo fue en el año 2005; asegura que este requisito no fue desarrollado en la sentencia materia de apelación y por tanto la misma no abordó

íntegramente el objeto del litigio. Luego, solicita se revoque la sentencia. /fls. 114-119, C. 1/

9. Alegatos de segunda instancia y concepto del Ministerio Público: No hubo intervenciones según constancia secretarial a folio 10 del cuaderno 2.

II. Consideraciones

Pretende la parte demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho que por esta Corporación se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de una sustitución pensional, en calidad de compañera permanente supérstite del señor Luis Octavio Álvarez Restrepo.

1. Problema Jurídico:

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

- ✓ ¿Cuáles son los requisitos legales para acceder al reconocimiento y pago de una sustitución pensional a la luz del régimen general de pensiones?
- ✓ ¿La señora Marta Lucía Correa Osorio tiene derecho a que le sea sustituida la pensión de jubilación de que era titular el señor Luis Octavio Álvarez Restrepo, en calidad de compañera permanente de éste?

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

2. Marco legal del derecho a la sustitución pensional.

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

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

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

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

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

[...]"

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

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

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

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

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

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

3. Análisis jurisprudencial.

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

En relación con la protección derivada de la contingencia por muerte del afiliado cotizante o del pensionado, ha precisado lo siguiente¹:

“[...]

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

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

“De la norma precitada, la jurisprudencia constitucional distingue dos modalidades para hacerse beneficiario de la prestación en cuestión; por una parte, la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular pensionado por vejez o invalidez-, por lo que ocurre strictu sensu una sustitución pensional. Por otra parte, el reconocimiento y pago de una nueva prestación de la que no gozaba el causante, quien

¹ Corte Constitucional, sentencia T-001/20. Referencia: expediente T-7.514.242. Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER. Bogotá D.C., catorce (14) de enero de dos mil veinte (2020).

era un afiliado, caso en el cual, ‘se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior’”^[82].

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

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

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

En tratándose del cónyuge, compañera o compañero permanente, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho; así lo ha dejado claro a Corte Constitucional al considerar al respecto que²:

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

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

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles

² sentencia T1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.

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

4. Caso concreto.

Se encuentra debidamente acreditado que al señor Luis Octavio Álvarez Restrepo le fue reconocida una pensión de jubilación por el Municipio de Anserma, Caldas mediante la Resolución No. 25 de 9 de abril de 1985, la cual obra entre folios 16 y 18 del cuaderno 1.

Con el Registro Civil de Defunción visible a folio 13 del cuaderno 1, queda demostrado que el señor Luis Octavio Álvarez Restrepo falleció el día 7 de febrero de 2005.

El 26 de junio de 2014, la señora Marta Lucía Correa Osorio solicitó al Municipio de Anserma, Caldas, el reconocimiento y pago de una sustitución pensional en calidad de compañera supérstite del causante, señor Luis Octavio Álvarez Restrepo (fls. 19 y 20, C. 1), sin recibir respuesta de fondo por parte de dicho ente territorial.

Unido a lo anterior, fue aportado como elemento de prueba, la copia de un carnet del Instituto de los Seguros Sociales, en donde aparece como cotizante el señor Luis Octavio Álvarez Restrepo y como beneficiaria la señora Marta Lucía Correa Osorio, con fecha de afiliación del 5 de marzo de 1999. (fl. 23, C. 1)

Se observa igualmente una declaración extrajuicio rendida ante el Notario Único del Circulo de Anserma, Caldas el día 14 de mayo de 2014, por los señores Jaime de Jesús Tobón e Israel David Rendón López, quienes afirmaron bajo la gravedad del juramento, que el señor Luis Octavio Álvarez Restrepo y la señora Marta Lucía Correa Osorio convivieron en unión libre, bajo el mismo techo como marido y mujer, durante diez años, hasta el fallecimiento de aquel; así mismo, que él le suministraba a la señora Correa Osorio todo lo necesario para su sostenimiento y subsistencia. (fl. 24, C. 1)

Ahora bien, la prueba testimonial practicada en el curso de la primera instancia da cuenta que la convivencia entre el señor Álvarez Restrepo y la señora Correa Osorio ya existía en el año 2000, esto es, 5 años antes del deceso de aquel, conforme se deduce del testimonio del señor Heriberto Pérez Arango, quien manifestó: /Min1:58 y siguientes, DVD fl. 93, C. 1/

“Yo hace por ahí aproximadamente unos 16 años fui muy amigo del señor Octavio, cierto, amiguísimo, y en ese lapso de tiempo yo sabía que él convivía con ella, cierto, yo manejaba un camión, lo manejé por 23 años. Él manejaba una volqueta del Municipio, muchas veces me tocaba prestarle por ahí platica para ayudarle para pagar los servicios. [...]”

Al respecto, el testigo le aclaró al Despacho que su amistad de 16 años fue desde la fecha en que el causante murió, hacia atrás. Más adelante señaló:

“Pues yo cada que hablaba con él me decía que él estaba viviendo con ella y yo en varias pasé y sí la veía afuera a ella barriendo el andén bueno o conversando con otra señora [...]”

Cuando se le preguntó la época en la cual - según su propio dicho - el causante vivió en la Carrera 7 con Calle 2 del municipio de Anserma, con la señora Marta Lucía, pagándole un arrendamiento, el testigo respondió:

“[...] eso fue por ahí unos 7 u ocho años más o menos antes de morir [...]”

De la anterior declaración puede extraerse que, si al testigo le consta que la convivencia entre la demandante y el señor Luis Octavio ya existía siete u ocho años antes del deceso de éste último – ocurrida el 7 de febrero de 2005 -, hacia el año 2000 se estaba dando el supuesto de hecho que la norma exige para acceder al derecho prestacional, cual es el de acreditar una convivencia con el causante, no inferior a 5 años anteriores a la fecha de su fallecimiento.

Así mismo, se recibió el testimonio del señor Jaime de Jesús Tobón, quien sobre los extremos temporales de la convivencia en cuestión, adujo: /DVD, Fl. 93, C. 1/

“Yo lo conocí a él hace por ahí en el 94 o 95, yo era vendedor ambulante, yo le vendía las verduras a él y él me pagaba en la calle y yo llevaba las verduras a la señora a la casa [...] ellos vivían juntos, él le pagaba arrendo ellos vivían en una casa común y corriente y problemas que no faltaban en una pareja [...] yo a diario pasaba por ahí y lo veía en la casa de ella [...]” El testigo agregó que entre el año 1999 y 2002 tuvo una tienda y desde ahí

también le vendía productos a la pareja; luego del año 2002, comenzó a vender tomate y cebolla puerta a puerta y seguía suministrándole las verduras a aquellos, cada ocho días.

La señora Celina de Jesús Zapata Agudelo, quien también compareció en calidad de testigo en el año 2017, manifestó lo siguiente: /DVD, fl. 93, C. 1/

“Pues yo llegué al barrio donde ella vive, yo compré casita en esa parte y yo la ví viviendo ahí cuando yo llegué y llevo 13 años en propiedad, y pues siempre la ví con el señor Octavio [...] el señor murió en el 2005, siempre los ví juntos, siempre pues muy buenos vecinos, [...] la conocí porque vivía enseguida de mi casa y ella tenía el papá enfermo y yo trabajé en el hospital, yo iba y lo inyectaba al papá, ahí fue donde yo la distinguí y sabía que vivía con el señor Octavio [...]”

Como puede verse, existen elementos probatorios que permiten concluir que en el sub examine sí se cumple con el requisito mínimo de convivencia para acceder a la sustitución pensional al amparo del régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, aplicable en razón a que el mismo se encontraba vigente a la fecha de la muerte del pensionado.

En efecto, las pruebas dejan ver que el señor Luis Octavio Álvarez Restrepo mantuvo por más de 5 años anteriores a su deceso, una relación de pareja con la señora Marta Lucía Correa Osorio, la cual era de público conocimiento y de ello da razón la prueba testimonial recaudada. Existió entre ellos la libre voluntad de conformar una familia, de habitar una vivienda en común y de procurarse ayuda en lo moral y en lo económico.

Los testimonios dan cuenta que el causante pagaba el valor del arrendamiento de la casa en que habitaba con su compañera permanente, compraba los víveres para su manutención, cancelaba las facturas de servicios públicos, departía con ella en espacios públicos del municipio de Anserma, se refería a ella como su compañera en espacios sociales e incluso ella figuraba como su beneficiaria en el carné del ISS.

Dichas declaraciones permiten establecer que, en todo caso, la convivencia entre ellos comenzó antes del año 2000 y se prolongó incluso hasta la muerte del señor Luis Octavio en el año 2005; ello, a ojos de esta Sala de Decisión, resulta suficiente para declarar cumplido el requisito legal que le permite a la compañera supérstite acceder válidamente al derecho de sustituir a su compañero en la pensión.

Nótese que la parte actora desplegó una actividad probatoria en orden a sacar adelante sus pretensiones; entre tanto, la entidad demandada ninguna tacha hizo frente a la prueba por aquella solicitada y practicada en su momento por el a quo. Tampoco aportó prueba que desvirtuara lo dicho por los testigos en cuanto a la convivencia efectiva entre la demandante y el causante, o que dejara sin sustento lo afirmado por ellos en torno a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que tuvo lugar dicha relación. No se observa algún elemento de convicción que le permita a este juez colegiado arribar a una conclusión diferente a la obtenida por el juez de primera instancia y por ello se procederá a confirmar la sentencia apelada.

4. Costas.

Se condenará en costas al municipio de Anserma, Caldas, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia comoquiera que no fueron causadas.

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 12 de abril de 2018 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora **Marta Lucía Correa Osorio** contra el **Municipio de Anserma, Caldas.**

Segundo: Se condena en costas al municipio de Anserma, Caldas, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Tercero: Se reconoce personería para actuar como apoderado del municipio de Anserma, Caldas, al abogado Bryan Ariel Calvo Puerta, con Tarjeta Profesional No. 263.950 del C. S de la J., de conformidad y en los términos del poder conferido, visible a folio 17 del cuaderno 3.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

Encargado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-005-2017-00489-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Yolanda Espinel Zuluaga
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 21

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 769 del 07 de Diciembre de 2016, suscrita por **JUAN CARLOS GÓMEZ MONTOYA, Secretario de Despacho de la Secretaría de Educación Departamental de Caldas y la Doctora LILIAN PIEDRAHITA MECHÁN, Coordinadora de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas,** en cuanto le reconoció una **PENSION VITALICIA DE JUBILACION** a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del estatus de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo.*

*“2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** le reconozca y pague una **Pensión Ordinaria de Jubilación,** a partir del **15 de Julio de 2016,** equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el*

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

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. **Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague una **Pensión Ordinaria de Jubilación**, a partir del **14 de Julio de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado .
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

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

4. Contestación de la demanda.

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

A través de apoderado judicial dio contestación a la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda argumentando que La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para tal beneficio, pues ello equivaldría a desconocer la normatividad vigente aplicable al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de quienes se pensionaron como educadores.

En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas; toda vez que La Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios exceptivos planteó los siguientes:

“Falta de integración del contradictorio-litisconsorcio necesario” en tanto el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuado a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas; *“Vinculación de litisconsorte”* solicita la vinculación del Municipio de Manizales y de la Fiduprevisora S.A.; *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional”*; *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*, considera que vincular a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, es darle un carácter paternalista al proceso, que logra un desgaste procesal que en debida forma no debería soportar la Nación, como quiera que no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; *“Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* enfatiza que al demandante no le asiste derecho a reclamar reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios como factor base de liquidación como quiera que el Consejo de Estado en sentencia de unificación no creó dicho factor salarial a favor de los docentes; *“Prescripción”* Solicita sea declarada la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación; *“Buena fe” y la que denominó “Genérica”*. (Fls. 159 a 172, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

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

El a quo estimó que la parte demandante no tiene derecho a la liquidación de su pensión de vejez, toda vez que los factores que fueron tenidos en cuenta para el cálculo del IBL pensional coinciden exactamente con los factores devengados en el último año de servicios y que fueron objeto de aporte con destino al sistema de pensiones. Añade que la prima de servicios no se incluye porque no hace parte del catálogo de factores de la Ley 62 de 1985. (fls. 189 – 196, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 199-206, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez

que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 8 – 12, C. 2)

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

Guardó silencio.

II. Consideraciones

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

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

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

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

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

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

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

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

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

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

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

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto,

¹ SU-406/16.

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de

su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

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

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

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

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

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

- a)** El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b)** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.
- c)** El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

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

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

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

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

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

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

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

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Pensiones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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

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

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

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

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

⁶ Ley general de la educación.

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

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

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: César Palomino Cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01. N.º Interno: 0935-2017. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del

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

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

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

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

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

4. El caso concreto.

A la señora **Yolanda Espinel Zuluaga** le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 769 del 7 de diciembre de 2016, efectiva a partir del 15 de julio de 2016, liquidada sobre un IBL compuesto por el sueldo básico, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados. (fl. 26 - 27 C. 1)

La parte actora reclama el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al estatus pensional, incluida la prima de servicios devengada conforme se acredita con el certificado de salarios expedido por el FNPSM. (fl. 164, C. 1)

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se

reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año de servicios anterior a la consolidación de su estatus pensional y las razones son las siguientes:

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

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

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

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados*

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

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta Corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante, dado que los factores cuya inclusión solicita en la demanda (Prima de servicios) se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior a la consolidación del derecho pensional y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia toda vez que la demanda se interpuso en vigencia de otra tesis jurisprudencial.

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **Yolanda Espinel Zuluaga** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

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

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

Encargado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 137

Manizales, seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17 001 33 33 002 2018 00475 00
Naturaleza: Protección de los derechos e intereses colectivos
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis
Demandado: Municipio de Anserma -Caldas

Se decide el recurso apelación impetrado por el demandado contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La demanda

Se solicitó, se ordene la pavimentación del sector de la carrera 7° desde la calle 1 a la 16 del municipio de Anserma y que en caso de no poderse intervenir de manera definitiva dentro de un proyecto único, se proceda a una pavimentación por etapas y habilitar la vía en forma urgente por estar en pésima condición, mientras se procede a la pavimentación que amerita.

Para fundamentar lo solicitado señala que, la carrera 7° entre calles 1° y 16 del municipio de Anserma, es una vía urbana que se encuentra en pésimas condiciones, sin haberse logrado la intervención de la misma por parte de la administración; por lo que se encuentran vulnerados los derechos al ambiente sano, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, y a las obras públicas eficientes y oportunas.

2. Contestación de la accionada

El municipio de Anserma se opuso a las pretensiones del actor; sobre los hechos, aceptó que la vía no se encuentra pavimentada, lo cual endilga a las limitaciones presupuestales del fisco municipal, acentuada por el deber de cumplir múltiples órdenes judiciales en materia de infraestructura.

Propuso la excepción de *falta de legitimación en la causa por activa* toda vez que el accionante no suscribió la petición con la cual se agotó el requisito de procedibilidad; y la de *bajo nivel de prioridad en el sector para su intervención por parte de la administración*

porque la vía tiene un nivel de prioridad de 2.3 sobre 5 determinado por el número de habitantes, el número de personas que se movilizan, el flujo de vehículos que transitan.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundadas las excepciones alegadas por el municipio de Anserma y declaró que este ha incurrido en violación a los derechos colectivos al goce del espacio público y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. En consecuencia, ordenó al Alcalde del municipio *“la construcción de la vía correspondiente a la carrera 7° entre calles 1° y 16 de acuerdo con las normas técnicas para la construcción de las vías urbanas”*, para lo cual le otorgó un plazo de dos años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Para ello, luego de hacer referencia a las pruebas aportadas y analizarlas en el marco de las normas que regulan los derechos cuya protección se invoca, concluyó que, efectivamente, el municipio de Anserma incurre en violación al uso y goce del espacio público porque no ha adelantado acciones efectivas y eficaces para pavimentar la carrera 7° entre calles 1° y 16, lo cual impide el uso seguro de la misma por parte de los peatones y vehículos.

Precisó que de acuerdo a las fotografías aportadas y que la accionada admitió expresamente, que la vía no se encuentra pavimentada; que contrastado ello además con la prueba documental de ponderación del estado de la vía, en la que sobre una puntuación máxima de 5 para un buen estado, se califica en 1.4, es decir, se evidencia con certeza el mal estado de la vía. Ello poniendo en peligro el tránsito peatonal dados los baches en algunos de sus tramos y la vegetación allí implantada, a tal punto que tiene la apariencia de un camino veredal.

Que de conformidad con el artículo 3° de la ley 136 de 1994 modificado por el artículo 6° de la ley 1551 de 2012, *“En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal”* competencia ratificada por el artículo 76.4.1 de la ley 715 de 2001 que señala como competencia de los municipios en materia de transporte *“Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, (...)”*.

Que el municipio de Anserma no ha cumplido estas normas, en lo que respecta a la vía pública urbana de la carrera 7° entre calles 1° y 16, lo cual impone acceder a las pretensiones del escrito de acción popular. Y si bien la municipalidad argumenta también razones de orden presupuestal para no intervenir la vía, es claro a la luz de la ley 472 de 1998 que la protección de los derechos colectivos no se supedita a asuntos presupuestales, no obstante se considerará un plazo razonable para que el municipio pueda acometer la obra.

4. Recurso de apelación

El municipio de Anserma impugnó el fallo, reiterando el argumento sobre la falta de legitimación en la casusa basado en que, el señor Enrique Arbeláez Mutis no solicitó ante

la entidad territorial que fueran tomadas las medidas necesarias de protección del supuesto derecho de interés colectivo amenazado o vulnerado, por lo tanto carece de legitimación en la causa por activa.

Que dentro del libelo no existe prueba que permita colegir la existencia de derechos colectivos al goce del espacio público, seguridad, y prevención de desastres previsibles técnicamente. Que desde la contestación de la se ha mencionado que la vía no se encuentra pavimentada, endilgando causa a las limitaciones presupuestales del fisco municipal; realidad de todos los entes territoriales de categoría 6; que el tamaño de la inversión requerida para lograr la pavimentación en la zona no es consecuente a la retribución social de los habitantes bajo parámetros de eficacia, economía y eficiencia.

Que el nivel de prioridad en la vía es de 2.3 sobre 5 donde 5 es un nivel alto, donde se tuvo en cuenta factores como, cantidad de habitantes en el sector, proyecciones de expansión urbanísticas, índices de movilidad, por lo tanto no es posible tomar una decisión de intervención en menoscabo de aquellos principios.

Qu además, no se encuentra un anexo técnico que pueda evidenciar la prevención de un desastre a futuro; tampoco existe una prueba que brinde luces acerca de inseguridad en la zona. Todos los ciudadanos pueden transitar por la zona en igual de condiciones en disfrute del espacio público. Las consideraciones que fueron puestas en la sentencia de primera instancia acerca del peligro en la vía objeto de control, devinieron de la experiencia y no se encuentra prueba técnica que concluya que las aguas no estén conducidas técnicamente, partiendo de supuestos genéricos que no son asimilables al caso específico.

Que a la vía en cuestión se le ha realizado mantenimiento, tal como lo acredita el anexo a la contestación de la demanda S.P.O.P.I 2169 expedido por el Secretario de Planeación e Infraestructura del 17 de noviembre del 2018, donde se menciona que se realizaron obras de mantenimiento en la vía en enero del 2018. Situación que fue también acreditada por el señor John Alejandro Londoño Medina el 14 de septiembre del 2018 por medio del oficio SPOPI 1026 cuando fungía como Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio.

Que el estado de la vía de acuerdo a imágenes que no fueron objeto de reconocimiento, hace alusión la juez de primera instancia que se guio por *“una escasa nomenclatura que aparece en algunas de ellas”*. Nomenclatura que puede ser común en la mayoría de los municipios de Colombia; por lo anterior no existe certeza acerca de su correspondencia y por lo tanto de su conducencia e idoneidad.

5. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio Público

El municipio de Anserma reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa – legitimación en la causa del demandante

En municipio de Anserma afirmó que el accionante Enrique Arbeláez Mutis carece de legitimación en la causa por activa, por cuanto no fue quien solicitó ante la entidad territorial que fueran tomadas las medidas necesarias de protección del supuesto derecho de interés colectivo amenazado o vulnerado, por lo tanto carece de legitimación en la causa por activa.

Al respecto, la Sala precisa que la acción popular es una acción constitucional radicada en cabeza de todos los ciudadanos, por lo que, cualquier persona puede formular la demanda para buscar y materializar la protección de los derechos e intereses colectivos.

Así las cosas, al margen que el accionante no haya suscrito el requerimiento previo a la entidad, no impide que el aquí accionante pueda interponer la acción popular, pues aquel mecanismo, contemplado en el numeral 4 del artículo 161 del CPACA¹ solo busca que se dé oportunidad a la autoridad o particular en ejercicio de funciones administrativas, que adopte las medidas necesarias para proteger el derecho o interés colectivo amenazado o violado sin necesidad de recurrir a la intervención judicial.

Por ende no le asiste razón a la apelante en cuanto afirma que existe falta de legitimación por activa en cabeza del demandante.

2. Problema jurídico

De conformidad con la sentencia y los argumentos del recurso de apelación, se centra en determinar: *¿Se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, por lo cual, debe ordenarse al municipio “la construcción de la vía correspondiente a la carrera 7° entre calles 1° y 16 de acuerdo con las normas técnicas para la construcción de las vías urbanas”?*

3. Tesis del Tribunal

No se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, por el contrario la entidad demandada acreditó que ha realizado mantenimiento a la vía en cuestión.

Para soportar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) el núcleo esencial y alcance de los derechos colectivos amparados por el *a quo*; ii) los hechos probados y iii) la solución al caso concreto.

3. Núcleo esencial y alcance de los derechos colectivos amparados por el *a quo*.

¹ ARTÍCULO 161. Requisitos Previos para Demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: (...) 4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.

3.1. El derecho al goce del espacio público

El artículo 82 de la Constitución establece que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”*. En concordancia con lo anterior, el Decreto 1504 de agosto 4 de 1998, *“Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”*, sobre el espacio público y su destinación señala en su artículo primero que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”*.

Con respecto al concepto de espacio público el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, prevé:

“Artículo 5º Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, [...], y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”

El artículo 674 del Código Civil sobre los bienes públicos y de uso público, señala: *“Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio”*.

Acerca de la utilización del espacio público, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común [...] En principio, el uso del espacio público, en tanto derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares”².

Dentro de este marco, la competencia para la conservación, mantenimiento y pavimentación de las vías, se encuentra definida en la Ley 105 de 1993, ley que se encarga

² Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

de redistribuir competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, y que en su artículo 17 establece la competencia en cabeza de los municipios respecto de las vías urbanas, suburbanas y terciarias, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. INTEGRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DISTRITAL Y MUNICIPAL DE TRANSPORTE. Hace parte de la infraestructura distrital municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando estos le sean transferidos.”

Regulación que concuerda con el artículo 1 del Decreto 1504 de 1998, que señala la obligación del Estado, y determina la competencia de los municipios, así: *“Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.*

Por su parte, la Ley 1551 de 2012 que en su artículo 6 modifica el artículo 3 de la Ley 136 de 1994 referente a las funciones de los municipios y establece en el numeral 3 la de: *“Promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal. Para lo anterior deben tenerse en cuenta, entre otros: los planes de vida de los pueblos y comunidades indígenas y los planes de desarrollo comunal que tengan los respectivos organismos de acción comunal”.*

Así las cosas, no hay duda sobre la naturaleza del derecho colectivo, y la obligación constitucional y legal que le asiste al Estado para brindar protección a los bienes de uso público, que para el caso sub examine corresponde a las calles, calzadas, separadores, carriles, los cuales constituyen el espacio público y por tanto, el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar su cabal funcionamiento y uso común.

3.2. El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente

Se encuentra consagrado en el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, y está orientado *“a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio”*³.

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. 26 de marzo de 2015. Rad.: 15001-23-31-000-2011-00031-01

a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública.

De ahí que, el Consejo de Estado haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de *“evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”*⁴. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva y también reactiva que instaura como estándar de sus actuaciones. *“Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales”*⁵.

4. Los hechos probados

-Mediante oficio S.P.O.P.I 1026 del 14 de septiembre de 2018 el Secretario de Planeación, Obras Públicas e Infraestructura del municipio de Anserma informó a la representante de la Junta de Acción Comunal La Esperanza, que:

“...el municipio no cuenta con disponibilidad presupuestal para la pavimentación de la carrera séptima, se aprovecha la oportunidad para aclarar que si bien esta no se encuentra pavimentada si ha contado con diferentes intervenciones en cuanto al mantenimiento correctivo con la maquinaria adscrita al municipio, ... que el municipio cuenta con una caracterización de todas las vías donde la carrera 7ª entre calles 1ª y 16ª tienen una calificación de 2.3 en su nivel de prioridad siendo 5 el nivel de prioridad más alto, esta calificación se soporta con el número de habitantes en el sector, el número de vehículos y la expansión urbanística proyectada”.

-Mediante oficio S.P.O.P.I 2169 del 17 de noviembre de 2018 el Secretario de Planeación, Obras Públicas e Infraestructura de Anserma informó que:

“...la carrera séptima entre canes primera y dieciséis no se encuentra dentro de proyectos a corto plazo para la pavimentación, lo anterior teniendo en cuenta que el municipio no cuenta con los recursos disponibles para adelantar dicha actividad ya que el presupuesto anual destinado para intervenir dichas actividades es limitado, sumado a esto hay que mencionar que el municipio se encuentra adelantando lo necesario para intervenir otros sectores como efectos de demandas anteriores por el mismo accionante, dejando a un lado sectores que para esta administración si se consideran de necesidad inmediata por sus altos niveles de deterioro, hay que resaltar que si bien no se cuenta con los recursos para realizar una pavimentación en este sector, se realiza de manera periódica un mantenimiento con el

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. Núm. 2005-01449-01(AP).

combo de maquinaria adscrito a esta administración como se especificó en el oficio anexado por el accionante con radicado 3907 del 9 de septiembre de 2018 donde de igual forma se notifica que esta vía de acuerdo a bases de datos del municipio cuenta con una calificación de 2.3 en su nivel de prioridad para la intervención siendo 5 el nivel más alto de prioridad, en esta calificación se tienen cuenta indicadores como cantidad de habitantes en el sector, proyecciones de expansión urbanística e índices de movilidad, es de resaltar que en el mes de enero del año en curso se realizó un mantenimiento de esta vía.

-El Alcalde Municipal certificó que *“la carrera 7° desde la calle 1° a 16 es una vía urbana, en virtud del Plan Básico de Ordenamiento Territorial (...)”*.

-La Secretaria de Planeación, Obras Públicas e Infraestructura del municipio de Anserma informó sobre el estado de las vías municipales, en la cual la carrera 7° en cuanto a condiciones generales, aparece con puntuación de 1.4 sobre 5, siendo 5 el equivalente a un buen estado de la vía y un nivel de prioridad de 2.3 siendo 5 el nivel más alto de prioridad.

5. Análisis del caso concreto

De acuerdo con lo expuesto, no existe duda sobre la obligación constitucional y legal que le asiste al municipio de Anserma para brindar protección a los bienes de uso público, que para el caso sub examine corresponde a la *carrera 7° desde la calle 1° a 16 es una vía urbana* y por tanto, el municipio tiene la obligación de resguardar y preservar su cabal funcionamiento y uso común.

Además si bien, de conformidad con el artículo 3° de la ley 136 de 1994 modificado por el artículo 6° de la ley 1551 de 2012, *“En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal”* competencia ratificada por el artículo 76.4.1 de la ley 715 de 2001 que señala corresponde a los municipios en materia de transporte *“Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, (...)”*, de estas normas no se puede concluir que los municipios deben pavimentar todas las vías existentes en sus territorios.

De las pruebas allegadas al proceso se encuentra acreditado que, la *la carrera 7° desde la calle 1° a 16* no se encuentra pavimentada y que de acuerdo con la prueba documental de ponderación del estado de la vía, en la que sobre una puntuación máxima de 5 para un buen estado, se califica en 1.4.

Sin embargo, también se encuentra acreditado que, el municipio de Anserma, ha realizado labores de mantenimiento a la vía, pues así se informó en el oficio S.P.O.P.I 1026 del 14 de septiembre de 2018 de la Secretaría de Planeación, Obras Públicas e Infraestructura del municipio de Anserma en el que se menciona que la vía *si ha contado con diferentes intervenciones en cuanto al mantenimiento correctivo con la maquinaria adscrita al municipio*” y en el oficio S.P.O.P.I 2169 del 17 de noviembre de 2018 de la misma Secretaría en la que se señala que *“se realiza de manera periódica un mantenimiento con el*

combo de maquinaria adscrito a esta administración ... que en el mes de enero del año en curso se realizó un mantenimiento de esta vía”.

Estas afirmaciones no fueron controvertidas por la parte actora, y tampoco aportó pruebas que permita afirmar que, se encuentra en peligro el tránsito vehicular y peatonal en el sector o que exista un riesgo de accidentalidad por no encontrarse pavimentada la vía; además si bien se hace referencia a unas fotografías, de ellas no se puede establecer la fecha en que fueron tomadas, esto es, antes o después de la intervención el municipio.

El actor popular tampoco aportó prueba que permita afirmar que, por la falta de pavimentación de la vía se presenta una amenaza al derecho colectivo a la prevención de desastres; pues si bien, como lo señala el a quo, *la pavimentación de vías ayuda a la conducción de las aguas lluvias a los imbornales y evita que se infiltren*, en el caso concreto no existe evidencia que en el sector se presenten procesos erosivos, de remoción de masas o de humedades en las viviendas, y ello no se puede establecer de la simple aseveración del demandante sin respaldo probatorio.

Al respecto, el Consejo De Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2019⁶ precisó que:

126. La Sala recuerda que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472, en las acciones populares la carga de la prueba le corresponde a la parte actora. [...]”.

127. Así las cosas, corresponde al actor popular la carga de acreditar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda. La omisión en el cumplimiento de la carga procesal trae consigo posibles consecuencias desfavorables, como una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda.

128. En este sentido, esta Sección, con ponencia del Consejero de Estado doctor Guillermo Vargas Ayala, en sentencia proferida el 13 de noviembre de 2014⁷, expresó lo siguiente:

“[...] Esta consecuencia del obrar omisivo de la parte demandante ya ha sido señalada por la jurisprudencia de esta Sala, como se expresó en Sentencia del 22 de agosto de 2013, en la cual se afirma lo siguiente:

“Se entiende que le corresponde al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción.

Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez; sentencia del 26 de marzo de 2019. Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00494-01(AP)

⁷ Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación Número: 17001-23-31-000-2012-00327-02(Ap). Actor: Javier Elías Arias Idarraga. Demandado: Municipio De Chinchiná - Caldas; Registraduría Nacional Del Estado Civil.

vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, la jurisprudencia⁸ de esta Sección ha indicado:

*“...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. **“Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida, en primera instancia, por el tribunal de instancia.”***

*Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, **requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por la parte actora, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y normalizar una situación con la expedición de la sentencia producto de la acción popular.**”⁹ (Negrillas por fuera del texto) [...]*

129. La carga de la prueba no se invierte de forma caprichosa sino cuando se presentan especiales condiciones que impiden que el interesado la pueda cumplir, como sucede en los eventos en que la parte contraria se encuentra en una posición más favorable para aportar la prueba o, la carga no se puede satisfacer por razones económicas o técnicas.

130. En el caso sub examine, la Sala no encuentra motivos que permitan inferir que se invirtió la carga de la prueba de la necesidad de construcción de un puente peatonal en la avenida sexta con calle 46.

⁸ Sentencia del 30 de junio de 2011, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, expediente 50001-23-31-000-2004-0640-01.

⁹ Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00779-01(AP), Actor: Luis Carlos Domínguez Prada, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Por lo tanto, era carga de la parte demandante "...demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones..."¹⁰, lo cual en este caso no ocurrió.

Además, si bien es cierto que, no es atendible las razones de orden presupuestal expuestas por el municipio, en torno a la imposibilidad de proceder a la pavimentación de la vía, pues la protección de los derechos colectivos no se supedita a ello, también debe tenerse en cuenta que a través de las acciones populares no pueden imponerse obligaciones que excedan las necesarias e indispensables para la protección de los derechos colectivos, por lo anterior, en este caso se evidencia excesiva la orden impuesta en la sentencia apelada, consistente en que se pavimente la vía correspondiente a la carrera 7° entre calles 1° y 16 de acuerdo con las normas técnicas para la construcción de las vías urbanas.

Al respecto, el Consejo de Estado¹¹ con fundamento en la sentencia T-443 de 2013, de la Corte Constitucional, resaltó:

Ahora bien, el artículo 34 de la citada ley, fijó los alcances del fallo que puede proferir el juez popular y reguló que este «[...] podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible [...]». (Se destaca)

6. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, se concluye que, no se acreditó de manera idónea la vulneración de los derechos e interés colectivos invocados en la demanda, por lo que se impone revocar la sentencia apelada y en su lugar negar las pretensiones de la parte demandante.

7. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas al actor popular.

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

FALLA

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera CP.: Marco Antonio Velilla Moreno Bogotá, D.C. 30 de junio de 2011 Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP)

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda CP.: William Hernández Gómez, sentencia de 13 de febrero de 2018. Radicación número: 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU)

Primero: Se revoca la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales dentro del presente medio de control. En su lugar: **Se declara** no probadas las excepciones formuladas por el municipio de Anserma y se niegan las pretensiones del actor popular.

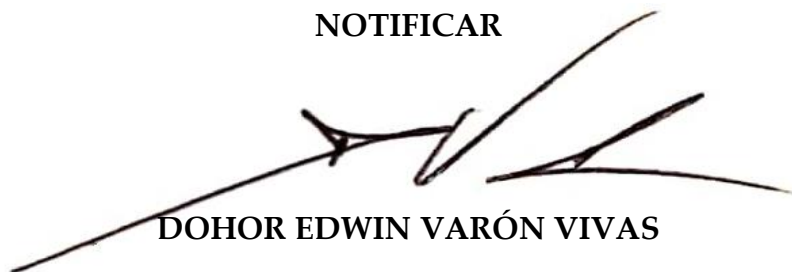
Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen previas las anotaciones respectivas en el sistema justicia siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 39 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA

(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-33-001-2018-00407-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Carlos Alberto Marín Monroy
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 22

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de septiembre de 2019, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 699 del 29 de JUNIO de 2017, suscrita por el Doctor (a): **JUAN CARLOS GÓMEZ MONTOYA, SECRETARIO DE DESPACHO Y LUISA FERNANDA URREA BUITRAGO PROFESIONAL ESPECIALIZADA EN LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, en cuanto le reconoció una **PENSION VITALICIA DE JUBILACION** a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo.*

*“2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague una **Pensión Ordinaria de Jubilación**, a partir del **11 de MARZO de 2017**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el*

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

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 11 de MARZO de 2017, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

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

4. Contestación de la demanda.

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

No se observa escrito de contestación.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de septiembre de 2019, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que a la parte demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que la parte actora en el último año percibió la asignación básica, la prima de navidad, la prima de servicios, la bonificación mensual y horas extras; entre tanto, la resolución demandada reconoció la pensión con el salario básico, la prima de vacaciones y sobresueldo. Estimó que la parte actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión con inclusión de la bonificación mensual establecida como factor de salario en el Decreto 1566 de 2014 y las horas extras. (fls. 145 – 159, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 161-168, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

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

Guardó silencio.

II. Consideraciones

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

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

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

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

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

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

y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”¹

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

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

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

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

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

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para

¹ SU-406/16.

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

ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

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

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

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

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

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

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

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

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

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe,

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

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

igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

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

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

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

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

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

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones

económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las

Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

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

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

...

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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

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

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

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

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a

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

⁶ Ley general de la educación.

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

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

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

los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

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

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

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

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

4. El caso concreto.

Al señor **Carlos Alberto Marín Monroy** le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 699 del 29 de junio de 2017, sobre un IBL compuesto por el sueldo básico, la prima de vacaciones y el sobresueldo (fl. 18, C. 1)

La parte actora reclama el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año estatus, incluida la prima de servicios, la prima de navidad, la bonificación mensual y las horas extras devengadas conforme se acredita con el certificado de salarios expedido por el FNPSM. (fl. 130, C. 1)

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

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

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

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

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

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

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

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

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

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

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

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad**

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

de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.” (Subraya la sala).

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con inclusión de la prima de navidad y la prima de servicios, toda vez que dichos factores no están previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el último año de servicios y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

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

***Artículo 1.** Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o la Sección 4, Capítulo 5, Título 3, Parte 3 del Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente [...]*

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

[...]/Negrilla fuera del texto/

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

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

78. Esta interpretación sigue las reglas de unificación sentadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que estableció que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812

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

de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

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

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

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

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

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

En consecuencia, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 18 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por el señor **Carlos Alberto Marín Monroy** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Encargado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 138

Manizales, seis (06) agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-39-006-2019-00400-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Lucía Patricia Betancur García
Demandado: Departamento de Caldas

El Tribunal Administrativo de Caldas emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad del Acto Administrativo UJ-SED 377 del 20 de mayo de 2019, en cuanto se negó el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales; se declare que entre la demandante y el departamento de Caldas (Secretaría de Educación), existió una relación laboral, durante el tiempo que duró contratado por el sistema OPS y/o contrato de Prestación de Servicios.

En consecuencia, se ordene reconocer al demandante los tiempos de servicios, para efectos de pensión de jubilación, desde el mismo momento de su vinculación con este ente territorial hasta la fecha de la suscripción del último contrato, por haber laborado con esta entidad territorial, bajo la continua dependencia y subordinación como docente oficial. Se ordene a la demandada: el envío de las cotizaciones para efectos pensional al Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; que sobre los aportes pensionales aplique los reajustes de la Ley para cada año; que se expida el certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios, a nombre de la demandante relacionando los tiempos laborados que son objeto de esta reclamación.

1.2. Hechos

En síntesis señaló que, la demandante prestó sus servicios como docente para la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, mediante orden de prestación de servicios; que, el departamento de Caldas durante los años de servicios no reconoció el tiempo de servicios para efectos pensionales. Por lo anterior, el 7 de mayo de 2019, solicitó ante la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, el reconocimiento de una relación laboral durante el tiempo que duró contratada por el sistema Ordenes de OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Petición que fue resuelta desfavorablemente a través del Oficio cuya nulidad se demanda.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Argumentó que, fueron violados el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Trajo a colación el principio fundamental de la primacía de la realidad ante las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, contenido en el artículo 53 de la Constitución. Señaló que en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional se indican las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios.

2. Contestación de la demanda

El **Departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demandante y sobre los hechos expresó que algunos no le constan, señaló que es cierto que la señora Betancur García prestó sus servicios mediante autorizaciones de servicios y que se recurrió a esta figura por no tener otro funcionario que se encargara de las funciones de docencia necesarias para no entorpecer el proceso educativo, por el tiempo necesario que se requiere para contrarrestar esta anormalidad en la prestación del servicio.

Propuso las excepciones de mérito tituladas: *“Falta de legitimación por pasiva”* basada en que el demandante, en calidad de contratista pretende que se le pague al prestaciones sociales en la época de vigencia de los contratos, lo cual escapa a todas luces de su competencia. *“No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral”* fundamentada en que la parte demandante en ningún momento demostró que en los contratos ejecutados concurrían los tres elementos esenciales que debe tener toda relación laboral en virtud del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. *“Prescripción”* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probada las excepciones propuesta por el departamento de Caldas y accedió a las pretensiones de la demandante, por lo que declaró la nulidad del Oficio UJ-

SED 377 del 20 de mayo de 2019 y en su lugar declaró la existencia del contrato realidad entre la señora Lucia Patricia Betancur García y el Departamento de Caldas en virtud de las autorizaciones Nos. 667 del 27 de enero de 2003, 360 del 4 de febrero de 2002, 72 del 29 de enero de 2001 y 817 del 30 de mayo de 2000 suscritas entre las demandante y el Departamento de Caldas.

En consecuencia, condenó al departamento de Caldas a liquidar y pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión a favor de la señora Lucia Patricia Betancur García en el porcentaje que le corresponda por ley al empleador, tomando el ingreso como base de cotización (IBC) pensional de la demandante dentro de los periodos efectivamente laborados por prestación de servicios mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía. Ordenó a la demandada indexar las sumas que resulten a favor del demandante.

Como fundamento de lo anterior, formuló como problemas jurídicos establecer si se configuraron los elementos propios de una relación laboral y en caso afirmativo, si le asistía derecho al demandante al pago de tiempos de servicios para efectos pensionales. Luego de analizar las pruebas y desarrollo legal y jurisprudencial sobre el contrato realidad, concluyó que, a la presente controversia le es aplicable el principio de *“la primacía de la realidad sobre formalidades”*, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia. Y que además, los tiempos laborados por un docente con una vinculación a través de sucesivas órdenes de prestación de servicios, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales.

5. Recursos de apelación

La parte demandada solicitó revocar la sentencia despachando favorablemente las excepciones y razones de defensa propuestas y negando las pretensiones de la demanda. Para ello refutó específicamente el elemento de subordinación que encontró probado el *a quo*.

Con fundamento en sentencia del Consejo de Estado¹ sostuvo que, la demandante no probó este elemento determinante y que no hay en el expediente ni una sola prueba que determine el recibo de ordenes continuas. Que es claro que, debe haber instrucciones de cómo y

¹ Radicado interno No. 2094-07 del 21 de mayo de 2009

cuándo ejecutar el contrato, pero subordinación no hubo. Que ni siquiera el pago de emolumentos demuestra que el demandante prestó de manera personal el servicio pues nunca hubo vigilancia al respecto, lo que demuestra su independencia a la hora de cumplir y ejecutar el objeto contractual.

Por tanto concluyó que, le correspondía a la demandante demostrar la subordinación y alejarla del elemento de coordinación, situación que a su juicio, no hizo la parte actora.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, se considera necesario establecer: *¿Fue demostrada la subordinación en la relación que sostuvo la señora Lucía Patricia Betancur García con el departamento de Caldas, con ocasión a su labor como docente bajo órdenes de prestación de servicios o simplemente existió una coordinación de actividades?*

2. Tesis del Tribunal

Se encuentra acreditado el elemento de subordinación entre la demandante y el departamento de Caldas durante la ejecución de las ordenes de prestación de servicios, toda vez que, en ejercicio de las funciones de docente para el cual fue contratada, estaba sometida a horarios y turnos de trabajo, debido a la naturaleza de sus labores no podía ausentarse sin previa autorización y el cargo se encontraba dentro de la planta global de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas; circunstancias que son propias de una relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y ii) los hechos relevantes acreditados; para luego descender iii) al análisis del caso concreto.

2.1. Marco normativo y jurisprudencial²

2.1.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*. La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las*

² Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.)³, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT⁴ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución, 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 Constitución Política.

2.1.2. La relación de naturaleza laboral

Se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

³ Aprobada en 1919

⁴ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

Al respecto, el Consejo de Estado⁵ desarrolló los elementos de la relación laboral precisando que: (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y, (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

2.2. Hechos relevantes acreditados⁶

– Se encuentra acreditado y no existe discusión entre las partes que, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas autorizó expresamente a la demandante “*para que preste sus servicios transitoriamente*”, en el cargo de en el cargo “*Docente de Tiempo completo*”, en reemplazo de otros docentes; ello, según se desprende de las siguientes Autorizaciones:

Autorización No. ⁷	Fecha Inicio	Duración
817 del 30 de mayo de 2000	30/05/2000	6 meses
72 del 29 de enero de 2001	29/01/2001	9 meses
360 del 3 de febrero de 2002	04/02/2002	10 meses
667 del 27 de enero de 2003	27/01/2003	6 meses

– El 7 de mayo de 2019 la accionante solicitó al departamento de Caldas el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y las respectivas acreencias laborales, lo cual fue negado a través del oficio UJ SED-377 del 20 de mayo de 2019.

2.3. Caso concreto

La Sala encuentra, de acuerdo con las pruebas y como lo señaló la sentencia apelada, que la prestación personal del servicio y la remuneración se encuentran plenamente acreditados, asuntos que no son objeto de reproche en el recurso de apelación. Ello, en tanto se probaron los extremos durante los cuales la señora Lucía Patricia Betancur García, laboró al servicio de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, mediante las autorizaciones

⁵ Sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14.

⁶ Visibles en archivo digital “003 ANEXOS”

⁷ Fls. 20-23 C. 1.

referidas en líneas precedentes, para desempeñarse en el cargo de docente con cargo al sistema de participaciones.

Ahora, en cuanto a la existencia de subordinación, el ente demandado en su escrito de apelación, con fundamento en sentencia del Consejo de Estado⁸ sostuvo que, la demandante no probó este elemento determinante, que no hay en el expediente ni una sola prueba que determine el recibo de ordenes continuas, que en la prestación del servicio por la actora existió una coordinación de actividades, más no una subordinación; adicionalmente le correspondía a la demandante demostrar la subordinación y alejarla del elemento de coordinación.

Al respecto, en la sentencia apelada, el *a quo* refirió sobre la subordinación que:

“...se observa que el actor pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba motivo por el cual es procedente acceder al reconocimiento de la existencia de una relación laboral”.

En cuanto al elemento subordinación, el Consejo de Estado⁹ ha determinado la necesidad de probar la dependencia respecto del contratante para que se configure un verdadero contrato de trabajo, así:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...) De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de la cláusula que a continuación se transcribe, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público: [...] Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de

⁸ Radicado interno No. 2094-07 del 21 de mayo de 2009

⁹ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 23 de junio de 2006. Exps. 0245 y 2161.

servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a éstos el desarrollo de la actividad”.¹⁰

Sin embargo, en relación con el servicio prestado por docentes, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 14 de agosto de 2008¹¹, al reiterar dicha línea jurisprudencial, indicó lo siguiente sobre las exigencias probatorias señaladas por la providencia que se acaba de transcribir:

“La Sala precisa que en relación con los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, la situación resulta especialmente distinta pues respecto de ellos, las exigencias anteriormente esbozadas deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan, es decir, que resultan consustanciales al ejercicio docente.”

En esa decisión el Alto Tribunal Administrativo, luego de examinar el alcance de diferentes disposiciones del régimen laboral de los educadores del Estado referidas a las condiciones de su desempeño, infirió que “(...) la labor docente en los establecimientos educativos oficiales no es independiente, pues pertenece a su esencia el hecho de que el servicio se preste personalmente y que esté subordinado permanentemente al cumplimiento de los reglamentos educativos, del pensum académico, del calendario y el horario escolar correspondiente, y en general de las políticas que fije el Ministerio de Educación al Ente Territorial para que administre dicho servicio público”.

Establecido lo anterior, el Consejo de Estado concluyó, después de apoyarse en jurisprudencia constitucional y de referirse al principio de igualdad consagrado por el artículo 13 de la Carta, que “(...) la labor prestada por el docente vinculado mediante contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral en virtud de la subordinación implícita en la actividad que desarrolla y en tal sentido debe dársele un trato igualitario frente a quienes ejercen la misma labor bajo una relación de carácter legal y reglamentario, salvo aquellos casos en que las circunstancias justifiquen razonablemente el trato diferenciado”.

Así las cosas, en el caso concreto, emerge con claridad la subordinación o dependencia de la actora con respecto a la entidad demandada, dado que, aquella fue vinculada a través de Autorizaciones que tuvieron una vigencia de seis, nueve y diez meses, “para que preste sus servicios transitoriamente”, en el cargo “Docente de Tiempo completo”, en reemplazo de otros docentes, es decir para para ejercer las labores de docencia y en un cargo que se encontraba dentro de la planta global de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Jesús M. Lemos Bustamante. Sentencia del 23 de junio de 2005. Exp. 0245.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Exp. 0157.

En el ejercicio de las funciones de docente para el cual fue contratada, estaba sometida a horarios y turnos de trabajo debido a la naturaleza de sus labores, no podía ausentarse sin previa autorización y el cargo se encontraba dentro de la planta global de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas; circunstancias que son propias de una relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios

Adicionalmente, por su naturaleza, las atribuciones del cuerpo docente de una institución educativa pública no tienen el alcance de determinar las condiciones bajo las cuales dicha labor debe ser desempeñada, de manera que el cumplimiento de los reglamentos educativos, del calendario y del horario escolar correspondientes es definido por la autoridad pública competente, en el orden de que se trate, y el docente no tiene la posibilidad de variar dichas condiciones previamente impuestas.

Al respecto, conforme a la jurisprudencia citada anteriormente, tratándose de la actividad docente los requisitos exigidos para determinar la existencia de una relación laboral son más flexibles, en atención a que de la función docente siempre se predica el elemento de subordinación o dependencia propia de una relación laboral, pues dicha actividad no es independiente, sino que su ejercicio es de carácter personal y está sujeto al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación.

2.4. Conclusión

Con fundamento en lo expuesto se concluye que, se encuentra acreditado el elemento de subordinación entre la demandante y el departamento de Caldas, en la ejecución de las ordenes de prestación de servicios que se concretaron así: i) autorización No. 817 del 30 de mayo de 2000 por 6 meses; ii) autorización No. 72 del 29 de enero de 2001 por 10 meses; iii) autorización No. 360 del 4 de febrero de 2002 por 9 meses y iv) autorización No. 667 del 27 de enero de 2003 por 10 meses.

Contrario a lo afirmado por la apelante, de las pruebas recaudadas no es posible afirmar que la prestación del servicio por parte de la demandante se llevó a cabo de forma independiente, autónoma y temporal, o que simplemente existió una coordinación de labores.

En este sentido, al estar acreditados los tres elementos de la relación laboral, esto es la prestación del servicio, la remuneración y la subordinación, la Sala confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

3. Costas en esta instancia

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no

se condenará en costas de segunda instancia advirtiéndole que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes no incurrieron en gastos procesales, ni efectuaron actuación alguna en esta instancia.

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

RESUELVE

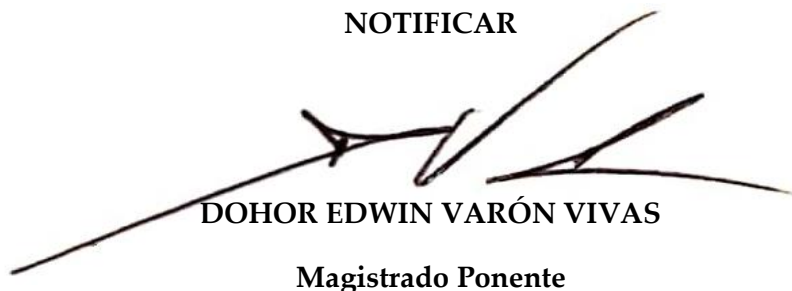
Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales el 3 de diciembre de 2020 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Lucía Patricia Betancur García en contra del Departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 39 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA

(Ausente con permiso)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 135

Manizales, seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17 001 33 33 000 2020 00040 00
Naturaleza: Protección de los derechos e intereses colectivos
Demandante: Beatriz Elena Jaramillo y otros
Demandado: Corpocaldas, Municipio de Manizales y Aguas de Manizales S.A. E.S.P.
Vinculado: Instituto de Valorización de Manizales – Invama

Se procede a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La demanda

La parte accionante señala que *“A los habitantes del Sector La Estancia de la Vereda Cuchilla del Salado, les preocupa la situación de la vía por donde no pueden circular vehículos de ningún tipo. Adicional a ello, en la comunidad habitan personas con discapacidad y de la tercera edad, lo que pone en riesgo sus derechos colectivos”*.

Por lo anterior, solicita se ordene: construir o efectuar mantenimiento a la vía desde la Vereda Cuchilla del Salado hasta el Sector La Estancia, para que se permita el acceso de vehículos; adelantar las obras de estabilización de laderas y protección del sector, así como redes hidráulicas y la instalación de alumbrado público y las demás acciones que sean necesarias y prioritarias para garantizar la protección y garantía de sus derechos.

2. Contestación de las accionadas y vinculadas

El **Municipio de Manizales** frente a los hechos manifestó que, no le constan y que se atiene a lo que resulte probado; se opuso a las pretensiones de la parte actora basado en que, la vía rural tiene limitaciones para intervención puesto que al ser originadas en un camino veredal no nacieron con las especificaciones técnicas que normalmente tienen las vías, sin embargo sirven de comunicación para la comunidad. Que el mantenimiento de las vías se ha visto atrasado con ocasión de la pandemia, pero se cuenta con el programa del peón caminero para contribuir al mismo.

Afirmó que el municipio no ha vulnerado ni amenazado los derechos colectivos que invoca la parte accionante, por lo que debe ser desvinculado de la presente acción. Que la movilidad de los habitantes debe ser cuidadosa, acorde las reglas del principio de autoconservación conforme a la Ley 15 de 2012.

Aguas de Manizales S.A. E.S.P., se opuso a las pretensiones de la parte actora y solicitó se le exonere de toda responsabilidad, por cuanto no presta el servicio de alcantarillado en el sector y respecto del servicio de acueducto, según informe técnico se señaló que: *“la red de acueducto del sector de la estancia no presenta daños ni filtraciones que estén afectando la vía o el terreno, por lo que atendiendo la solicitud de la comunidad se informa que en el mes de marzo del presente año se tapará la tubería que se encuentra expuesta en algunos tramos”*.

Propuso las excepciones que denominó: *INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL*: basada en que no existe responsabilidad alguna de su parte, y por lo tanto carece de todo fundamento o argumento técnico responsabilizarla de los hechos. *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA*: fundada en que, su objeto social no consiste en el manejo de aguas superficiales y subsuperficiales, tampoco lo es el manejo de laderas para prevención y atención de emergencias y desastres; que es una empresa prestadora del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado no es la obligada al mantenimiento y adecuación de vías. *INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.*: teniendo en cuenta que no presta el servicio de alcantarillado en el sector y las redes de acueducto se encuentran en buen estado.

Corpocaldas frente a los hechos manifestó que, es cierta la condición de la vía y sus dificultades de transitabilidad vehicular; pero que no es cierta la existencia de riesgo para la integridad de los habitantes del sector. Se opuso a las pretensiones de la parte actora basado en que, en el lugar de ninguna manera se observan situaciones de riesgo que afecten la estabilidad del sitio, ni que pongan en riesgo la integridad de las personas; que Corpocaldas no ha incurrido en violación alguna de los derechos colectivos alegados, pues ha cumplido con los postulados y obligaciones legales que le corresponden, dando las recomendaciones técnicas y dando traslado de las mismas a la autoridad competente.

Invama en cuanto a los hechos afirmó que la situación de la vía corresponde al municipio y que los demás no le constan. Se opuso a las pretensiones de la parte actora y con relación al tema de alumbrado público manifestó que, todas las luminarias del tramo comprendido entre el sector la Estancia - Cuchilla del Salado, se encuentran en óptimas condiciones; que dicho trayecto no es un centro poblado y la iluminación que se tiene instalada actualmente es adecuada para el tipo de vía de acuerdo a la exigencias que tiene la GREG para las áreas rurales.

Propuso la excepción que denominó: *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA DE CORPOCALDAS RESPECTO DE LAS GESTIONES NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS CUYO AMPARO SE SOLICITA*: basada en que no existe una relación entre la problemática planteada en la

demanda y la competencia funcional a ella atribuida, en lo atinente a la intervención en materia vial y prestación de servicios públicos.

3. Audiencia de Pacto

Se celebró el 16 de febrero de 2021 y se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Aguas de Manizales S.A. E.S.P., reiteró que, no es la obligada al mantenimiento y adecuación de vías; que es una empresa prestadora del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado y no está dentro de su objeto social, ni es la entidad responsable de las necesidades viales de la ciudad. Que esta competencia es de la Alcaldía de Manizales en coordinación con la Secretaría de Obras Públicas.

Corpocaldas reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones y manifestó que la problemática puesta de presente tiene que ver con la petición hecha por la comunidad para que la vía del sector de Villanueva y La Estancia (Vereda Cuchilla del Salado, salida a quiebra de Vélez), sea habilitada para tránsito vehicular, lo cual según quedó probado en el proceso, es imposible técnicamente.

Que es cierto según observación hecha por el personal de Corpocaldas, que la vía de arriería o peatonal, está en regular estado de conservación y también es cierto que por su ancho, no pueden transitar por ella vehículos, que el sector tiene una topografía quebrada y pendiente alta, sin embargo, no se observó ninguna situación de riesgo que pudiera comprometer la vida de las personas que la transitan, ni las viviendas circunvecinas, ni el flujo mismo de la vía. Se observó igualmente que la comunidad ha realizado algunas labores para ampliar el ancho de la vía, sin embargo no cuenta con capacidad para ser adecuado para el tránsito de vehículos.

Que pese a que la comunidad insiste en que el ancho de la vía tiene la capacidad para ser carretable, técnicamente tanto el Municipio como Corpocaldas han afirmado que no es así y que para tránsito automotor debería tener como mínimo 3,50 mt, para una sola vía y mínimo 5,0 Mt para dos carriles.

Invama reiteró los argumentos expuestos en su contestación a la demanda y solicitó se declare que no prosperan las pretensiones de los accionantes pues no lograron evidenciar que el Invama estuviera vulnerando los derechos aquí accionados, además las obras a las que se hace referencia son obras que no le corresponde ejecutar.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se centran en determinar:

¿Existe un amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, teniendo en cuenta el estado de la vía que va desde la Vereda Cuchilla del Salado hasta el Sector La Estancia en el municipio de Manizales?

En caso afirmativo: *¿Existe una acción u omisión por parte de autoridades demandadas, causante de la afectación de los derechos mencionados?*

Si es así: *¿Cuáles son las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

No se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, por el contrario las entidades demandadas acreditaron el cumplimiento de las actividades necesarias e indispensables para la protección de los derechos colectivos.

Para soportar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) el núcleo esencial y alcance de los derechos colectivos invocados; ii) los hechos probados y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Núcleo esencial y alcance de los derechos colectivos invocados

2.2.1. Derecho al medio ambiente sano

La Constitución Política de 1991 es una Constitución Ecológica como quiera que, sobre el particular hay más de 30 disposiciones que desarrollan la materia, entre los cuales se destacan los artículos 8.º, 58, 79, 80 y 95 que prevén: i) la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas naturales de la Nación; ii) la función ecológica de la propiedad; iii) el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservando las áreas de especial importancia ecológica y fomentando la educación para el logro de estos fines; y iv) el deber del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Así como de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Estos preceptos concentran los atributos principales en relación con el medio ambiente que se manifiestan en otros artículos constitucionales, de ahí que el análisis de este bien jurídico superior se efectúe desde tres perspectivas: i) como un derecho de las personas, ii) un servicio público y, iii) un principio que permea el ordenamiento jurídico en su integridad, dado que asigna facultades e impone compromisos a las autoridades así

como a los particulares, en aras de su protección adquiriendo, de esa forma, un carácter de objetivo social.¹

Acerca del medio ambiente como derecho colectivo, la Corte Constitucional² ha resaltado su importancia, ya que: *"no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de 'tercera generación', sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer", toda vez que "la humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho..."*.

Y en cuanto a los componentes de este derecho y los deberes del Estado precisa³:

"Así pues, por un lado, en Colombia todos los ciudadanos tienen derecho a un ambiente sano y el deber de participar en su protección y conservación; y, por otro lado, el Estado tiene la obligación de: "1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.

Adicionalmente, en Colombia el derecho al ambiente sano está ligado al desarrollo económico sostenible, en el entendido de que se debe "armonizar el derecho al desarrollo - indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente".

2.2.2. El derecho al goce del espacio público

El artículo 82 de la Constitución establece que *"es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular"*. En concordancia con lo anterior, el Decreto 1504 de agosto 4 de 1998, *"Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial"*, sobre el espacio público y su destinación señala en su artículo primero que *"es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo"*.

Con respecto al concepto de espacio público el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, prevé:

¹ Consejo de Estado Sección Primera. Sentencia del 31 de mayo de 2018, C.P. Hernando Sánchez Sánchez. A.P. 50001-23-33-000-2015-00234-01

² Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2015.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2017.

“Artículo 5° Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, [...], y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”

El artículo 674 del Código Civil sobre los bienes públicos y de uso público, señala: “Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio”.

Acerca de la utilización del espacio público, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común [...] En principio, el uso del espacio público, en tanto derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares”⁴.

Dentro de este marco, la competencia para la conservación, mantenimiento y pavimentación de las vías, se encuentra definida en la Ley 105 de 1993, ley que se encarga de redistribuir competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, y que en su artículo 17 establece la competencia en cabeza de los municipios respecto de las vías urbanas, suburbanas y terciarias, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. INTEGRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DISTRITAL Y MUNICIPAL DE TRANSPORTE. Hace parte de la infraestructura distrital municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando estos le sean transferidos.”

Regulación que concuerda con el artículo 1 del Decreto 1504 de 1998, que señala la obligación del Estado, y determina la competencia de los municipios, así: “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.

Por su parte, la Ley 1551 de 2012 que en su artículo 6 modifica el artículo 3 de la Ley 136 de 1994 referente a las funciones de los municipios y establece en el numeral 3 la de: *“Promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal. Para lo anterior deben tenerse en cuenta, entre otros: los planes de vida de los pueblos y comunidades indígenas y los planes de desarrollo comunal que tengan los respectivos organismos de acción comunal”.*

Así las cosas, no hay duda sobre la naturaleza del derecho colectivo y la obligación constitucional y legal que le asiste al Estado para brindar protección a los bienes de uso público, que para el caso sub examine corresponde a las calles, calzadas, separadores, carriles, los cuales constituyen el espacio público y por tanto, el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar su cabal funcionamiento y uso común.

2.2.3 El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente

Se encuentra consagrado en el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, y está orientado *“a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio”* ⁵.

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública.

De ahí que, el Consejo de Estado haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de *“evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”*⁶. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva y también reactiva que instaura como estándar de sus actuaciones. *“Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. 26 de marzo de 2015. Rad.: 15001-23-31-000-2011-00031-01

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales”⁷.

2.3. Los hechos probados

- Corpocaldas a través del Oficio 2019-IE-00031968 de 15 de diciembre de 2019 informó a una de las accionantes que, al realizar el recorrido por el sector afectado, se observa una vía de acceso en malas condiciones, por la cual descienden las aguas de escorrentía provenientes de la vía principal de la vereda, la construcción de una cuneta vial y perfilamientos del terreno realizados por los habitantes del sector.
- La empresa Aguas de Manizales, mediante informe de visita técnica realizada el 27 de febrero de 2020 en la vereda Cuchilla del Salado sector La Estancia, señaló que, se observa camino de herradura por el cual pasa red de 32 mm, material polietileno que abastece 27 suscriptores legalizados, sin que se genere ningún tipo de riesgos; que en este sector no se cuentan con redes de alcantarillado administradas por esta entidad, por lo que los usuarios que tienen el servicio de acueducto poseen como solución de vertimientos pozos sépticos. En conclusión, la red de acueducto del sector de La Estancia no presenta daños ni filtraciones que estén afectando la vía o el terreno, y que en marzo del presente año se tapaná la tubería que se encuentra expuesta en algunos tramos.
- La Secretaria de Obras Públicas del municipio de Manizales mediante SOPM-981-GP-2021 de 22 de abril de 2021, presentó el informe técnico decretado como prueba de oficio, en el que, en cuanto al estado actual de la vía precisó que:

“Técnicamente, no se trata de una vía, éstas tienen unas medidas y características especiales definidas por las normas técnicas colombianas. En este caso, corresponde a un camino veredal denominado antiguamente como de herradura, el cual con el paso de los años se ha ido ampliando por los habitantes de la zona hasta lograr un ancho promedio de 2.0 metros, ancho que no es suficiente para el paso de un vehículo, ni para maquinaria pesada.

La vía se encuentra en buenas condiciones de transitabilidad, con las limitaciones normales de acuerdo a lo explicado anteriormente”.

En cuanto a las acciones de mantenimiento o construcción de obras en la vía, precisó:

“Se han venido realizando acciones de mantenimiento en la medida que las condiciones técnicas del mismo lo han permitido, es así como en la vigencia 2020, enmarcado en el convenio que se suscribe anualmente con el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas fueron construidos 100 metros de una huella en concreto de un ancho de 90 centímetros, lo que mejora las condiciones de tránsito peatonal.

Así mismo en esta vigencia 2021 enmarcado en el convenio que se tiene suscrito con el Comité Departamental de Cafeteros para mantenimiento de la malla vial rural, se están

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. 2005-01449-01(AP).

construyendo otros 100 metros de huella en concreto de un ancho de 90 centímetros, contribuyendo así a mejorar las condiciones del camino para el tránsito peatonal”.

En cuanto al tránsito vehicular, señaló que:

El Municipio de Manizales incorporó en el Acuerdo Municipal 0958 de 02 de agosto de 2017, Plan de Ordenamiento Territorial, la vía denominada vía de acceso al sector Villa Nueva y La Estancia (Vereda Cuchilla del Salado salida a Quebra de Vélez) con una longitud de un (1) Kilómetro, de acuerdo a las visitas de inspección técnica realizada por los profesionales de la Secretaría de Obras Públicas al sector La Estancia. Por esta razón se le hace rocería, mantenimiento y las inversiones n placas huellas, a fin de mejorar. Sin embargo, se cuenta con diversas razones técnicas que impiden la adecuación para el tránsito vehicular:

*. **Pendientes altas.** Existe una zona donde la pendiente longitudinal de este camino es muy alta, por lo que sería un factor de alto riesgo por volcamiento para cualquier tipo de vehículo automotor.*

*. **Ancho de la vía.** En estos primeros 100 metros tomando como punto de partida la vía a la Cuchilla del Salado, se requiere un ancho mínimo requerido (aproximadamente 3 metros y 4.1 metros en las curvas). Debido a lo reducido del del ancho, no se puede acceder en vehículo por este.*

*. **Predios privados.** El municipio de Manizales ha realizado intentos de habilitar al menos los primeros 100 metros de este camino, tomados desde la vía a la Cuchilla del Salado, pero se han recibido quejas de los propietarios de los predios adyacentes aduciendo que la zona es propiedad privada, por lo que se infiere que la franja de terreno por donde se encuentra este camino no está plenamente definida desde el punto de vista predial, específicamente en lo relativo a la franja de terreno que sería de tipo público.*

De ahí en adelante, hasta el caserío La Estancia, situado a unos 500 metros aproximadamente más abajo, no es posible técnicamente habilitar el camino existente como vía vehicular”.

2.4. Análisis del caso concreto

En la demanda se solicita se ordene: construir o efectuar mantenimiento a la vía desde la Vereda Cuchilla del Salado hasta el Sector La Estancia “para que se permita el acceso de vehículos”; adelantar las obras de estabilización de laderas y protección del sector, así como redes hidráulicas y la instalación de alumbrado público y las demás acciones que sean necesarias y prioritarias para garantizar la protección y garantía de sus derechos.

Al respecto, la Sala encuentra acreditado que, la vía de acceso al sector Villa Nueva y La Estancia (Vereda Cuchilla del Salado salida a Quebra de Vélez) a la cual se refieren los demandantes es una vía veredal, que cuenta con una longitud de un (1) Kilómetro y la

cual ha sido ampliada por los habitantes de la zona hasta lograr un ancho promedio de 2.0 metros, y que no se encuentra habilitada para el tránsito vehicular.

Las causas por las cuales no se encuentra habilitada para el tránsito vehicular, se encuentran descritas en el Oficio SOPM-981-GP-2021 de 22 de abril de 2021, de la Secretaria de Obras Publicas del municipio de Manizales en el que se precisa que, las razones de carácter técnico son: **las pendientes altas** “por lo que sería un factor de alto riesgo por volcamiento para cualquier tipo de vehículo automotor”; y **el Ancho de la vía**, ya que, en los “primeros 100 metros tomando como punto de partida la vía a la Cuchilla del Salado, se requiere un ancho mínimo requerido (aproximadamente 3 metros y 4.1 metros)”.

Lo anterior es ratificado por Corpocaldas quien señaló que, es cierto que “la vía de arriería o peatonal, está en regular estado de conservación y también es cierto que por su ancho, no pueden transitar por ella vehículos, que el sector tiene una topografía quebrada y pendiente alta”; que además: “Pese a que la comunidad insiste en que el ancho de la vía tiene la capacidad para ser carretable, técnicamente tanto el Municipio como Corpocaldas han afirmado que no es así y que para tránsito automotor debería tener como mínimo 3,50 mt, para una sola vía y mínimo 5,0 Mt para dos carriles”.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que existen razones de orden técnico suficientes para afirmar que no es posible habilitar el tránsito vehicular en la vía en mención.

Ahora bien, en cuanto al mantenimiento de la vía y su tránsito peatonal, conforme a las pruebas aportadas se encuentra acreditado que, el municipio de Manizales ha venido realizando acciones de mantenimiento de la vía; así, según se indica en el Oficio SOPM-981-GP-2021 de 22 de abril de 2021, de la Secretaria de Obras Públicas, en el 2020, enmarcado en el convenio que se suscribe anualmente con el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas fueron construidos 100 metros de una huella en concreto de un ancho de 90 centímetros, lo que mejora las condiciones de tránsito peatonal; y en el 2021 enmarcado en el convenio que se tiene suscrito con el Comité Departamental de Cafeteros para mantenimiento de la malla vial rural, se están construyendo otros 100 metros de huella en concreto de un ancho de 90 centímetros, contribuyendo así a mejorar las condiciones del camino para el tránsito peatonal.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que, el municipio de Manizales se encuentra cumpliendo con su deber de conservación y mantenimiento de la vía de conformidad con el artículo 3° de la ley 136 de 1994 modificado por el artículo 6° de la ley 1551 de 2012, que señala que, “En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal” competencia ratificada por el artículo 76.4.1 de la ley 715 de 2001 que señala corresponde a los municipios en materia de transporte: “Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio”.

Ahora, en cuanto a las situaciones de riesgo para la comunidad, de las pruebas recaudadas no se evidencia que, a pesar de las condiciones en que se encontraba la vía

al momento de la presentación de la demanda, existieran factores de riesgo, que afecten la estabilidad del terreno o que pongan en riesgo la integridad de las personas.

Además, se encuentra acreditado que Corpocaldas en el ejercicio de sus funciones, ha realizado recomendaciones técnicas al municipio, como las indicadas en el Oficio N° 2019-IE-00031968 del 15 de diciembre de 2019 y que este las ha venido acatando como se describe en el informe técnico SOPM-981-GP-2021 de 22 de abril de 2021 de la Secretaría de Obras Públicas del municipio, antes citado.

En cuanto a las condiciones de las redes hidráulicas y la instalación de alumbrado público, igualmente de las pruebas recaudadas no se evidencia que, existan fallas en el servicio de acueducto que presta la empresa Aguas de Manizales, o que las condiciones del servicio de alumbrado público en el sector sean deficientes.

Por el contrario, en cuanto a las redes hidráulicas, de conformidad con el informe Técnico elaborado por la empresa Aguas de Manizales, el 27 de febrero de 2020, la red de acueducto del sector de La Estancia no presenta daños ni filtraciones que estén afectando la vía o el terreno. Y en cuanto al alumbrado público el Invama en su contestación de la demanda, informó que todas las luminarias del tramo comprendido entre el sector La Estancia - Cuchilla del salado, se encuentran en óptimas condiciones y aclaró que, dicho trayecto no es un centro poblado y la iluminación que se tiene instalada actualmente es adecuada para el tipo de vía de acuerdo a la exigencias para las áreas rurales.

Frente a estas afirmaciones los accionantes no presentaron observaciones ni aportaron pruebas para demostrar lo contrario. Sobre la carga de la prueba, el Consejo de Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2019⁸ precisó que:

126. La Sala recuerda que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472, en las acciones populares la carga de la prueba le corresponde a la parte actora. [...]”.

127. Así las cosas, corresponde al actor popular la carga de acreditar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda. La omisión en el cumplimiento de la carga procesal trae consigo posibles consecuencias desfavorables, como una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda.

128. En este sentido, esta Sección, con ponencia del Consejero de Estado doctor Guillermo Vargas Ayala, en sentencia proferida el 13 de noviembre de 2014⁹, expresó lo siguiente:

“[...] Esta consecuencia del obrar omisivo de la parte demandante ya ha sido señalada por la jurisprudencia de esta Sala, como se expresó en Sentencia del 22 de agosto de 2013, en la cual se afirma lo siguiente:

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez; sentencia del 26 de marzo de 2019. Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00494-01(AP)

⁹ Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación: 17001-23-31-000-2012-00327-02(Ap). Actor: Javier Elías Arias Idarraga. Demandado: Municipio De Chinchiná - Caldas.

“Se entiende que le corresponde al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción.

Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, la jurisprudencia¹⁰ de esta Sección ha indicado:

*“...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. **“Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida, en primera instancia, por el tribunal de instancia.”***

*Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, **requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por la parte actora, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y normalizar una situación con la expedición de la sentencia producto de la acción popular.**”¹¹ (Negrillas por fuera del texto) [...]*

129. La carga de la prueba no se invierte de forma caprichosa sino cuando se presentan especiales condiciones que impiden que el interesado la pueda cumplir, como sucede en los

¹⁰ Sentencia de 30 de junio de 2011, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, exp. 50001-23-31-000-2004-0640-01.

¹¹ Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00779-01(AP), M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

eventos en que la parte contraria se encuentra en una posición más favorable para aportar la prueba o, la carga no se puede satisfacer por razones económicas o técnicas.

130. En el caso sub examine, la Sala no encuentra motivos que permitan inferir que se invirtió la carga de la prueba de la necesidad de construcción de un puente peatonal en la avenida sexta con calle 46.

Por lo tanto, era carga de la parte demandante "...demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones..."¹², lo cual en este caso no ocurrió.

6. Conclusión

De conformidad con lo expuesto se concluye que, no se encuentra acreditada la vulneración de los derechos e interés colectivos invocados en la demanda, por el contrario se encuentra acreditado que las entidades demandadas están cumpliendo con los deberes a su cargo, y han realizado las actividades necesarias e indispensables para la protección de los derechos colectivos.

Así, se acreditó que existen razones de orden técnico suficientes para afirmar que no es posible habilitar el tránsito vehicular en la vía en mención; que el municipio de Manizales ha venido realizando acciones de conservación y mantenimiento de la vía; Corpocaldas ha realizado recomendaciones técnicas al municipio, quien las ha venido acatando y sin que se evidencie una situación de riesgo actual, ni una falla en las redes hidráulicas o el alumbrado público en el sector.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el primer problema jurídico planteado ha sido resuelto en forma negativa, resulta innecesario resolver los siguientes problemas planteados y en consecuencia se negarán las pretensiones de la parte demandante.

7. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas, además que no se evidencia una conducta temeraria o carente de fundamento por parte de los actores populares.

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

FALLA

Primero: Se declara probada de oficio la excepción de "**INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P**"

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera CP.: Marco Antonio Velilla Moreno. 30 de junio de 2011 Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP)

propuesta por Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

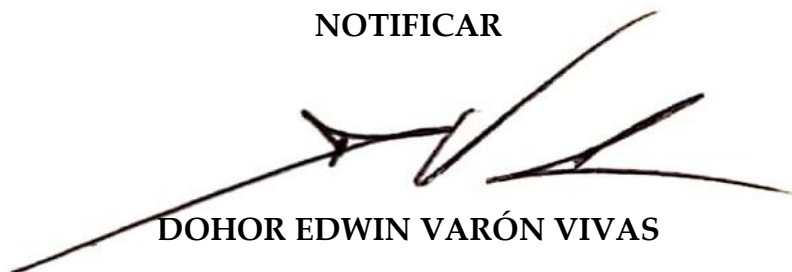
Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema justicia siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 39 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA

(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 134

Manizales, seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00074-00
Naturaleza: Acción Popular
Demandante: Manuela Aristizábal Morales y Santiago Bermúdez Cañaveral
Demandados: Municipio de Manizales, Corpocaldas y otros

Se profiere sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo de los derechos colectivos

La parte accionante señala que, *“En la cancha de microfútbol lindante con el parque infantil del barrio Centenario de la ciudad de Manizales, aledaña con la carrera 31E y calle 10B, en la Ciudad de Manizales; se viene presentando un desprendimiento de capa vegetal en constante aumento”*; que en respuesta emitida por Corpocaldas se indicó: *“...que el talud ubicado en la zona recreativa se originó debido a las alteraciones estructurales-viales de la carrera 31E y calle 10B”*.

Por lo anterior, solicita *“Se adopten medidas necesarias para cesar la amenaza, vulneración y agravio sobre los derechos e intereses colectivos de los, transeúntes y deportistas que frecuentan la cancha y parque infantil del barrio Centenario”*.

1.2. Admisión

Mediante auto del 8 de abril de 2021 se admitió la demanda, se ordenó su notificación a las demandadas y se dispuso informar sobre la existencia de este trámite a los miembros de la comunidad a través de un medio masivo de comunicación; también se corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término de diez (10) días dentro de los cuales pudieron contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones.

1.3. Intervención de los demandados y vinculados

Corpocaldas se opuso a las pretensiones de la parte actora; indicó que, no ha incurrido en violación alguna de los derechos colectivos alegados, pues ha cumplido con los postulados y obligaciones legales que le corresponden, dando las recomendaciones técnicas y dando traslado de las mismas a la autoridad competente, las cuales consistieron en:

·En primera instancia y como medida correctiva, realizar un diagnóstico de las redes de acueducto y alcantarillado del sector con el fin de determinar el estado de las mismas sobre la Carrera 32, específicamente del sector donde se precian los agrietamientos y daños del pavimento, dado el alto tránsito de vehículos.

- Realizar la reposición o cambio de las losas que evidencian fracturamientos y que generan no solo vibración con el paso de tráfico vehicular, sino que adicionalmente, permite la infiltración de importantes volúmenes de aguas superficiales al suelo de soporte con potencial injerencia en el talud.
- Realizar el monitoreo y control de la zona verde aledaña al andén de la Cra 32, de manera que se propenda por evitar la inadecuada disposición de basuras, escombros y materiales de construcción que acumuladas en ciertos sectores con vegetación, generan desprendimientos superficiales hacia la zona de cancha y juegos infantiles tal como ocurrió en este caso.
- Realizar el mantenimiento, corte, poda, extracción y sustitución del material vegetal existente en el talud, específicamente de los arbustos y/o árboles que puedan generar sobrecargas sobre el talud y ofrecen riesgo de caída por la poca capacidad del suelo de soporte de los mismos.
- Se recomienda la ejecución de algunas obras de estabilidad de taludes. Una propuesta consistiría en la ampliación de las graderías de la base, para lo cual se recomienda la construcción de muros de pata en gaviones; control de aguas superficiales con sus respectivas entregas a las obras de manejo de aguas lluvias que forman parte de la ATG existente.”

El **municipio de Manizales** se opuso a las pretensiones de la parte actora, indicó que no ha vulnerado ni puesto en peligro los derechos colectivos invocados. Preciso que, la Secretaría de Obras Públicas y la Unidad de Gestión del Riesgo de Manizales suscribieron informe conjunto UGR 762-21 abril de 2021; que el informe manifiesta que, como medida necesaria, se requiere realizar el diagnóstico de las redes de acueducto y alcantarillado del sector con el fin de determinar el estado de las mismas sobre la Carrera 32, específicamente del sector donde se aprecian los agrietamientos y daños del pavimento. Actividad que debe ser implementada por la Empresa Aguas de Manizales, *“Lo anterior también a fin de establecer el estado de dicho sistema, previo a cualquier intervención de la calzada afectada, mediante la reposición de las losas con evidencias de fracturamiento”*.

Que se tomarán las acciones inmediatas para priorizar la realización del respectivo mantenimiento y limpieza sobre los taludes de este sector específico (cancha microfútbol y parque Infantil Barrio Centenario. Cra 31E y Cll 10B) que se incluyen dentro de las Áreas de Tratamiento Geotécnico (ATG-288 y ATG-768), en función de la programación y avance del programa *Guardianas de la Ladera*, el cual se ejecuta por parte de la Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. -EMAS-, mediante convenio interadministrativo con la Alcaldía de Manizales.

Aguas de Manizales S.A. E.S.P., se opuso a las pretensiones de la parte actora, basada en que las redes operadas por la Empresa en el sector en cuestión están en buen estado de funcionamiento, como se indica en informe de las visitas técnicas realizada el 13 y 14 de abril de 2021, el cual concluyó que, *“las redes de acueducto de la carrera 32 entre calles 10B y 11 y carrera 31 entre calles 10A y 11 y alcantarillado de la carrera 32 entre calles 10B y 11, se encuentran en buen estado de funcionamiento, una vez que no se observaron fugas ni filtraciones, por lo anterior, la problemática del sector y el deterioro del pavimento no es atribuible a las redes de acueducto y alcantarillado administradas por la empresa”*.

La Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. –EMAS – (vinculada) se opuso a las pretensiones de la parte actora, indicó que, no existe vulneración a ningún derecho colectivo; que suscribió convenio interadministrativo con el Municipio a través de la Unidad de Gestión del Riesgos, desde el 04 de marzo del 2021, para ejecutar el programa *Guardianas de la Ladera*, sin que eso signifique un traslado de las obligaciones y competencias del municipio de Manizales sobre EMAS. Que el mantenimiento de las laderas que se ejecuta, busca librar de obstáculos los canales y la obra en general para que su funcionamiento es óptimo, y en caso de que la Ingeniería que acompaña a las guardianas evidencie que existe alguna falla en la obra, esta es reportada inmediatamente al municipio para que adelante las

obras civiles a que haya lugar. Es decir, el componente de obra civil está excluido del objeto contractual.

1.4. El pacto de cumplimiento

En diligencia del 27 de julio de 2021, el representante del **municipio de Manizales** señaló que, presentará formula de pacto conforme certificado del Comité de Conciliación aportado, con el fin de atender las pretensiones de la parte demandante, ello en el siguiente sentido:

“Los miembros del Comité de Conciliación recomiendan asistir a la audiencia CON PROPUESTA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO en el siguiente sentido 1) por hecho superado frente a la pretensión relacionada con la vía, y 2) Con propuesta de pacto de cumplimiento frente a la pretensión relacionada con la intervención del talud. En consecuencia se autoriza al delegado del alcalde para proponer propuesta de pacto frente a las pretensiones de la presente acción constitucional. Esta decisión del comité al acoger el concepto técnico de Obras Públicas, UGR y por el concepto jurídico presentado por el apoderado judicial del municipio de Manizales.”

En el concepto técnico de la Secretaria de Obras Públicas, SOPM-1524-UGT-VU-2021 de 14 de julio de 2021, se hace contar la ejecución de labores de mantenimiento del pavimento en la Carrera 31E entre Calles 10B y 12 del barrio Centenario, mediante cambio de su base granular y capa de rodadura; así como el estado actual de la vía.

En cuanto a la intervención del talud, en el concepto técnico de la Unidad de Gestión del Riesgo, UGR 762-21 de 21 de abril de 2021, se señala:

Frente a la petición de la acción popular, como primera acción de intervención correctiva, respecto a la estructura de estabilidad del talud y que permita dar inicio a la solución de dicha problemática en el sector, se plantea realizar obra complementaria a la existente, la cual debe ser dimensionada y definida, en cuanto a su aspecto técnico y económico para su ejecución; con un orden de prioridades y con los recursos destinados para esta actividad, los cuales se pretenden ejecutar en la presente vigencia fiscal (antes del 31 de diciembre de 2021).

En tal sentido se sugiere adoptar, previa evaluación y dimensionamiento, la intervención recomendada por Corpocaldas mediante el informe referido:

... “Se recomienda la ejecución de algunas obras de estabilidad de taludes. Una propuesta consistiría en la ampliación de las graderías de la base, para lo cual se recomienda la construcción de muros de pata en gaviones; control de aguas superficiales con sus respectivas entregas a las obras de manejo de aguas lluvias que forman parte de la ATG existente.”

Además, en la audiencia precisó que, frente al talud, se procederá a: retirar los árboles de la parte alta afectada por la inestabilidad del sitio, la construcción de una pantalla pasiva y la instalación de drenes subhorizontales, para el manejo de aguas superficiales con los recursos asignados para la intervención de la Comuna La Macarena como obras de mitigación del riesgo a cargo de la Unidad de Gestión del Riesgo dentro del proceso de contratación de selección abreviada de menor cuantía cuyo objeto es la construcción de obras de estabilidad y de manejo de aguas lluvias en varios puntos críticos de la comuna, obras que se ejecutarán en la presente vigencia fiscal. También se comprometió a autorizar a la empresa Emas, la poda y mantenimiento de la zona verde del referido talud. Señaló que estas actividades serían ejecutar en la presente vigencia fiscal, esto es, antes del 31 de diciembre de 2021.

El representante de la empresa **Aguas de Manizales** manifestó que, asiste con ánimo conciliatorio, según acta de comité de conciliación aportada; precisó que frente al diagnóstico a las redes de acueducto y alcantarillado del sector, con el informe de la orden de trabajo OT6862 de 2021, se demuestra que dichas actividades ya fueron realizadas.

El representante de la empresa **Emas** manifestó que, asiste con ánimo conciliatorio; que realizarán monitoreo y control de la zona verde aledaña a la carrera 32, previa verificación técnica, siempre y cuando se encuentre dentro de la vigencia del convenio interadministrativo. También se comprometió a realizar el mantenimiento, corte, extracción y poda del material vegetal que existe en el talud, específicamente los arbustos, árboles que puedan generar sobrecarga que ejerzan riesgo de caída; lo anterior, siempre y cuando no se trate de especies arbóreas vedadas o que requiera previa autorización de la autoridad ambiental, labores que se realizarán en coordinación con el Municipio.

El representante de **Corpocaldas** manifestó que, asiste con ánimo conciliatorio, según acta de comité de conciliación aportada, en el sentido de brindar asesoría técnica, dentro del marco de las competencias legales a la entidad territorial, en las actividades encaminadas a la gestión del riesgo.

El **Demandante** manifestó que, le consta que el municipio de Manizales, efectivamente realizó las obras de pavimentación en la vía y frente a las propuestas de pacto de cumplimiento expuestas por las entidades convocadas manifestó encontrarse de acuerdo.

El **Ministerio Público** manifestó que se encuentran reunidos los presupuestos para la aprobación del pacto de cumplimiento, ello debido a que con las obras propuestas se satisfacen a cabalidad las pretensiones de la parte demandante.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Pronunciamiento sobre nulidades y presupuestos procesales

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el artículo 132 del Código General del Proceso, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Agotándose el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución.

De otra parte, están reunidos los presupuestos procesales; en efecto, este Tribunal es competente para conocer de la presente acción en razón a que una de las partes es del orden nacional, cuyo fuero atrae a los demás accionados. Los accionantes son personas naturales que actúa en nombre propio en los términos del artículo 12 de la ley 472 de 1998. De igual manera, está acreditada la existencia y capacidad procesal de las entidades demandadas. Y existe demanda en forma, tal como se señaló en el auto admisorio, dado que el escrito presentado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 19 ibidem.

2.2. La acción popular

El artículo 2º de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Al tenor del artículo 9º ibidem, esas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares que actúan en desarrollo de funciones públicas, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Acción que a voces del

artículo 11 ibidem, «[...] podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo [...]».

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes: a) *una acción u omisión de la parte demandada*, b) *un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y*, c) *la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo*.

Aunado a lo anterior, el artículo 4º de la normativa en cita, enlista de manera enunciativa los derechos colectivos, dentro de los cuales se encuentran los invocados por el actor.

2.3. La audiencia de pacto de cumplimiento

El inciso 4º del artículo 27 ibidem, regula la audiencia especial, mencionando que en esta: «[...] podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior de ser posible [...]».

Es entonces una instancia procesal en la que el juez escucha las posiciones de las partes y del Ministerio Público, con el objeto de construirse un acuerdo colectivo en el que se determine la mejor forma de solucionar el conflicto, poder proteger o prevenir la vulneración de los derechos e intereses colectivos amenazados, y de ser posible restablecer las cosas a su estado anterior. Ello, logrando establecer responsabilidades y acciones detalladas a los responsables de la protección del interés colectivo, dentro de unos términos de cumplimiento con tareas específicas y verificables, así como la designación de una persona que vigile y asegure su observancia.

La Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1999, al examinar la constitucionalidad de la Ley 472, puso de presente que, el objetivo que persigue el pacto de cumplimiento es llegar a un acuerdo de voluntades «[...] dando con ello una terminación al proceso y solución de un conflicto, y por ende, un menor desgaste para el aparato judicial [...]»; actuación que da a la audiencia, la categoría de mecanismo anticipado para la solución de un conflicto en el cual se encuentran involucrados intereses colectivos y que dada su especialidad, el papel del juez y del ministerio público resultan relevantes frente al control de legalidad y la protección de los derechos debatidos.¹

2.4. Aprobación del pacto de cumplimiento

Bajo estos supuestos se tiene que, los compromisos asumidos por el municipio de Manizales, la Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. –EMAS y Corpocaldas en la audiencia de pacto de cumplimiento, guardan relación con lo pretendido por el actor popular, puesto que garantizan la protección de los derechos colectivos *al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; el acceso a una Infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes*.

Lo anterior por cuanto se realizarán las obras requeridas para la estabilidad de los taludes próximos a *la cancha de microfútbol lindante con el parque infantil del barrio Centenario, aledaña con la carrera 31E y calle 10B, en la Ciudad de Manizales*, tales como: la ampliación de las graderías de la base, la construcción de muros de pata en gaviones, la construcción de una

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. 11 de octubre de 2018 Rad. 17001-23-33-000-2016-00440-01(AP).

pantalla pasiva. El control de aguas superficiales con sus respectivas entregas a las obras de manejo de aguas lluvias que forman parte de la ATG existente y el retiro de los árboles de la parte alta afectada por la inestabilidad del sitio, así como la instalación de drenes subhorizontales; el monitoreo y control de la zona verde aledaña a la carrera 32, previa verificación técnica; el mantenimiento, corte, extracción y poda del material vegetal que existe en el talud. Todo ello con la asesoría técnica que brinda Corpocaldas. Estas actividades serían ejecutar en la presente vigencia fiscal, esto es, antes del 31 de diciembre de 2021.

Además, se encuentra acreditado que, el municipio de Manizales ya ejecutó labores de mantenimiento del pavimento en la Carrera 31E entre Calles 10B y 12 del barrio Centenario, mediante cambio de su base granular y capa de rodadura con el fin de evitar *la infiltración de importantes volúmenes de aguas superficiales al suelo de soporte con potencial injerencia en el talud*.

Por su parte, la Empresa Aguas de Manizales ya realizó visita técnica al sector concluyendo que, *“las redes de acueducto de la carrera 32 entre calles 10B y 11 y carrera 31 entre calles 10A y 11 y alcantarillado de la carrera 32 entre calles 10B y 11, se encuentran en buen estado de funcionamiento, una vez que no se observaron fugas ni filtraciones”*.

Además, con los compromisos asumidos por las entidades, no se vulnera la legalidad ni se traspasan las fronteras de las obligaciones que le compete, en efecto, de conformidad con el artículo 31² de la Ley 1523 de 2012³, al municipio de Manizales y a Corpocaldas le asisten potestades en materia de gestión del riesgo que deben ejecutar de forma coordinada y armónica. Asimismo, a Corpocaldas le fue asignada la función de brindar soporte a los entes territoriales en lo que tiene que ver con la gestión del riesgo en material ambiental en su jurisdicción.

Los compromisos asumidos por la Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. –EMAS tienen fundamento en el Convenio Interadministrativo suscrito con el Municipio a través de la Unidad de Gestión del Riesgos, desde el 04 de marzo del 2021, para ejecutar el programa Guardianas de la Ladera.

Por lo anterior, el pacto de cumplimiento construido por las partes involucradas en esta acción popular se aprueba por medio de esta sentencia y se ordena la publicación de la parte resolutive de la sentencia.

2.5. Auditoria del Pacto de Cumplimiento

² “Artículo 31. Las corporaciones autónomas regionales en el sistema nacional. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible, que para efecto de la presente ley se denominarán las corporaciones autónomas regionales, como integrantes del sistema nacional de gestión del riesgo, además de las funciones establecidas por la Ley 99 de 1993 y la Ley 388 de 1997 o las leyes que las modifiquen. Apoyarán a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo y los integrarán a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo.

Parágrafo 1o. El papel de las corporaciones autónomas regionales es complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones, y estará enfocado al apoyo de las labores de gestión del riesgo que corresponden a la sostenibilidad ambiental del territorio y, por tanto, no eximen a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres.

Parágrafo 2o. Las corporaciones autónomas regionales deberán propender por la articulación de las acciones de adaptación al cambio climático y la de gestión del riesgo de desastres en su territorio, en virtud que ambos procesos contribuyen explícitamente a mejorar la gestión ambiental territorial sostenible.

Parágrafo 3o. Las corporaciones autónomas regionales como integrantes de los consejos territoriales de gestión del riesgo, en desarrollo de los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, deben apoyar a las entidades territoriales que existan en sus respectivas jurisdicciones en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de acuerdo con el ámbito de su competencia y serán corresponsables en la implementación.

Parágrafo 4o. Cuando se trate de Grandes Centros Urbanos al tenor de lo establecido en la Ley 99 de 1993, en lo relativo a los comités territoriales, harán parte de estos las autoridades ambientales locales.”

³ “Por el cual se crea la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, se establece su objeto y estructura”.

Se designará para vigilar y asegurar el cumplimiento del pacto como *Auditor* al Personero del municipio de Manizales; a quien se le comunicará la designación, remitiéndole copia del acta de audiencia de pacto de cumplimiento y de esta providencia, quien deberá rendir informe completo y pormenorizado al despacho ponente de esta providencia de las acciones realizadas por el municipio de Manizales, por Emas y Corpocaldas, una vez finalizados los lapsos dispuestos en el referido pacto.

2.6. Costas

No hay lugar a condena en costas, en los términos del artículo 38 de la Ley 472 de 1998, pues al llevar a cabo la valoración que exige la fijación de estas, con arreglo al criterio de examinar exclusivamente la conducta asumida por las partes dentro del curso del presente proceso, se establece que en la actuación no se comprueba que se hayan producido conductas temerarias o de mala fe en la actividad procesal.

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

FALLA:

Primero: APRUÉBASE EL PACTO DE CUMPLIMIENTO celebrado el 27 de julio de 2021, dentro de la acción popular instaurada por Manuela Aristizábal Morales y Santiago Bermúdez Cañaveral contra el municipio de Manizales, la Corporación Autónoma Regional de Caldas -Corpocaldas, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., y la vinculada Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. –EMAS, consistente en:

1. **El municipio de Manizales** procederá a: la ejecución de obras de estabilidad de taludes del sector específico (cancha microfútbol y parque Infantil Barrio Centenario. Cra 31E y Cll 10B) que se incluyen dentro de las Áreas de Tratamiento Geotécnico (ATG-288 y ATG-768), tales como: la ampliación de las graderías de la base, la construcción de muros de pata en gaviones, la construcción de una pantalla pasiva. El control de aguas superficiales con sus respectivas entregas a las obras de manejo de aguas lluvias que forman parte de la ATG existente y el retiro de los árboles de la parte alta afectada por la inestabilidad del sitio, así como la instalación de drenes subhorizontales. Autorizar a la empresa Emas, la poda y mantenimiento de la zona verde del referido talud.

Estas actividades serían ejecutar en la presente vigencia fiscal, esto es, antes del 31 de diciembre de 2021.

2. **La Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. –EMAS** realizará: el monitoreo y control de la zona verde aledaña a la carrera 32, previa verificación técnica; el mantenimiento, corte, extracción y poda del material vegetal que existe en el talud, específicamente los arbustos, árboles que puedan generar sobrecarga que ejerzan riesgo de caída; lo anterior, siempre y cuando no se trate de especies arbóreas vedadas o que requiera previa autorización de la autoridad ambiental, labores que se realizarán en coordinación con el Municipio.

Estas actividades serían ejecutar en la presente vigencia fiscal, esto es, antes del 31 de diciembre de 2021 y dentro de la vigencia del convenio interadministrativo celebrado con el Municipio a través de la Unidad de Gestión del Riesgos, desde el 04 de marzo del 2021, para ejecutar el programa Guardianas de la Ladera.

3. **Corpocaldas** brindará asesoría técnica, dentro del marco de las competencias legales a la entidad territorial, en las actividades encaminadas a la gestión del riesgo.

Segundo: **DESÍGNASE** como *Auditor* para vigilar y asegurar el cumplimiento del pacto al Personero del municipio de Manizales “o su delegado”; a quien se le comunicará la designación, remitiéndole copia del acta de audiencia de pacto de cumplimiento y de esta providencia, quien deberá rendir informe en los términos señalados en la parte motiva de este proveído.

Tercero: **ORDÉNASE** la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en la Emisora de la Policía Nacional o en otra emisora con difusión en el departamento, a cargo del municipio de Manizales, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998. Hecho lo anterior, se deberá remitir al Despacho constancia de la publicación.

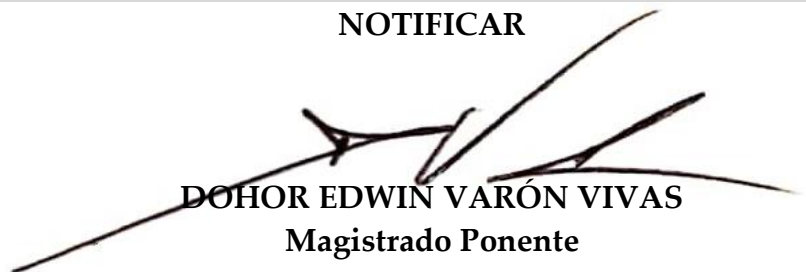
Cuarto: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Despacho, envíese copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

Quinto: **No se condena en costas.**

Sexto: **EJECUTORIADA** esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.


Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 39 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
(Ausente con permiso)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado