



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
Medellín, Veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020)

Tipo de Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP
Demandado: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA
Radicado: 05001 33 33 001 2018 00504 00
Decisión:
Sentencia N°

TEMA: Prima de vida cara. / Factor salarial que carece de fuente legal. / Derechos adquiridos y condición más beneficiosa/ Acuerdos Municipales 028/77-029/78-049/89. /

La entidad **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP** por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, instaura demanda en contra **MARIA LIGIA SANCHEZ MORA** para que previos los trámites de rigor, en sentencia se hagan las siguientes o similares:

I. ANTECEDENTES

PRETENSIONES.

Pretende la entidad actora lograr la declaratoria de nulidad de los siguientes actos:

*Primera: Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 07266 del 20 de Marzo de 2007, mediante la cual se reconoció la pensión gracia a favor de la señora **MARIA LIGIA SANCHEZ MORA** identificada con Cedula de Ciudadanía No. 32.529.858 de Medellín, incluyendo el concepto de prima de vida cara o prima de carestía, que no es considerado como factor salarial en el reconocimiento y liquidación de la pensión gracia.*

*Segundo: Que se declare a título de restablecimiento del derecho, que a la Señora **MARIA LIGIA SANCHEZ MORA**, no le asistía el derecho de la pensión de gracia en los términos planteados en las resoluciones acusadas por cuanto en ellas erradamente se incluye como factor salarial la prima de vida cara.*

*Tercero: Que se condene a la señora **MARIA LIGIA SANCHEZ MORA**, a restituir a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**, las sumas de dinero correspondientes a los valores cancelados en exceso, desde la fecha en que se hizo efectiva, hasta cuando se realice el pago, es decir se verifique la devolución total del dinero a la parte demandante.*

Cuarto: Que la condena que ponga fin al proceso, reúna los requisitos de los artículos 99 y 187 de la Ley 1437, que en ella conste una obligación, clara, expresa y actualmente exigible con el que preste merito ejecutivo.

Quinto: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el Inciso final del Artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 aplicando los ajustes de valor o indexación desde el momento en que se causó hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que el ponga fin al proceso, prorrogable hasta la fecha del pago efectivo de reajuste y la retroactividad

*Sexto: Dado el caso que la señora **MARIA LIGIA SANCHEZ MORA**, no efectúe el pago de la condena en forma oportuna, los intereses comerciales y moratorios se deberán*



liquidar de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 195 de la Ley 1437 de 2011

Séptimo: Se condene a la demandada a pagar las agencias en derechos y costas del proceso.

2. HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LA DEMANDA

Los supuestos fácticos de las pretensiones son los que a continuación se resumen:

Indica la entidad demandante que, la señora MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, nació el 03 de febrero de 1956 y adquirió el estatus jurídico de pensionada el 3 de febrero de 2006, quien presto su tiempo de servicios al servicio del Estado en el Departamento de Antioquia desde el 3 de mayo de 1976 hasta el 27 de abril de 2006, teniendo como último cargo el de Docente en el plantel educativo C.E.R. Municipio de Anorí - Antioquia, con vinculación Nacionalizada.

La entidad afirmó que por medio de la Resolución No. 07266 del 20 de marzo de 2007 la extinta CAJANAL ordenó el reconocimiento y pago de una pensión gracia a favor de MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, aplicando el 75% sobre el salario promedio devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, en cuantía de \$835.890 efectiva a partir del 03 de febrero de 2006.

Que en la liquidación pensional se incluyó el emolumento denominado prima de vida cara. Sin embargo, dicho factor salarial extralegal no debía ser incluida, conforme a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, de fecha de 20 de mayo de 2011, que declaró la nulidad del Artículo 1 y Parágrafo, Artículo 2 y Parágrafo del Acuerdo 028 de 1977, el Artículo 3 numeral b) del Acuerdo 029 de 1978 y los Artículos 1 y 2 del Acuerdo 049 de 1989, por demanda de nulidad simple presentada por la Auditoría General de la República y confirmada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, teniendo como consejera ponente a la Magistrada BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ, mediante la cual se consideró que la creación del factor prima de vida cara, es de competencia exclusiva del Congreso de la República para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Por tanto, la denominada Prima de Carestía o Prima de Vida Cara, no tiene sustento jurídico y no podría ser considerada como factor para la liquidación de prestaciones sociales

Además, señaló que mediante auto ADP 005921 del 21 de agosto de 2018 la UGPP, solicitó a la MARIA LIGIA SANCHEZ MORA consentimiento para revocar la resolución 07266 del 20 de marzo de 2007 en el sentido de excluir el factor salarial prima de vida de cara, para lo cual se le concedió un término de 10 días para allegar dicho consentimiento, el auto quedó debidamente comunicado, es por lo que se procedió a impetrar el presente medio de control.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como fundamentos jurídicos citó el artículo 93, 97, 138, 164 de la ley 1437 de 2011; artículo 19 de la Ley 797 de 2002.



Manifestó el acto administrativo demandado infringe los artículos 1, 2, 6, 121, 128, 150 y 209 de la Constitución Política; 1 de la ley 114 de 1993; 6 de la ley 116 de 1928, 15 de la ley 91 de 1989, 19 de la ley 797 de 2003.

En cuanto al acto demandado, la pensión gracia fue instituida por la ley 114 de 1913 como reconocimiento a la labor de docente y como contraprestación por la baja remuneración que recibían. Manifestó que las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, la prestación a otros empleos docentes haciendo posible para este efecto computar los años laborados en la enseñanza secundaria y normalista. Para tener acceso a ella, se debían cumplir los requisitos establecidos en los artículos 1° y 4° de la ley 114 de 1913.

De otro lado, indicó que en el literal a, numeral 2° de la ley 91 de 1989, reguló:

“Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. a) Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”.

Añadió que, en el caso en estudio, se otorgó una pensión gracia incumpliendo los requisitos legales por cuanto se incluyó como factor salarial la prima de vida cara, desconociendo que esta prestación fue creada por la Asamblea Departamental y el Gobernador, quienes sin tener la competencia crearon la prima de vida cara, fundamentó su argumento en la sentencia del 9 de abril de 2014, del Consejo de Estado, sección segunda, subsección “A”, consejero ponente, Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 05001 23 31 000 2005 00351 01 (0184-1).:

“Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las mencionadas entidades, esto es: el Congreso de la República que señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las Asambleas y los Concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, y los Gobernadores y Alcaldes, sus emolumentos, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas y los Concejos, emolumentos que en ningún caso podrán desconocer los toques máximos que para el efecto fijó el Gobierno Nacional. En efecto, los artículos 300 numeral 7 y 305 numeral 7 de la Carta Política consagran la facultad que tienen las Asambleas Departamentales y los Gobernadores, respectivamente, para determinar las escalas de remuneración a los empleos del orden territorial, atendiendo los toques fijados por el Gobierno Nacional. El actor pretende el pago de las prestaciones contenidas en la Ordenanza No. 034 de 1973, la cual creó la prima de vida cara, equivalente a la mitad de la asignación básica mensual, una vez por año; y en el Decreto No. 001 BIS de 1981 el cual recopila y actualiza las primas de los educadores, generando de esta manera un beneficio adicional para los funcionarios del Departamento; sin embargo, y de acuerdo con la normatividad transcrita anteriormente, vigente para la época en que se expedieron los menciona dos actos administrativos, (esto es, Acto legislativo No. 1 de 1968) la Asamblea Departamental y el Gobernador, no tenían competencia para crear emolumentos o factores prestacionales o salariales a favor de los mismos.”



Con el Acuerdo 028 del 01 de diciembre de 1977, el Consejo Municipal de Medellín se creó el factor prestacional denominado "prima de vida cara". Esta prestación fue derogada mediante sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia con fecha 20 de mayo de 2011, que accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad del artículo 1 y parágrafo, artículo 2 y parágrafo del Acuerdo 028 de 1977, entre otras normas creadas sin la competencia para haberlas creado. Esta sentencia fue confirmada por el Consejo de estado el 26 de julio de 2012.

La parte actora después de hacer un recorrido jurisprudencial y normativo manifestó que, en el caso en concreto MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión gracia de la ley 114 de 1993, norma que exige el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicio docente oficial en una entidad del orden territorial, pero que en cuanto a la prima de vida cara, con fundamento a la sentencia del Consejo de Estado que indicó:

".- Del reconocimiento de primas extralegales.

4.1.- La entidad recurrente cita providencia del Consejo de Estado en la que declaró la nulidad de los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Medellín que crearon la PRIMA DE VIDA CARA, y que nos es procedente incluir factores extralegales en el ingreso de base de liquidación de las pensiones, que sólo debe tenerse en cuenta los factores creados por ley que constituyen salario, es decir, aquellas sumas percibidas de manera habitual y periódica del trabajador como contraprestación directa de sus servicios, como prima de vacaciones de navidad, según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y a lo ya desarrollado por jurisprudencia en la sala plena de la sección segunda del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010."

Sentencia que también determinó no tener en cuenta para ese caso en concreto no tener como factor salarial la prima de vida cara e incluir factores salariales que no fueron tenidos en cuenta según el último artículo ya señalado.

Concluye la parte accionante de que de acuerdo a lo expuesto considera que la resolución No. 07266 del 20 de Marzo de 2007, mediante la cual se reconoció la pensión gracia de la señora MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, es ostensiblemente ilegal toda vez que incluyó el emolumento prestacional denominado prima de vida cara o prima de carestía, concepto que, como ya se dijo en líneas anteriores, no es considerado como factor para la liquidación de la pensión gracia, aumentando el valor de la mesada pensional y causando un menoscabo a la estabilidad financiera del sistema pensional.

TRAMITE

La demanda se presentó el pasado 23 de noviembre de 2018, y por auto del día veintiséis (26) de agosto de 2016, se admitió la demanda, donde dispuso su notificación personal a la parte demandada, así como al Agente del Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Mediante auto de fecha 19 de septiembre de 2017, se dio traslado a la medida cautelar y mediante auto del 3 de julio de 2018, se resolvió, negándola.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Ref: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Rdo: 2018-504
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES –UGPP
Demandada: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA



Dentro del término legal, la parte accionada contestó la demanda señalando que unos hechos son ciertos, otros parcialmente ciertos. En cuanto a esto último, señaló que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia de fecha 20 de mayo de 2011, debe aplicarse de manera ultra activa y en ese orden de ideas lo que se debe resaltar es la jurisprudencia y norma vigente para la fecha de los hechos, es decir, al momento del estatus de pensionada de María Ligia Sánchez Mora, además, agregó, la pensión gracia pertenece a un régimen especial, es por esto que se debe liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios incluso teniendo en cuenta la prima de vida cara y la prima de licenciado, dando así, aplicación al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y el artículo 21 del C.S. del Trabajo, optando siempre por la situación más favorable en beneficio de la docente ya que tiene un derecho adquirido como es el reconocimiento y pago del factor salarial prima de vida cara y prima de licenciado toda vez que este fue reconocido desde el año 2007 y pagado hasta el momento de la suspensión de la misma.

Como razones de la defensa señaló que los documentos anexos a la demanda se verifica que la pretensión del accionante no está ajustada a derecho porque según la Jurisprudencia del Consejo de Estado cuando se trata de liquidar la pensión gracia, debe tenerse en cuenta todos los factores recibidos durante el último año de servicio a la adquisición del status pensional, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no se haya efectuado aportes a la Caja de Previsión, que se comprueba a través del certificado de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, anexo a la demanda, que efectivamente la demandada devengó durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, primas de navidad, vacaciones, prima de vida, auxilio de alimentación, prima de escuela unitaria y prima normalista rural, factores que deben ser incluidos en la liquidación de la pensión gracia.

Sobre lo anterior, manifestó que para el caso en estudio la ley aplicable es la Ley 4ª de 1966 y el Decreto que la reglamenta 1743 del mismo año. Añadió que la Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplían los requisitos consagrados en el artículo 4°, una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios; a su vez las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, previeron el cumplimiento de los requisitos prescritos en la Ley 114 de 1913, extendieron esta prerrogativa a otros empleos docentes haciendo posible computar para este efecto los años laborados en la enseñanza secundaria y normalista.

Señaló que la pensión nacional fue reafirmada por el Decreto 81 de 1976 mediante el cual se transfirió a la Caja Nacional de Previsión el pago de esta prestación, determinando que esta entidad asumiría las funciones de la Sección de Pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entre otras la de pago de las pensiones del personal que adquirió o adquiriera el derecho estando al servicio del magisterio de primaria. También así lo reguló el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. La parte accionada reiteró sobre la ultractividad de la norma con fundamento a la Sentencia C-763 de 2002, unido a ello, citó la sentencia T-502 de 2002 en donde la Corte se ha manifestado sobre la seguridad jurídica. Insistiendo que cuando se profirió el acto administrativo, de pensión gracia, es decir en el año 2007, incluyendo todos los factores salariales, entre ellos prima de vida cara y prima para licenciado, no se había declarado que las éstas fueran extralegales, lo que sí ocurrió en el 2011 en la sentencia que citó la parte actora.



Además de lo anterior, la parte demandada se refirió al artículo 58 de la Constitución en donde consagró sobre los derechos adquiridos, como los de María Ligia Sánchez Mora; así mismo, sustenta su argumento en el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Carta Política donde es obligación de todo servidor de optar por la situación más favorable al empleado y si hay dudas se dará aplicación a la interpretación jurídica, al respecto, citó la sentencia T-559 de 2011 en donde también la Corte indicó que:

“Cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta Corte que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto”

En razón a todo lo anterior, indicó que el acto administrativo proferido por la UGPP es decir No 07266 del 20 de marzo de 2007, está ajustada a derecho y en consecuencia se debe de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de gracia con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, incluida la prima de vida cara.

Como excepciones presentó: Inexistencia de la obligación y pago de lo no debido, prescripción, buena fe por parte de la demandada, excepción genérica.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES

La UGPP manifestó que para desvirtuar los argumentos de la excepción de “Inexistencia de la obligación y pago de lo no debido” es necesario remitirse a lo planteado en el concepto de violación de la demanda en tanto que se expone en forma amplia y detallada los motivos por los cuales deberá accederse a las pretensiones de la demanda e insiste en la prima de vida cara no se encuentra ajustado a la normatividad que reguló la prestación porque ese emolumento fue creado por las asambleas departamentales o las gobernaciones sin que estos entes fueran competentes para crear factores prestacionales para ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Agregó que al momento de dictarse sentencia, se debe tener en cuenta que la accionada ha venido percibiendo una pensión gracia por fuera de los lineamientos legales, lo que hace que sea viable que se ordene la devolución de los dineros pagados en exceso, toda vez que se ha venido cancelando una reliquidación pensional a la cual no tiene derecho.

En cuanto a la excepción de “buena fe” de la demandada, indicó que la parte actora se encuentra pagando una prestación que no se encuentra acorde con las normas que regulan la pensión gracia que, en consecuencia, será deber del demandado demostrar que ha actuado de buena fe, tal y como lo expuso en los planteamientos de la excepción.



De acuerdo a lo anterior, solicitó que se acceda a las pretensiones invocadas en la demanda.

6. ALEGACIONES DE LAS PARTES

Allegaron sus escritos de alegatos, en el orden argumentativo que a continuación se citan:

Parte demandante

Unidad Administrativa Especial de gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -U.G.P.P.-

En la oportunidad de alegaciones finales, la parte actora insistió en los supuestos facticos relativos a la pensión gracia que fue otorgada, y a la inclusión de la prima de vida cara dentro de la mesada pensional a pesar de no contar con una fuente legal. De esta manera, reiteró la declaratoria de nulidad de los Acuerdos por medio de los cuales fue creada la prima de vida cara y la imposibilidad de pagar emolumentos creados por las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales con total carencia de facultad o competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, incluidos los docentes, así como, de aceptar la tesis de haberse adquirido derechos, pues estima que ellos surgen únicamente cuando su fundamento no se declara ilegal o inconstitucional.

Deduciendo, una falsa motivación de los actos administrativos demandados, por cuanto los fundamentos que dieron origen a la actuación no se ajustan a la realidad, toda vez que MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, no le asistía el derecho a la reliquidación ni reconocimiento de la pensión gracia en los términos establecidos en las resoluciones que resolvieron la situación pensional, previamente reconocida, por cuanto se incluyeron factores salariales que no debían ser tenidos en cuenta para la liquidación de la prestación.

Que dicha situación genera un detrimento continuo al erario público, teniendo en cuenta que el pago de la mesada pensional se hace de manera periódica, lo cual genera una violación injustificada y permanente al principio de estabilidad financiera del sistema pensional. Manifestó que no se puede alegar derechos adquiridos toda vez que los acuerdos municipales las ordenanzas departamentales declaradas nulas no producen ningún efecto jurídico, de ahí que estén desprovistos de capacidad para que un ciudadano consolide situaciones jurídicas e ingrese a su patrimonio derechos y prerrogativas a partir de ellos.

Solicitó que se decrete la nulidad y el restablecimiento del derecho de los actos administrativos demandados, porque no se encuentran conforme a derecho.

Parte demandada

Sus alegatos describen en primer término la situación que convocó a la demanda, señalando que la docente MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, actualmente beneficiaria de su pensión cubre en totalidad sus necesidades básicas, las que no se podrían cumplir si no

Ref: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

7-13

Rdo: 2018-504

Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES –UGPP

Demandada: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA



fuera por el status pensional que hoy ostenta y que si se priva de ese derecho adquirido puede afectar de manera graves distintos postulados constitucionales como lo es el mínimo vital, la dignidad humana entre otros.

Reiteró la manifestado en la demanda y en el traslado de las excepciones indicando que al momento de cumplir su status pensional fue aplicada la normatividad existente y agregó que por el hecho de que se emita otras normas nuevas no significa que la docente se encuentre obrando de mala fe, dijo que así se extrae de la sentencia C-198 de 2005.

Dijo que en la sentencia C-529 de 1994 la Corte había analizado que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia futuro, excepto el principio de favorabilidad; así entonces, cuando se encuentren situaciones consolidadas bajo el gobierno de una ley y esta posteriormente es modificada, la aplicación de la nueva no debe ir en menoscabo aplicando la anterior, en consecuencia y según esta sentencia, los derechos individuales que ya estaban reconocidos en una persona no se afectarán por la nueva normatividad.

Insistió en que el fallo del Tribunal Administrativo de 2011 es posterior al reconocimiento del status pensional y agregó que por tal motivo los ciudadanos no deben hacerse responsables de los errores u omisiones que en determinado momento se cometieron por parte de la administración pública que para este caso es la UGPP.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A. EL PROBLEMA JURÍDICO

En el análisis jurídico y probatorio corresponde al Despacho determinar si resulta procedente declarar la nulidad de la Resolución No. No. 07266 del 20 de marzo de 2007, mediante la cual se reconoció la pensión gracia, con la inclusión de otros factores salariales, a favor de la señora MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, con la inclusión de los factores salariales percibidos en el año anterior al retiro definitivo del servicio, como la prima de vida cara, y si en consecuencia, se debe ordenar a la demandada la devolución de las sumas que con ocasión del mismo acto le fueron canceladas, por concepto de mesadas pensionales.

B. PRESUPUESTOS PROCESALES:

Revisando los presupuestos procesales, para el caso concreto, se cumplen cada uno de ellos:

- **Competencia:** El Despacho es competente para conocer del medio de control, en virtud de lo establecido en el numeral 2º artículo 155 y en el numeral 3 artículo 156 del CPACA.

- **Legitimación:** No existe duda pues ambas partes acuden en ejercicio del derecho de postulación; encontrándose legitimado por ACTIVA el demandante al considerar que acto emitido es irregular y por PASIVO se afectado con el acto administrativo atacado. Además,



ambas partes actúan en ejercicio del derecho de postulación a través de sus apoderados judiciales debidamente constituidos.

- **Requisitos y Trámite:** La demanda reúne los requisitos de los artículos 161 y S.s. del CPACA. Y se impartió el trámite regulado en el Título IV, artículos 168 y siguientes del CPACA.

- **Nulidades:** No avizora el Despacho nulidad alguna que deba declararse en este momento procesal.

- **Caducidad:** La figura procesal no opera para el caso concreto por ser un asunto de prestaciones periódicas.

- **Agotamiento de los recursos.** No opera para el caso concreto, conforme lo establece el artículo 164 del C.P.A.C.A.)

C. MARCO JURÍDICO.

El presente medio de control (lesividad) se identifica a nivel doctrinal como la posibilidad legal del Estado y de las demás entidades públicas de acudir ante la jurisdicción Contencioso-administrativa con el propósito de impugnar sus propias decisiones. En el derecho colombiano esta modalidad de instrumento impugnatorio tiene sus fundamentos no sólo en las disposiciones constitucionales que procuran la prevalencia del ordenamiento convencional, constitucional y la sujeción al principio de legalidad (arts. 2º, 4º, 6º, 121, 122, 123 inc. 2.º y 209, entre otros) de la totalidad de actuaciones y decisiones de los servidores públicos, sino también en las normas adjetivas contenidas en el ordenamiento jurídico que habilitan a la Nación y demás entidades públicas para que comparezcan en los procesos contencioso administrativos como demandantes, (artículos 149, 151, 152 , 154 y 155 de la Ley 1437 de 2011).

La configuración de la acción de lesividad se produce en todos los casos en que la Nación o las entidades públicas acudan como demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, especialmente, cuando lo hagan con el fin de impugnar aquellos actos administrativos por ellas producidos. Las normas contenciosas indicadas constituyen un marco genérico que reconoce la posibilidad de que las instituciones públicas actúen como demandantes. La acción de lesividad encaja de manera específica dentro de esta relación normativa; se trata de una fórmula garantística del ordenamiento jurídico en manos de las entidades públicas respecto del control jurisdiccional de sus propias decisiones cuando no ha sido posible que éstas pierdan su fuerza ejecutoria por la vía administrativa no obstante estar viciadas en su convencionalidad, constitucionalidad o legalidad y que puedan causar perjuicio al patrimonio público, los derechos subjetivos públicos o a los derechos e intereses colectivos.

Naturaleza jurídica de la pensión gracia.

La pensión gracia es una prestación especial que aparece regulada desde la Ley 114 de 1913¹, y que fue estatuida en beneficio de: “*Los maestros de Escuelas Primarias*

¹ LEY 114 DE 1913. “*Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.*” “Artículo 1º *Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley. Artículo 15 Ley 91 de*



oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años...” (Art. 1°), término que, conforme a las previsiones del artículo 3° de esta normativa podía contabilizarse “(...) computando servicios prestados en diversas épocas, y se tendrán en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente ley.”, al punto de haberse entonces admitido como válidos, los servicios como maestros de escuelas primarias oficiales prestados en diversas épocas, aún antes de la vigencia de la Ley 114 de 1913.

Por su parte, la Ley 116 de 1928, amplió los beneficios con ciertas limitaciones a la anterior prestación excepcional a otros docentes, de la siguiente manera:

“Artículo 6°. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contemplan la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumaran los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.”

A su vez, la Ley 37 de 1933, consagró la citada prestación en favor de otro grupo de docentes y por otros servicios, así:

“Artículo 3°. Las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la cuantía señalada por las leyes. Hágense extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.”

Posteriormente, la Ley 91 de 1989, en su artículo 15, dispuso que, a partir de la vigencia de la ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vinculara con posterioridad a enero 1° de 1990, se regiría por las siguientes disposiciones:

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

No obstante, la Corte Constitucional, consideró que si bien las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se habían encargado de extender el marco de aplicación de la pensión gracia a todos los maestros del sector oficial sin importar la fuente de su vinculación², el hecho

1989 Artículo 19 Ley 4 de 1992 NOTA: El pago de dicha pensión continuará a cargo de Cajanal y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (parágrafo del artículo 279 Ley 100 de 1993). Ver el Fallo del Consejo de Estado 2106 de 2008.

² Este criterio es reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-915 de noviembre 18 de 1999 MP. Fabio Morón Díaz, la cual, acogiendo los argumentos expuestos en la sentencia C-479 de septiembre 9 de 1998 MP. Carlos Gaviria



de que el reconocimiento de esa prestación quedará supeditado a la exigencia de no recibir otra retribución de la Nación, encontraba claro fundamento, primero, en el principio de libre configuración legislativa, el cual le permite al Congreso de la República fijar los objetivos generales relacionados con el régimen prestacional de los servidores públicos; y segundo, en la razón o causa que inicialmente inspiró la consagración legal de la pensión gracia, cual es, establecer un estímulo o retribución a favor de los maestros del nivel territorial cuyos salarios eran sustancialmente inferiores a los recibidos por los docentes nacionales.

La Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-479 de 19983, respecto a la pensión gracia, así:

"4. La pensión de gracia

En la ley 114 de 1913, materia de impugnación parcial, se crea una "pensión de jubilación vitalicia" para los maestros de escuelas primarias oficiales, que hubiesen servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, equivalente a la mitad del sueldo devengado en los dos últimos años de servicio, o el promedio de los salarios recibidos en caso de que éste hubiese sido variable, siempre y cuando cumpliesen con los requisitos exigidos en el artículo 4 de ese mismo ordenamiento, a saber: 1) haberse conducido con honradez y consagración en los empleos desempeñados; 2) carecer de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres; 3) no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Lo cual no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento; 4) haber observado buena conducta; 5) si es mujer, estar soltera o viuda; 6) haber cumplido cincuenta años, o hallarse en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.

Esta pensión fue concebida como una compensación o retribución en favor de los maestros de primaria del sector oficial que percibían una baja remuneración y, por consiguiente, tenían un poder adquisitivo precario y menor frente a aquellos educadores cuyas prestaciones estaban a cargo de la Nación. En efecto: en la ley 39 de 1903, que rigió la educación durante la mayor parte de este siglo, se estableció que la educación pública primaria estaría a cargo de los departamentos o municipios, y la secundaria de la Nación. En relación con la primera, la competencia de los entes territoriales era amplia pues, además de fijar los programas educativos debían atender con sus propios recursos el pago de los salarios y prestaciones de los empleados de este sector. Si bien en principio, tales atribuciones respondían a un ánimo claro de descentralización administrativa, en la práctica, y en especial para los maestros del orden territorial, tal sistema adolecía de múltiples fallas, pues los departamentos y municipios mostraron una progresiva debilidad financiera, que se reflejó, entre otras cosas, en los bajos salarios que percibían los docentes de ese nivel. El legislador, entonces, consciente de la situación desfavorable de los educadores de primaria oficiales, decidió crear en su favor la mencionada pensión de gracia, para reparar de algún modo la diferenciación existente entre los citados servidores públicos.

No obstante esta finalidad, la presión de algunos movimientos de trabajadores del Estado obligaron a la Nación a ampliar dicho beneficio a todos los docentes del sector oficial, como una forma de reconocer la importante labor que cumplían. Se expidieron entonces, las leyes 116 de 1928 "por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la ley 102 de 1927" y la ley 37 de 1933 "por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados". La primera dispuso en el artículo 6 que "los empleados y profesores de las Escuelas

Díaz, declaró exequible el artículo 3° de la Ley 37 de 1933, que de manera expresa amplió el derecho a la pensión gracia "a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria". En esa oportunidad, también consideró la Corte que el reconocimiento de la pensión gracia quedaba supeditado a la circunstancia de demostrar que no se recibía otra contraprestación de carácter nacional.



Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan"; y la segunda, en el artículo 3, hizo extensiva la pensión de gracia "a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria".

Así pues, tanto los maestros de primaria como los de secundaria del sector oficial, podían acceder a la pensión de gracia, claro está, siempre y cuando reunieran los requisitos exigidos por la Ley.

Posteriormente, se expidió la ley 43 de 1975 "por la cual se nacionaliza la educación primaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones" que acabó con el antiguo régimen de responsabilidades compartidas, en materia de educación, entre la Nación y los departamentos y municipios. En efecto, el artículo 1° de la mencionada ley dispuso que "La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley".

Finalmente, se expidió la ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuyo artículo 15 se estableció lo siguiente: "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado⁴ y el que se vincule con posterioridad al 1o. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

Según los preceptos legales enunciados la pensión de gracia a que alude el artículo 1o. de la ley 114 de 1993, acusado parcialmente, solamente beneficia a los docentes que se hubiesen vinculado al sector público antes del 30 de diciembre de 1980."

Por su parte, a través de la sentencia C-084 de 1999, la Corte Constitucional, sostuvo:

"3.2.1. De la propia evolución histórico- legislativa de la vinculación laboral de los "docentes oficiales", aparece claro que, en razón de la Ley 43 de 1975, tanto la educación primaria como la secundaria oficial constituyen "un servicio a cargo de la Nación", lo que significa que culminado el tránsito entre el régimen anterior y el establecido por dicha ley, el 31 de diciembre de 1980, no subsistió la antigua distinción entre docentes nacionales y territoriales, pues todos pasaron a ser pagados con dineros de la Nación, por conducto de los Fondos Educativos Regionales (FER), girados por concepto del situado Fiscal.

Por ello, con la expedición por el Congreso de la Ley 91 de 1989, en su artículo 15, numeral 2°, literal A, se dispuso que quienes venían vinculados como docentes oficiales hasta el 31 de diciembre de 1980 y por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 y, para entonces "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia", continuarían con ese derecho, para que la misma le fuere reconocida con el lleno de los requisitos legales correspondientes.



De manera pues que, en cuanto a las situaciones jurídicas particulares y concretas, ya constituidas, ellas en nada resultan afectadas por la nueva normatividad.

3.2.2. Así mismo, se observa por la Corte que, antes de la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria oficial decretada por la Ley 43 de 1975 para ser cumplida en un período de cinco años, es decir hasta el 31 de diciembre de 1980, existían dos categorías de docentes oficiales, a saber: los nacionales, vinculados laboralmente de manera directa al Ministerio de Educación Nacional; y los territoriales, vinculados laboralmente a los departamentos, en nada se oponía a la Constitución entonces en vigor, que existiera para éstos últimos la denominada “pensión gracia”, de que trata la Ley 114 de 1913, posteriormente extendida a otros docentes por las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, como tampoco se opone la prolongación de sus efectos en el tiempo para quienes actualmente la disfrutaban, o reunieron los requisitos sustanciales para tener derecho a ella antes del 31 de diciembre de 1980, pues la diversidad del empleador (nación o departamento), permitía, conforme a la Carta, establecer un trato distinto y una excepción al principio general prohibitivo de devengar dos asignaciones del Tesoro Público, situación ésta que resulta igualmente acompañada con la Constitución Política de 1991, pues la norma acusada (artículo 4º, numeral 3º Ley 114 de 1913), en nada vulnera el principio de la igualdad consagrado por el artículo 13 de la Carta Magna, el cual prohíbe dispensar trato diferente y discriminado “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, nada de lo cual ocurre en este caso.”

En conclusión, la pensión gracia es un derecho de carácter especial que tiene vida propia o autonomía frente al régimen pensional ordinario, por su condición de derecho adquirido concedido por el legislador y con el rango de protección constitucional. Por tanto, su reconocimiento es directo e independiente de cualquier otra situación ordinaria.

De la liquidación de la pensión gracia.

Como ya se prefijó en líneas anteriores, la pensión gracia es una prestación especial que se otorgó en virtud de la Ley 114 de 1913, a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 4º por servicios prestados a los Departamentos y a los Municipios y que fue extendida en favor de otros docentes, a través de las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, previo cumplimiento de los requisitos prescritos en la Ley 114 de 1913, incluso al punto de permitirse computar para ella, los años laborados en la enseñanza secundaria y normalista.

Para efectos de su liquidación, debe partirse de la Ley 114 de 1913, que en artículo 2º, señaló que se liquidaba con la mitad del sueldo que hubiere devengado el docente durante los dos últimos años de servicios y en caso de que hubiese variado, se tenía en cuenta su promedio. Empero, a través de la Ley 4ª de 1966, dicho monto y promedio fue modificado como quiera que en su artículo 4º, no se excluyó ninguna pensión de las recibidas por los servidores oficiales y en el Decreto 1743 de 1966, por medio de la cual fue reglamentada la ley antedicha, se previó en su artículo 5º, lo siguiente:

“A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.” Negrita intencional



De acuerdo con lo anterior es claro que las pensiones de régimen especial, como la gracia, se deben liquidar al tenor de lo dispuesto en las normas especiales, esto es, como indica la Ley 4ª de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 del mismo año, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios, entendido como el año anterior a la adquisición o consolidación del derecho, pues ese es el momento a partir del cual empieza a devengarse, por su carácter especial, el cual admite su compatibilidad con el salario, esto es, que para percibirla no es necesario el retiro definitivo del servicio.

En ese orden, la liquidación se hace con base en los factores salariales devengados en el año anterior al momento en que se cumplen los requisitos para acceder a ella, y así lo ha indicado el Consejo de Estado en varias ocasiones, siendo una de ellas, la que a continuación se cita:

“(...) Así mismo se impone reiterar que el reajuste del valor de la pensión gracia se hace sobre los factores devengados en el año inmediatamente anterior al que se causó dicha prestación. Tratándose de esta pensión especial que se adquiere por los servicios docentes, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se adquirió el derecho, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio. No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados del régimen prestacional común, para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo.

La Reliquidación de la pensión en este caso tiene como claro fundamento la fecha en la cual se entra a percibir la prestación; por ello, resulta lógico que se reliquide la pensión que ha sido decretada más no percibida, situación ésta que no se da en el caso de la pensión gracia, pues, se repite, la percepción de ésta es compatible con la del sueldo.”³

Esta posición ha sido reiterada por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sección Segunda, Subsección “B”, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, dentro del expediente con número de radicación 05001233100020120025501 (2189-15).

De la prima de vida cara y su tratamiento jurisprudencial de cara a los derechos adquiridos.

Acerca de la competencia para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados territoriales en símil empleado departamental, nuestro órgano de cierre en la materia ha señalado siguiente:

“A fin de dilucidar el problema jurídico se analizará la competencia para regular el régimen salarial y prestacional de las entidades territoriales en vigencia de la Constitución Política de 1886 y de 1991.

La Constitución Política de 1886 confería al Congreso en su artículo 76, numeral 7° la facultad de “Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A”. providencia del 26 de septiembre de 2012. Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Expediente número: 2376-2011.



dotaciones.”, y en el numeral 3° la de “conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales.” autorización ésta que se reitera en el artículo 187 ibídem, cuando señalaba que “Las Asambleas Departamentales, además de sus atribuciones propias, podrán ejercer otras funciones por autorización del Congreso.”

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, facultó a las Asambleas para fijar “...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”, facultad ratificada por la Ley 4ª de 1913⁴. Luego, el Acto Legislativo No. 1 de 1945, reiteró la autorización para que el Congreso confiriera atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales, y la facultad otorgada por el Acto Legislativo de 1910, para que estas últimas fijaran de manera directa, el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos (Artículo 186 numeral 5 Acto Legislativo 1945).

Teniendo en cuenta lo anterior, las Asambleas Departamentales tenían competencia para fijar los sueldos de sus empleados.

Luego se expidió el Acto Legislativo No. 1 de 1968, que modificó, entre otros, los artículos 765, 1206 y 1877 de la Constitución de 1886, introduciendo dos nuevos conceptos, el de escalas de remuneración y el de emolumentos, el primero, debía ser establecido por el Congreso a nivel nacional; por las Asambleas a nivel departamental; y por los Concejos en el orden local, mientras que el segundo, le correspondía al Presidente de la República y al Gobernador, respectivamente.

Por su parte, en dicha reforma se estableció que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso (ordinal 9 del artículo 76).

Obsérvese cómo, desde la reforma constitucional de 1968, se empezaba a orientar una competencia no sólo individual y excluyente, sino también compartida y concurrente en materia salarial⁸, pues tanto el Presidente de la República, como los Gobernadores, podían fijar los emolumentos de los empleados de sus dependencias, siempre con sujeción a las leyes o normas expedidas por el Congreso y las Asambleas. Veamos las disposiciones que así lo establecían:

“Artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968. El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Congreso hacer las Leyes.
Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;

(...)”

“Artículo 57 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968. El artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas.

(...)

5. Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo.

(...)”

⁴ Artículo 97 ordinal 25. Fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del Tesoro Departamental”.

⁵ Modificado por el Artículo 11, que establece las competencias del Congreso.

⁶ Modificado por el Artículo 41, que fija las competencias del presidente.

⁷ Modificado por el Artículo 57, que consagra las competencias de las Asambleas Departamentales.

⁸ Teniendo en cuenta que el régimen prestacional, como se dijo, correspondía al Congreso de la República.



De esta forma, con la última de las reformas en mención, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados de la entidad departamental cambió ostensiblemente en cuanto se consolidó definitivamente con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991.

Bajo estos parámetros, la competencia para fijar no sólo el régimen de salarios, sino también el de prestaciones sociales de los empleados públicos del orden nacional, departamental y territorial, (éste último que estaba limitado al Congreso), pasó a ser del presidente de la República, según se vislumbra de lo dispuesto en el numeral 19, literales e) y f) del artículo 150 de la Constitución Nacional de 1991, el cual indica:

“Artículo 150 - Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

(...)

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas”.

A la luz de la norma Superior mencionada, el Congreso de la República mediante la Ley 4ª de 1992, estableció las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y en su artículo 12, situó:

“El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional”.

De las normas citadas, es posible concluir que la competencia en materia de prestaciones sociales de los empleados de las entidades territoriales y departamentales se encuentra radicada en cabeza del presidente de la República¹⁰, de conformidad con los parámetros que estableció el legislador en la Ley 4 de 1992.

⁹ Declarada exequible mediante Sentencia C-315 de 19 de julio de 1995, siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales”.

¹⁰ El cual expidió el Decreto 1919 de 2002.



Por su parte, respecto del régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales y departamentales, el artículo 12 ibídem estableció que el Gobierno Nacional señalará el límite máximo de estos servidores, guardando las equivalencias con cargos similares del orden nacional, dicha determinación si bien incide en las facultades de las autoridades del orden territorial y departamental, por ningún motivo las cercena, pues dichas autoridades fijarán las escalas de remuneración, en tratándose de Asambleas y Concejos, y sus emolumentos, por los Gobernadores y Alcaldes.

Visto lo anterior, existe una competencia concurrente para estipular el régimen salarial de las mencionadas entidades, esto es: el Congreso de la República que señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las Asambleas y los Concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, y los Gobernadores y Alcaldes, sus emolumentos, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas y los Concejos, emolumentos que en ningún caso podrán desconocer los topes máximos que para el efecto fijó el Gobierno Nacional.

En consecuencia los artículos 300 numeral 7 y 305 numeral 7 de la Constitución Política consagran la facultad que tienen las Asambleas Departamentales y los Gobernadores, respectivamente, para determinar las escalas de remuneración a los empleos del orden territorial y departamental, atendiendo los topes fijados por el Gobierno Nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

(...)

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

(...)

Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.

De las premisas anteriormente desarrolladas, se dilucida entonces que tal y como lo estableció nuestro órgano de cierre en la materia en sentencia de emitida en la Sección Segunda Subsección “A”. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00351-01(0184-12), se determinó que:



“la competencia para crear o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial no se encuentra radicada en las autoridades y corporaciones territoriales, pues a éstas les está permitido únicamente la determinación de la escala salarial y sus emolumentos dentro de la competencia concurrente que tienen con el Gobierno Nacional y el Congreso de la República”.

Ahora bien, en relación con la pretensión sobre el reconocimiento y pago de la prima de vida cara, nuestro órgano de cierre estableció:

“Las Corporaciones Públicas de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, porque esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, toda vez que así lo disponía expresamente el artículo 76 de la Constitución Política de 1886 y lo señala el 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política de 1991 que hoy nos rige, al igual que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992. Conforme a la normatividad analizada y al criterio jurisprudencial establecido por esta Corporación, el Concejo Municipal de Medellín carecía de competencia para crear emolumentos o factores prestacionales o salariales a favor de los mismos, pues se arrogó facultades, que conforme a la normatividad transcrita, están reservadas al Gobierno Nacional, potestad que éste ejecuta dentro de un marco trazado por el legislador, en este caso inicialmente bajo la potestad del Acto Legislativo de 1968, luego a través de la Constitución de 1991 y finalmente mediante la Ley 4ª de 1992”. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11)”¹¹.

Aunque por parte del H. Consejo de Estado llegó a la anterior conclusión, para el caso que se analiza, habrá de estudiarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodea al mismo. Adicional y específicamente las circunstancias en que se declaró el acto de creación del factor prima de vida cara.

Tampoco puede perderse de vista que la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, a través de la sentencia emitida el 26 de julio de 2012, confirmó la decisión emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de la cual se declaró la nulidad de los artículos 1° y parágrafo, artículo 2° y parágrafo del Acuerdo 028 de 1977, “por el cual se crea una prima de vida cara, se hace un aumento salarial a los empleados municipales y se dictan otras disposiciones prestacionales”; el artículo 3°, numeral b) del Acuerdo 029 de 1978 “Por el cual se hace un aumento salarial a los empleados públicos al servicio del Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones”, y los artículos 1° y 2° del Acuerdo 049 de 1989 “Por medio del cual se deroga y modifica el parágrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo 28 de 1977 y artículo 6 del Acuerdo 29 de 1978”, de manera que dicha decisión hubiere producido efectos en materia de reconocimiento y pago de la prima de vida cara en favor del personal de empleados del nivel territorial, empero se estima necesario aclarar la situación de los derechos consolidados y que fueron reconocidos con anterioridad a la declaratoria de nulidad de los acuerdos en comento, y por ello, es preciso traer a colación el Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del cual, ante la declaratoria de nulidad de una ordenanza por medio de la cual se había creado una prima extralegal, explicó:

¹¹ Frente a decisiones similares ver sentencias proferidas por el Consejo de Estado, bajo los radicados 05001-23-31-000-2005-00076-01 del 17 de marzo de 2011, 05001-23-31-000-2005-01968-01 del 10 de noviembre de 2010, 05001-23-31-000-2001-03423-02 del 12 de agosto de 2010, 05001-23-31-000-2005-02066-01 del 17 de junio de 2010 y 05001-23-31-000-2003-02424-01 del 04 de febrero de 2010.



“(…)

2.3. El efecto de las sentencias de nulidad y la protección de las situaciones particulares.

Ahora bien, la nulidad, a diferencia de la inexecutable tiene, en principio, efectos retroactivos, lo que permitiría pensar que en todo caso sería imposible seguir pagando las primas de antigüedad reconocidas antes de la Sentencia del Tribunal de la Guajira del año 2003, pues los respectivos actos particulares estarían afectados con el mismo vicio de invalidez.

Sin embargo, recuerda la Sala que el Consejo de Estado tiene establecido que la legalidad de los actos administrativos se determina con base en las normas vigentes al momento de su expedición; que son tales normas y no otras las que determinan la validez de la decisión adoptada por el funcionario administrativo (quien está en imposibilidad de anticipar que sus competencias serán objeto de modificación por normas o decisiones judiciales posteriores); y que, en consecuencia, (i) no hay lugar a la “ilegalidad sobreviniente” de los actos administrativos y, por ello, (ii) la nulidad de los actos administrativos de carácter general -como sucede en este caso-, no conlleva la nulidad de los actos administrativos particulares y concretos expedidos mientras aquél produjo efectos:

“Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (desde entonces), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo. En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. **Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada...**” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 21051)

Para la Sala es claro entonces que el principio de intangibilidad de las situaciones consolidadas conforme a derecho (art. 58 C.P) y el reconocimiento de la seguridad jurídica como valor esencial del Estado Social de Derecho, matizan los efectos de la nulidad de los actos administrativos de carácter general¹², el cual se proyecta únicamente sobre los asuntos que se encuentren sin resolver (procedimientos administrativos o judiciales en curso), respetando así aquellas situaciones resueltas y ejecutoriadas.

En este orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto general, legítimos y necesarios en cuanto expresión del principio de legalidad, tienen límite en las situaciones consolidadas a favor de particulares de buena fe (arts. 58 y 83 C.P)¹³,

¹² En general la Corte Constitucional ha advertido sobre la dificultad en la aplicación de los efectos retroactivos de las sentencias, por la tensión que surge entre la efectividad de la Constitución y la restitución del orden jurídico vulnerado, por una parte y los principios de seguridad jurídica y protección de las situaciones consolidadas, por otra, que el operador jurídico debe ponderar en cada caso: “La anterior presentación, aunque elaborada de manera sucinta permite comprender la dificultad que plantea adoptar reglas absolutas para conceder o no efectos retroactivos a las sentencias de inconstitucionalidad, pues la tensión permanente de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica frente a la igualdad, la justicia y en últimas la supremacía material de la Constitución, enfrentan al operador jurídico a la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias específicas a fin de adoptar la decisión que mejor se ajuste a los mandatos Supremos” (Sentencia C-619 de 2003).

¹³ GARCÍA, Luengo Javier, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Civitas, Madrid, 2002. Señala el autor que en los casos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, que se presentan por infracciones graves y evidentes del ordenamiento jurídico, es difícil reclamar una situación de confianza legítima, en la medida que el ciudadano sabe de antemano que está expuesto a la revisión del acto de favor que ha sido expedido; por el contrario cuando no hay tal evidencia de ilegalidad, el principio de protección de la confianza actúa con plena intensidad y podría exigir la inaplicación de los efectos ex tunc de la nulidad. Igualmente Bocanegra Raúl -Lecciones sobre el acto administrativo- Civitas, 2006, p.201), quien advierte que “en los casos en que la eficacia del acto se ha extendido en la Ref: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO **19-13**

Rdo: 2018-504

Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES –UGPP

Demandada: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA



más aún cuando, como en el caso consultado, esa situación particular se refiere a elementos de la relación laboral que tienen una protección constitucional reforzada y exigen una interpretación favorable al trabajador (Arts. 25 y 53 C.P)

Y si bien el Código Contencioso Administrativo establece la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos (artículo 66), entre otras razones, cuando la norma que le ha servido de base ha sido anulada o suspendida por la jurisdicción (decaimiento del acto), dicha figura, tiene límite igualmente en los actos que reconocen situaciones de favor para el ciudadano (art.73 C.C.A), pues lo contrario significaría que la Administración estaría liberada de dar aplicación al artículo 58 de la Constitución y que, por tanto, podría desconocer en sede administrativa la fuerza obligatoria de los derechos adquiridos. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

"En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el "decaimiento" del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo, como tampoco que las situaciones particulares y concretas surgidas al abrigo de una norma que tuvo fundamento en un acto general anulado padezcan una suerte de "decaimiento subsiguiente"¹⁴.

Así, el acto administrativo cumple una función estabilizadora de las relaciones jurídicas, que le permite actuar como instrumento de garantía para el administrado¹⁰, a partir de un principio general de irrevocabilidad de las situaciones particulares y concretas de favor, según establece el artículo 73 del C.C.A¹⁵.

(...)

2.5 Conclusiones sobre las situaciones definidas mientras la Ordenanza 019 de 1981 estuvo vigente.

Ha dicho la jurisprudencia que un derecho se ha adquirido "cuando las premisas descritas en el ordenamiento se cumplen plenamente en cabeza de quien reclama dicho derecho" y que por mandato de la Constitución (artículo 58) estos derechos se encuentran protegidos "pues se trata de una situación jurídica consolidada tras el cumplimiento de ciertos requisitos fácticos, lo que le confiere el carácter de intangible"; que por tal razón, "la retroactividad es inaceptable frente a los derechos adquiridos" y por tanto resulta "inadmisible por la intangibilidad de los mismos."¹⁶

*Por tanto, frente a las nociones de **derecho adquirido** como "una situación jurídica concreta o subjetiva" respecto de la cual "el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona" y de **mera expectativa** como "una situación jurídica abstracta u objetiva" en la que "el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona" (Sentencia C-478 de 1998), para la Sala es claro que la situación planteada por la entidad consultante se enmarca en el primer escenario y no en el segundo, en tanto que aquellas personas a quienes les fue reconocida la prima de antigüedad antes de la declaratoria de nulidad de la ordenanza que la creaba, hicieron que la norma surtiera en ellos todos los efectos derivados de la misma, de manera que constituyen*

tiempo, los efectos de la anulación deben ponderarse, salvo perjuicio de un tercero, teniendo en cuenta las exigencias del principio de protección de la confianza".

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 21051. Por tanto, como también ha dicho esta Corporación, el decaimiento "puede predicarse de los actos de carácter general y de los de carácter particular, en cuanto no se refieran a situaciones concretas pues de estas no podría predicarse decaimiento en el sentido expuesto." CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 23 de febrero de 1990, Rad. 5346, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

¹⁵ En diversas sentencias de inexecutable con efectos retroactivos, es decir, similares a los de la nulidad, la Corte Constitucional ha hecho evidente la necesidad de protección de aquéllas situaciones consolidadas en actos administrativos particulares y concretos de carácter favorable. Puede verse la Sentencia C-030 de 1997, en la que la Corte Constitucional declaró inexecutable con efectos retroactivos diversas normas sobre el ingreso automático a carrera administrativa, pero advirtió que esa decisión no afectaría a quienes antes de ella hubieran obtenido un acto administrativo de inscripción con base en las normas que se retiraban del ordenamiento jurídico. La misma regla jurídica había sido aplicada también en Sentencia C-037 de 1994. Y en Sentencia C-262 de 2001, la Corte negó la inconstitucionalidad de una norma sobre reliquidación de bonos pensionales, en la medida que dicha figura sólo operaba antes de que el acto administrativo estuviera en firme y por tanto de que existiera una situación particular y concreta inmodificable.

¹⁶ Sentencia T-744 de 2007.



situaciones individuales consolidadas de buena fe que resultan inmodificables por la Administración.

En consecuencia y dado que los efectos de la nulidad de los actos generales encuentran límite también en la institución de los derechos adquiridos, la Sala concluye que la Sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira del 6 de marzo de 2003 no afecta las situaciones particulares y concretas nacidas con anterioridad a ella; por tanto, la Administración deberá garantizar la continuidad en su pago.¹⁷

Considera la Sala que una interpretación en contrario que para el caso concreto diera prelación a la legalidad formal del ordenamiento jurídico por encima de la protección de las situaciones consolidadas de los empleados de la entidad territorial, además de alejarse de la normatividad y precedentes jurisprudenciales citados, resultaría contraria a los principios pro operario y de interpretación más favorable en materia laboral, consagrados en el artículo 53 de la Constitución.

(...)

4. Aclaración final

Finalmente, en relación con los reconocimientos efectuados con posterioridad a la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, la Sala se remite a lo dicho en su oportunidad en el concepto cuya aclaración se solicita, en el sentido que tales reconocimientos podrían estar viciados de nulidad por la inexistencia de una norma fuente que los ampare, para lo cual se requerirá declaración judicial si el beneficiario no acepta su revocatoria (art.73 C.C.A), antes de lo cual no podría suspenderse su pago.

Con base en lo anterior, la Sala responde:

1. ¿Las primas reconocidas por la entidad territorial hasta la fecha de expedición de la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, constituyen derechos adquiridos a favor de los funcionarios a quienes se le reconoció?

Respuesta: *Sí, las primas de antigüedad reconocidas antes de la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981 constituyen situaciones consolidadas a favor de sus titulares, que deben ser respetadas por la Administración de conformidad con los artículos 53, 58 y 85 de la Constitución Política.*

2. Si el derecho al pago de la prima reconocida por la Ordenanza 019 de 1981 constituyera un derecho adquirido, ¿qué efectos genera el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de la Guajira el 6 de marzo de 2003 respecto de los funcionarios beneficiarios de dicha prima? ¿Tienen derecho a que se les continúe pagando dicha prima?

Respuesta: *La sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira del 6 de marzo de 2003 no afecta las situaciones particulares y concretas consolidadas antes de ella. Por tanto, los beneficiarios de primas de antigüedad reconocidas con anterioridad a esa sentencia, tienen derecho a que ese pago se siga realizando...¹⁸*

En forma más reciente, la Sala de Consulta y Servicio Civil, respecto de los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos con base en los cuales se hubieren reconocido derechos, sostuvo:

“(...) B. Los efectos en el tiempo de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos

¹⁷ Como se expresó en extenso, tales situaciones se encuentran protegidas por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, por lo que *“ni la ley ni las autoridades administrativas o judiciales pueden modificar situaciones jurídicas que se han consolidado conforme a leyes anteriores”* (Sentencia C-314 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra”).

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Noviembre 13 de 2008. Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Radicación No. 1.878 -ACLARACIÓN. Número Único: 11001-03-06-000-2008-00009-00.

Ref: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Rdo: 2018-504

Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES –UGPP

Demandada: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA



Por regla general la anulación de actos administrativos tiene efectos ex tunc, es decir desde el momento en que se profirió el acto anulado por la jurisdicción, lo que implica predicar que el acto no existió ni produjo efectos jurídicos.

Bien lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado al decir:

“Esta Corporación ha precisado en reiterados pronunciamientos que la nulidad de un acto administrativo declarada por la vía jurisdiccional implica el reconocimiento de que desde su expedición estaba viciado. Razón por la cual, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, es decir, que desaparece el velo de su aparente legalidad, desde el momento mismo de su emisión, lo que hace que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su expedición, no teniendo vocación de generar ningún efecto jurídico...”

No obstante, precisa la Sala, al retrotraerse las cosas al estado anterior a la expedición del acto, solo se afectarán aquellas situaciones no consolidadas o las que al tiempo de producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas.

Pese a que generalmente los efectos de los fallos de nulidad de los actos administrativos son retroactivos, existen excepciones legales y jurisprudenciales a dicha regla:

El artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 dispone que, cuando el Consejo de Estado se pronuncia en sede de nulidad por inconstitucionalidad sobre los decretos dictados por el Gobierno Nacional, los efectos de la sentencia son hacia el futuro.

En la misma vía, el legislador ha establecido que cuando se anula un acto administrativo relacionado con servicios públicos (Ley 142 de 1994, artículo 38) o se declara la nulidad del acto de inscripción y calificación en el registro único de proponentes (Ley 1150 del 2007 modificada por el Decreto 19 de 2012, artículo 6), los efectos del fallo son también ex nunc, hacia el futuro.

En el ámbito jurisprudencial se encuentra que la Sección Quinta del Consejo de Estado⁴ ha sostenido que en algunos casos es necesario modular en el tiempo los efectos de los fallos de nulidad.

Es de anotar que en el libro titulado “Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana” se cita la decisión del 11 de mayo del 2004 adoptada por la Asamblea de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado francés en la que se manifestó la necesidad de acudir a la modulación temporal de los efectos en sede de nulidad de los actos administrativos:

“(…) la nulidad de un acto administrativo implica, en principio, que el acto se reputa no haber existido jamás. Sin embargo, si el efecto retroactivo de la nulidad puede generar consecuencias manifiestamente excesivas, en razón de los efectos que este acto pudo producir y, de las situaciones que pudieron constituirse durante su vigencia, si es de interés general mantener temporalmente sus efectos, puede el juez administrativo (...) decidir una limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad (...) como una excepción al principio del efecto retroactivo de las anulaciones (...) y decidir que todo o una parte de los efectos anteriores del acto se deberán considerar como definitivos e, incluso, que la anulación será efectiva en una fecha posterior que el juez determine.”

(...)

Respecto de los efectos específicos de la sentencia, esta Sala en concepto 1878 ACL del 13 de noviembre de 2008 se pronunció en los siguientes términos:

“2.3. El efecto de las sentencias de nulidad y la protección de las situaciones particulares.

Ahora bien, la nulidad, a diferencia de la inexecutable tiene, en principio, efectos retroactivos, lo que permitiría pensar que en todo caso sería imposible seguir pagando las primas de antigüedad reconocidas antes de la Sentencia del Tribunal de la Guajira del año 2003, pues los respectivos actos particulares estarían afectados con el mismo vicio de invalidez.

Sin embargo, recuerda la Sala que el Consejo de Estado tiene establecido que la legalidad de los actos administrativos se determina con base en las normas vigentes al momento de su expedición; que son tales normas y no otras las que determinan la validez de la decisión adoptada por el funcionario administrativo (quien está en imposibilidad de anticipar que sus competencias serán objeto de modificación por normas o decisiones judiciales posteriores⁶); y que, en consecuencia, (i) no hay lugar a la “ilegalidad sobreviniente” de los actos administrativos y, por ello, (ii) la nulidad de los actos administrativos de carácter general -como sucede en este caso-, no conlleva



la nulidad de los actos administrativos particulares y concretos expedidos mientras aquél produjo efectos:

“Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos *ex tunc* (‘desde entonces’), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo. En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas (sic) entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada...” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 21051).

Para la Sala es claro entonces que el principio de intangibilidad de las situaciones consolidadas conforme a derecho (art. 58 C.P) y el reconocimiento de la seguridad jurídica como valor esencial del Estado Social de Derecho, matizan los efectos de la nulidad de los actos administrativos de carácter general⁸, el cual se proyecta únicamente sobre los asuntos que se encuentren sin resolver (procedimientos administrativos o judiciales en curso), respetando así aquéllas situaciones resueltas y ejecutoriadas.

En este orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto general, legítimos y necesarios en cuanto expresión del principio de legalidad, tienen límite en las situaciones consolidadas a favor de particulares de buena fe (arts. 58 y 83 C.P)⁹, más aún cuando, como en el caso consultado, esa situación particular se refiere a elementos de la relación laboral que tienen una protección constitucional reforzada y exigen una interpretación favorable al trabajador (Arts. 25 y 53 C.P)

(...)

Ahora bien, dado que las primas de antigüedad forman parte del salario de sus beneficiarios y que en principio tal incorporación se debe considerar ajustada a la ley, estima la Sala que para su pago deben aplicarse las reglas antes señaladas, las cuales no se modifican en el caso concreto por el hecho de la anulación posterior de la Ordenanza 019 de 1981, cuyos efectos retroactivos, como se explicó, no afectaron las situaciones válidamente definidas con anterioridad a ello.

Tales consideraciones permitieron a la Sala concluir que “la sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira del 6 de marzo de 2003 no afecta las situaciones particulares y concretas consolidadas antes de ella. Por tanto, los beneficiarios de primas de antigüedad reconocidas con anterioridad a esa sentencia, tienen derecho a que ese pago se siga realizando.”

(...)

Es preciso anotar que en ese concepto se efectuó el análisis bajo un supuesto muy especial consistente en que inicialmente el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 1992 encontró que la Ordenanza 019 de 1981 se adoptó conforme al régimen constitucional y legal de competencias vigente al momento de su expedición - Constitución de 1886 -, habida cuenta de que para ese momento las entidades territoriales tenían la facultad de regular los salarios de sus servidores, y que, posteriormente, el 6 de marzo de 2003, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira declaró la nulidad de la misma ordenanza por falta de competencia a la luz de la Constitución de 1991 y la Ley 4 de 1992...”¹⁹

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 05 de junio de 2014. Consejero ponente: GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR. Rad. No. 11001-03-06-000-2013-00544-00. Número interno: 2195.



En consecuencia, puede asentirse válidamente que la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de carácter general con base en los cuales se reconocieron derechos prestacionales, encuentra sus límites en los derechos consolidados a favor de los particulares de buena fe, relacionados con situaciones de índole laboral que gozan de protección constitucional reforzada y exigen una interpretación favorable al trabajador, conforme lo indican los artículos 53, 58 y 85 de la Constitución Política.

D. DESARROLLO DEL PROBLEMA Y CASO CONCRETO:

Se demanda la nulidad de la Resolución No. 07266 del 20 de marzo de 2007, mediante la cual se reconoció la pensión gracia, a favor de MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, con la inclusión del factor salarial de prima de vida cara entre otros, factor respecto del cual ya se ha sostenido ampliamente su carácter extralegal en virtud de que su creación estuvo dada por Ordenanzas emitidas por la Asamblea Departamental, con total despojo de competencia.

En efecto, conforme a las pruebas obrantes en el plenario, se pudo colegir que a través de la Resolución No. 07266 el 20 de marzo de 2007, expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social, a través de la cual accedió a la solicitud con fecha 14 de junio de 2006, y en consecuencia la entidad reconoció la pensión gracia de MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada; efectiva a partir del 3 de febrero de 2006 (folio 128 vto -129).

MARIA LIGIA SANCHEZ MORA adquirió el status de pensionada, el 3 de febrero de 2006, de tal manera que se liquidó la pensión con el equivalente al 75% de su salario básico por el promedio de \$835.890.72, según Resolución 07266 del 20 de marzo de 2007 (folio 128 vot-129), incluyendo todos los factores salariales de asignación básica,

Ahora bien, el Honorable Tribunal Administrativo De Antioquia Sala Segunda De Decisión, Magistrada Ponente (E): Martha Cecilia Madrid Roldán Medellín, en sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil once (2011) dispuso: *"PRIMERO: SE DECLARA LA NULIDAD del artículo 1 y parágrafo, artículo 2 y parágrafo del acuerdo Número 28 de diciembre de 1977 Por el cual se crea una prima de vida cara, se hace un aumento salarial a los empleados municipales y se dictan otras disposiciones prestacionales": así mismo se declara la nulidad del artículo 3 literal b del Acuerdo Municipal No. 29 de diciembre 15 de 1978, "Por el cual se hace un aumento salarial a los empleados públicos al servicio del Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones" y finalmente se declara la nulidad de los artículos 1 y 2 del Acuerdo No. 49 de noviembre 22 de 1989, "Por medio del cual se deroga y modifica el parágrafo 1 del artículo 1 del acuerdo 28 de 1977 y artículo 6 del acuerdo 29 de 1978", Actos administrativos expedidos por el Concejo Municipal de Medellín..."* por lo que se colige entonces que, las sentencias de Nulidad de los ACTOS ADMINISTRATIVOS de carácter GENERAL, son de efecto inmediato, vinculante y definitivo, pero no pueden afectar situaciones jurídicas consolidadas, como este caso, donde la docente tiene la PRIMA DE VIDA CARA incluida en su pensión y este fallo no puede afectar el derecho adquirido, el cual es una situación jurídica consolidada.

Es decir, los efectos de esa anulación que en principio se entienden retroactivo, debe modularse frente a situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de normas que en su

Ref: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 24-13
Rdo: 2018-504
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES –UGPP
Demandada: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA



momento, tuvieron presunción de legalidad como en efecto acontece con los referidos acuerdos, en tanto, cuando fueron expedidos los acuerdos por medio de los cuales se creó la prima de vida cara en favor de los empleados del orden municipal, incluido el personal docente, el concejo municipal contaba con competencia para hacerlo y así lo ha entendido el Consejo de Estado al afirmar que tales actos no perdieron su vigencia con la nueva Constitución, ni con la Ley 4ª de 1992, en la medida que en su momento, fueron expedidos con base en normas que atribuían esa facultad a las entidades departamentales y el nuevo marco constitucional y legal no derogó la normatividad anterior, pues se limitó a cambiar las competencias para la modificación o regulación a futuro de los factores salariales de los empleados departamentales.

En ese sentido, conviene recordar lo que el mismo órgano límite de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sostenido en relación con los derechos adquiridos, especialmente en caso como el debatido en la presente Litis, en los que ha señalado que a pesar de no tratarse de un derecho que surge con base en una norma legal o constitucional de cara a la anulación de la que fue objeto, se le puede dar dicha connotación, en punto a que fueron situaciones consolidadas con base en normas o actos administrativos de carácter general que tuvieron vigencia hasta tanto no fueron declaradas nulas, de tal manera que no puede asentirse en una ilegalidad sobreviniente de los actos como consecuencia de la variación de una competencia de las autoridades, que fue lo que en este caso aconteció.

En palabras del Honorable Consejo de Estado, la nulidad de un acto administrativo general, si bien produce efectos *ex tunc* (desde entonces), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado, por lo que las cosas deberían retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, ello no supone la afectación de situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo, es decir, sólo las situaciones no definidas, son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, o bien porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria.

Al aplicar lo anterior al *sub lite*, en efecto, se evidencia por esta falladora que la Resolución No. 07266 del 20 de marzo de 2007, mediante la cual se reconoció la pensión gracia, a favor de MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, dicha pensión surgió con antelación a la fecha en que fueron emitidas la sentencia de primera y segunda instancia por medio de las cuales se declaró la nulidad de los ACUERDOS 028/77-029/78-049/89 DEL CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLÍN (20 de mayo de 2011 y 26 de julio de 2012) a través de los cuales había surgido la prima de vida cara como factor salarial en favor de los empleados del orden municipal, de manera tal que el derecho a incluir dentro de la base de liquidación de la pensión gracia percibida por la demandada, la prima de vida cara, ya estaba consolidada para ese entonces, y en base a ello es que surgió el acto administrativo que hoy la entidad actora acusa de nulidad, pues no fue otra la razón para ordenarse la reliquidación en dicho acto administrativo en cita.

Al tenor de la intangibilidad de las situaciones consolidadas conforme a derecho y según los postulados del artículo 58 Superior, es que válidamente puede admitirse que en este evento, se está en frente de un procedimiento administrativo resuelto, como fue precisamente aquel que surgió como consecuencia de la petición del reconocimiento de la pensión gracia, el 14 de junio de 2006 (folio 129 vto), del cual emanó la Resolución No. 07266 del 20 de marzo de 2007 que dispuso la reliquidación pensional en favor de

Ref: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 25-13
Rdo: 2018-504
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES –UGPP
Demandada: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA



MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, derecho que si bien tuvo su causa en la normatividad vigente para la fecha en que se configuró su status pensional, unos actos administrativos posteriormente anulados, no puede verse afectada por tal decisión, en la medida en que la anulación de las Ordenanzas tiene como límite las situaciones consolidadas a favor de particulares de buena fe relacionadas con materias constitucionalmente protegidas.

Aunque en materia de derechos adquiridos se ha dispuesto que debe tratarse de premisas en las que se cumplan los postulados legales y evidenciándose que en la reliquidación pensional efectuada en el *sub examine* para el año 2007, se ratificó el factor salarial de carácter extralegal -Prima de vida cara-, por lo cual no se puede desconocer que MARIA LIGIA SANCHEZ MORA para el día en que fue emitida la Resolución No. 02766, es decir, el 20 de marzo de 2007, había consolidado su derecho con todos los factores salariales, con prelación de legalidad formal ante el ordenamiento jurídico y anteponerla de frente a la protección situaciones consolidadas de los empleados de la entidad departamental, como en efecto, aconteció en este caso, además de vulnerar los principios *pro operario* y de interpretación más favorable en materia laboral, consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

Bajo ese entendido, esta Juez encuentra que, como el reconocimiento a la pensión gracia otorgada en favor de MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, surgió con antelación a la declaratoria de nulidad de los Acuerdos que dieron vida a la prima de vida cara, porque comporta un derecho adquirido por ello es que debe ser respetado por la administración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53, 58 y 85 de la Constitución Política y los Acuerdos anulados no pueden hacerse extensivos a dicha prestación y con base en ello, no podrá declararse la nulidad de las resoluciones acusadas.

Diferente acontece con aquellas situaciones que hubieren estado pendiente de decisión, bien fuera administrativa o judicial, para cuando se produjo la anulación de los ACUERDOS 028/77-029/78-049/89 DEL CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLÍN, pues para este tipo de situaciones, sí es dable aplicar los efectos anulatorios de las disposiciones por medio de las cuales se creó la prima de vida cara.

Conforme a lo anterior y a la jurisprudencia que regula la pensión gracia y los derechos adquiridos, es claro para esta falladora que la decisión precedente en este particular es la denegación de las súplicas de la demanda propuestas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, contra MARIA LIGIA SANCHEZ MORA, toda vez que no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado a través del cual se reconoció la pensión gracia, es decir, la Resolución No. 07266 del 20 de marzo de 2007 tal y como fue analizado.

En relación con la pretensión de condenar a MARIA LIGIA SANCHEZ MORA a restituir a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, las sumas de dinero correspondientes a los valores cancelados en exceso, desde la fecha en que se hizo efectiva, hasta cuando se realice el pago efectivo, el Despacho negará la misma, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

En lo que concierne a este aspecto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 164 numeral 1º literal c) prevé: “(...) no habrá

Ref: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 26-13
Rdo: 2018-504
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE LA GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES –UGPP
Demandada: MARIA LIGIA SANCHEZ MORA



lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, artículo que debe leerse en consonancia con el artículo 83 Constitucional que indica: “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Lo anterior, por cuanto la buena fe es uno de los principios generales del derecho y gobierna las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, bajo el anterior precepto, nuestro órgano de cierre constitucional en la sentencia C-131 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas, manifestó lo siguiente:

“En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico”

Como conclusión de la anterior normatividad y jurisprudencia en cita, podemos colegir entonces que, en la jurisdicción contencioso administrativo si bien el Estado tiene la facultad de solicitar la nulidad de los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas, el legislador impone un límite, consistente en que no puede recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; por lo que le corresponde al Estado probar que el beneficiario de la pensión actuó de mala fe al solicitar el reconocimiento o la reliquidación pensional, situación que no aconteció en el presente caso.

Por lo que se reitera que la buena fe se presume en la actuación de los particulares ante las autoridades, por tanto, debe desvirtuarse y la UGPP no acreditó que la señora Mariela de Jesús al solicitar la reliquidación de la pensión gracia no obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino que por el contrario acudió a la entidad con maniobras engañosas o documentos falsos, para inducir en error a la administración y a las autoridades judiciales.

8. De las costas.

Se condenará en costas a la entidad demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 365 del Código General del proceso. En razón de ello, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$250.000).

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



FALLA:

PRIMERO: Negar, las pretensiones de la demanda por las razones dadas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas a la entidad demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 365 del Código General del proceso. Debido a ello, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$250.000).

TERCERO: Notifíquese esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A, advirtiéndole que conforme al *Acuerdo PCSJA20-11549 07/05/2020 "Por medio del cual se prorroga la suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor"*; los términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

**OMAIRA ARBOLEDA RODRÍGUEZ
JUEZ**