



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
EXPEDIENTE No.	70-001-23-33-000-2013-00064-00
DEMANDANTE:	UGPP
DEMANDADO:	EDILBERTO DE LA ESPRIELLA ESTRADA
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE, hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP–, contra el señor EDILBERTO DE LA ESPRIELLA ESTRADA.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA.

La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE, hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP–, por conducto de apoderado judicial formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución No. 47422 del 15 de septiembre de 2006, expedida por CAJANAL en cumplimiento de fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga – Magdalena, y mediante la cual se reconoció la pensión gracia al señor EDILBERTO DE LA ESPRIELLA ESTRADA.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene al demandante al reintegro a favor de CAJANAL (hoy UGPP), del valor total que le hubiese sido cancelado por concepto de mesadas pensionales,

retroactivos, incrementos y demás conceptos derivados del reconocimiento pensional.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** de la demanda se expresó que:

El señor EDILBERTO DE LA ESPRIELLA ESTRADA prestó sus servicios desde el 11 de agosto de 1977 hasta el 26 de diciembre de 1979 como Profesor de la Escuela de Bellas Artes del Municipio de Corozal; posteriormente es trasladado a la Escuela de Bellas Artes del Municipio de Sincelejo desde el 27 de diciembre de 1979 a la fecha de expedición del certificado.

El señor EDILBERTO DE LA ESPRIELLA ESTRADA solicitó el día 30 de mayo de 2000 ante CAJANAL el reconocimiento de la pensión gracia, la cual le fue negada mediante Resolución No. 29484 del 30 de noviembre de 2000. Contra dicho acto se interpuso recurso de reposición y apelación, siendo confirmada mediante Resolución No. 9019 del 18 de abril de 2001 y 4619 del 3 de julio de 2002.

Como resultado de una acción de tutela interpuesta por el señor EDILBERTO DE LA ESPRIELLA ESTRADA, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga – Magdalena dispuso tutelar el derecho al debido proceso e igualdad del antes mencionado, y ordenó a CAJANAL reconocer la pensión gracia, orden que es acatada mediante la Resolución No. 47422 del 15 de septiembre de 2006, mediante la cual se reconoce la pensión gracia al señor EDILBERTO DE LA ESPRIELLA ESTRADA, en cuantía de \$468.079.22, efectiva a partir del 24 de febrero de 2000.

La Resolución No. 47422 del 15 de septiembre de 2006 fue expedida con base en tiempos de servicios prestados por el demandado como docente en una institución de educación no formal, hoy EDUCACIÓN PARA EL TRABAJO Y EL DESARROLLO HUMANO.

Como normas violadas y concepto de violación se expone que se vulneraron los artículos: 25, 128, de la Constitución Política; y las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, igualmente el artículo 15 numeral 2 de la ley 91 de 1989, y las leyes 33 y 62 de 1985.

Indica que, con la expedición del acto acusado se violó flagrantemente el artículo 25 constitucional que prescribe: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del*

estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas", pues es visible que el reconocimiento de la pensión gracia de jubilación se reconoció sin apego a lo señalado en la ley, por tanto no es viable en estricto sentido jurídico.

Análogamente, asegura que, se violaron las disposiciones contenidas en la Ley 114 de 1993 y el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989, pues la norma es clara en indicar cuáles serán los beneficiarios de la Pensión Gracia y los requisitos que estos debían cumplir para hacerse acreedor de la prestación social.

Refiere que, en sentencias tales como lo son la C-479 del 9 de septiembre de 1998, en la cual se demandó la inconstitucionalidad del artículo 4 y el numeral 3 de la Ley 114 de 1913, expresó: *"esta pensión (Gracia) fue concebida como una compensación o retribución a favor de los maestros de primaria del sector oficial que percibían una baja remuneración y, por consiguiente un poder adquisitivo precario y menor frente aquellos educadores cuyas prestaciones estaban a cargo de la nación"*. Agrega que, también se indicó en dicha sentencia, sobre la incompatibilidad para reconocer pensión Gracia a los decentes Nacionales y docentes Nacionalizados, esto de acuerdo a la interpretación que en las sentencias hizo la Corte Constitucional en cuanto al hecho de no recibir dos asignaciones provenientes del tesoro nacional, en cuanto que los docentes nacionales tienen el derecho a recibir una pensión denominada Pensión de Derecho, y al permitírseles recibir la pensión Gracia estarían recibiendo doble asignación por parte del estado.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 18 de marzo de 2013 (Folio 21), se rechazó mediante providencia del 21 de marzo de 2013 (Fol. 220 a 226), la que fue revocada mediante auto del 25 de junio de 2015 (Fol. 308 a 311), siendo admitida el 29 de septiembre de 2015 (Folio 53), siendo notificada personalmente el 9 de diciembre de 2015 (Folio 330). La demanda fue contestada oportunamente el día 16 de diciembre de 2015 (Folio 333 a 336). La audiencia inicial se efectuó el 11 de abril de 2016 (Folio 356 a 358). Los días 4 y 31 de mayo y 15 de noviembre de 2016 se llevó a cabo audiencia de pruebas, incorporándose las documentales decretadas en desarrollo de la audiencia inicial, asimismo, se declaró precluida la etapa probatoria y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones se ordenó presentar alegatos por escrito de conformidad con el artículo 181 de la ley 1437 de 2011.

1.2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

De la parte demandante (Folio 423 a 426). En su memorial de alegatos, el apoderado de la entidad demandante reitera lo expuesto en el escrito de demanda. Indicó además que los tiempos prestados en el establecimiento educativo NO FORMAL, no aplican para el cómputo del requisito del tiempo que exige la Ley 114 de 1913 y demás normas concordantes para determinar la procedencia del derecho.

De la parte demandada. El demandado no alegó de conclusión.

Concepto del Ministerio Público. El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no conceptuó de fondo.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal, es competente para conocer en **primera instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 152 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

De conformidad con los antecedentes, la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, corresponde en esta instancia al Tribunal resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿Tienen derecho a la pensión gracia, los docentes que hayan prestado sus servicios en instituciones de educación no formal?

En caso de una respuesta negativa, entrará a determinarse ¿Cuáles son los requisitos para ordenar la devolución de las prestaciones periódicas pagadas en ejecución de un acto administrativo que se declara nulo? ¿Es aplicable la presunción de buena fe cuándo quién obtiene lucro lo hace a través de acciones reprochables?

Para solucionar a estos interrogantes, es necesario que la Corporación entre a estudiar los siguientes temas: i) La pensión gracia en general y los docentes nacionales, ii) Condiciones para ordenar la devolución de las prestaciones periódicas pagadas en ejecución de un acto administrativo declarado nulo, iii) La

presunción del principio de buena fe en las actuaciones jurídico administrativas tendientes a obtener pensión gracia, iv) El caso concreto.

2.3 LA PENSIÓN GRACIA EN GENERAL Y LOS DOCENTES NACIONALES.

La Ley 114 de 1913, otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4, una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, siempre que comprueben *“que no reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional”*. Posteriormente, con la expedición de las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se hizo extensiva esta prerrogativa a otros empleos docentes, al consagrar la posibilidad de computar para tal efecto los años laborados en la enseñanza secundaria, normalista o como inspectores de instrucción pública, pero en establecimientos educativos departamentales o municipales, interpretación que surge de la causa que inicialmente motivó la consagración legal de este beneficio y de la prohibición de recibir dos pensiones nacionales¹, que como consecuencia de ello se estipuló en la Ley 114 de 1913 como requisito, exigencia que es reiterada en la Ley 116 citada, en su artículo 6 señaló que tal beneficio se concretaría *“... en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan ...”*, lo que supone el cumplimiento de los requisitos consagrados en el numeral cuarto de esta Ley.

Sobre los alcances de la Ley 37 de 1933, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado² al precisar que la referida ley lo que hizo simplemente fue extender a los maestros de establecimientos de enseñanza secundaria la pensión aludida, pero sin cambio alguno de requisitos.

Por otro lado, la Ley 91 de 1989, en el artículo 15 numeral 2 literal A, estableció la vigencia de la pensión gracia, en los siguientes términos:

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

Sobre la interpretación de dicha ley se presentaron algunas discrepancias en la jurisprudencia, hasta que el CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso

¹ Sentencia C-479 de 1998. Corte Constitucional.

² Sentencia de 16 de junio de 1995. Exp. 10665. C.P. Dra. Clara Forero de Castro.

Administrativo, Sala Plena, en sentencia del 27 de agosto de 1997, definió con claridad el ámbito de aplicación de esta norma frente a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1993. La Sala cita el siguiente aparte de la mencionada providencia:

"3. El artículo 15 No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989 establece:

"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."

4. La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes **departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización**. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de **su compatibilidad "con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación", hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera "... otra pensión o recompensa de carácter nacional"**.

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la "pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año", que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No. 2, artículo 15 ib.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. **También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino**, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de estar vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia...siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos". Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley."³. (Negrilla fuera de texto)

Con lo anterior, el Consejo de Estado precisa, la conclusión de dicho beneficio (pensión gracia) para los docentes nacionalizados vinculados a partir del 31 de diciembre de 1980, como también que, la excepción que en cuanto a la pensión

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de agosto de 1997, expediente S-699, Actor: Wilberto Therán Mogollón. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

gracia permite la compatibilidad en el pago de dos pensiones de carácter nacional (pensión gracia y pensión ordinaria de jubilación) en virtud de la Ley 91 de 1989, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975, quienes deberán reunir los demás requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913.

Por lo anterior, es claro concluir que los docentes que posean el carácter de nacionales, no tiene derecho a la prestación aquí discutida por expresa disposición legal.

2.4 CONDICIONES PARA ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS PRESTACIONES PERIÓDICAS PAGADAS EN EJECUCIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO

El artículo 164 del CPACA, al regular el régimen de caducidad de las acciones iniciadas en contra de los actos administrativos que reconocen o niegan prestaciones periódicas, consagra como regla general, la imposibilidad de recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. Por lo anterior, de la norma en comento, se puede inferir que es posible obtener la recuperación de las prestaciones pagadas de mala fe.

Así las cosas, de la interpretación de la norma ya mencionada se pueden extractar los siguientes requisitos para obtener la devolución de lo pagado:

- En primer lugar, es necesario que el acto administrativo que otorga la prestación deba ser anulado y la pretensión de devolución sería una forma de restablecimiento del derecho vulnerado por el acto ilegal. Lo anterior, si bien no se desprende de forma directa de la norma, se puede entender, dado que si el acto es legal, el mismo debe ser ejecutado. Contrario, si es menester anularlo, sus efectos de ejecutoriedad y ejecutividad decaen desde el mismo momento en que fue expedido⁴.

⁴ En este punto, aclara la Sala que frente a los efectos *ex nunc* de la anulación de los actos administrativos, este Tribunal se ha pronunciado en varias oportunidades, interpretando que efectivamente la anulación de un acto debe entenderse desde el mismo momento de su expedición. Ver entre otras: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL. MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS.

- Sentencia del 30 de agosto 2013, MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2013-00011-00. DEMANDANTE: RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ. DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
- Sentencia del 7 de febrero de 2014. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2013-00142-00. DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO FORERO GARCÍA. DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL.
- Sentencia del 10 de abril 2014, MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2013-00217-00. DEMANDANTE: BLAS RAFAEL ROMERO HERNÁNDEZ. DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

- La norma en estudio, deja a salvo los derechos que hayan sido materializados a favor de la persona interesada en el acto administrativo y que ingresen al patrimonio del mismo, es decir, a título de ejemplo, la pensión efectivamente pagada entra en el patrimonio del interesado y se consolida en el mismo hasta que el acto administrativo se anule.
- La anterior regla posee como excepción la mala fe de quien obtuvo el derecho reconocido en el acto administrativo anulado. Se aclara que la mala fe debe ser demostrada por la entidad demandante que pretende la devolución de los dineros pagados en ejecución del acto que se anula, pues por norma constitucional, la buena fe se presume (artículo 83 de la C.P.).

Como corolario de lo expuesto, advierte la Sala que, para ordenar la devolución de los dineros, previa anulación del acto, es menester que quien eleve dicha pretensión, en primer lugar, demuestre haber realizado el pago de lo que se reclama, y por otra parte, haber probado la mala fe de la persona beneficiaria del pago, para lo cual existirá libertad probatoria, es decir, deberá haberse decretado, practicado e incorporado pruebas de las que el juzgador pueda inferir de manera razonable que el mismo actuó de mala fe en la obtención del derecho que materializa el acto que posteriormente es anulado, es decir, no puede inferirse la mala fe de la sola ilegalidad del acto administrativo.

En apoyo de lo anterior, la jurisprudencia sobre el tema señaló, que si bien hace alusión a las normas procesales anteriores (Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984) poseen relevancia en la interpretación de las normas actuales, por tener una redacción y contenido similar:

“Al respecto debe recordar la Sala que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política, las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual **se presume** en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante estas. Por su parte, el artículo 136 del C.C.A., al establecer la posibilidad de que los actos que reconocen prestaciones periódicas puedan demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los administrados, es claro en señalar que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”⁵

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUB SECCIÓN “A”. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 10 de octubre de 2013. Radicación número: 08001-23-31-000-2004-02147-01(1809-09). Actor: CECILIA ISABEL PEREIRA EBRATH y OTRO. Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

2.5 LA PRESUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LAS ACTUACIONES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS TENDIENTES A OBTENER PENSIÓN GRACIA

La Constitución Política Colombiana en su artículo 83, esboza de forma genérica el principio de la buena fe y la presunción que sobre ésta se alude; ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia que la buena fe en las actuaciones de los particulares se traduce en la convicción que tiene la persona de estar actuando en lo que se considera correcto y la vocación de honestidad y legalidad que le imprime a cada procedimiento por él realizado.

Así entonces, independientemente que la norma constitucional contemple la presunción de buena fe, esta en ningún caso es absoluta, no solo porque admite prueba en contrario, sino también porque se encuentra limitada por otros principios de mismo rango constitucional como la prevalencia del interés general, la vigencia de un orden justo y el desarrollo de la función administrativa; en tratándose de plurimentado principio respecto de las actuaciones jurídico administrativas tendientes a obtener la pensión gracia, el Consejo de Estado, en un caso análogo al discutido, expone consideraciones que la Sala ha de transliterar por lo pertinente de su contenido:

“Si bien es cierto, como lo que se pretende desvirtuar en el sub lite es la buena fe con que actuó la actora dentro de las actuaciones jurídico administrativas que permitieron el reconocimiento de la pensión gracia, no podemos considerar que únicamente el apoderado y el juez fueron quienes participaron de las irregularidades señaladas, pues la persona que finalmente se benefició y lucró de la errónea decisión judicial fue, entre otros la demandada quien debió entender cuando fue incluida en nómina que, a través de una acción de tutela, interpuesta en el Municipio de Ciénega se había accedido a su pretensión de reconocimiento pensional, pese a su condición de docente nacional. Por ello, es viable aceptar que la actuación de la señora Melo Melo no se rigió por el principio de la buena fe, que como ya se dijo no es un postulado absoluto, sino que tiene límites demarcados por principios de igual categoría constitucional, como la prevalencia del interés general, la vigencia de un orden justo y el desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía. Además, como ya quedó dicho el mismo principio no puede analizarse de manera aislada sino en armonía con el máximo ordenamiento constitucional precisamente por cuanto cumple una función esencial en la interpretación jurídica. Entonces, si la línea de aplicación del inciso 2° del numeral 2° del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, por parte de ésta Corporación, ha obedecido en mayor medida a salvaguardar a los particulares que en marco de la buena fe han percibido prestaciones periódicas como consecuencia de decisiones tomadas de manera errónea por la administración, por la convicción del ciudadano en que el acto emanado está sujeto a legalidad; empero, no puede tener cabida en este caso tal previsión normativa pues es evidente, como lo consideró la Corte Constitucional en el caso análogo, que se dieron una serie de dudosas actuaciones de tipo global para obtener el reconocimiento de la pensión gracia, cuya final destinataria fue la actora. En consecuencia, no puede aceptarse que se aplique en el

sub lite tal beneficio jurídico cuando se ha obtenido lucro a través de una acción reprochable.”⁶

Por lo que precede, se tiene que en el evento en que quien solicita el reconocimiento de pensión gracia, y se hace de ella con la realización de actuaciones objeto de algún reparo, por la dudosa legalidad o moralidad de las mismas, la buena fe deja de presumirse y en estos casos cuando se ha lucrado con una prestación económica originaria del reconocimiento vertido en un acto administrativo anulado por ilegal, ha replanteado el Consejo de Estado su postura, y sanciona al beneficiario con la orden de devolución de los dineros pagados y la obvia suspensión del pago de mesadas futuras. Esta posición expuesta, es asumida por este Tribunal y ratifica posiciones que en contrario haya podido asumir en procesos análogos al presente.

De este modo, aunque la carga de la prueba de la mala fe recae sobre la entidad demandante, no se requiere que de manera expresa evoque elementos probatorios inclinados a desvirtuar dicha presunción, pues si dentro de las pruebas decretadas, practicadas e incorporadas en el expediente se avizoran aquellas actuaciones que permiten establecer por parte del operador judicial acciones realizadas por el demandado dignas de reproche, entonces se entenderá así deslegitimado dicha prerrogativa y por tanto deberá considerarse la posibilidad de devolver los emolumentos pagados.

Basten las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales para analizar:

2.6 CASO CONCRETO.

Dentro del *sub lite*, tenemos como hechos probados relevantes para determinar el derecho a la pensión gracia otorgada a la demandada, los siguientes:

- El señor EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA nació el día 24 de febrero de 1950, por lo que a la fecha cuenta con más de 66 años de edad (Fol. 35).
- El demandante prestó sus servicios como profesor de tiempo completo en la ESCUELA DE BELLAS ARTES del municipio de Corozal, Sucre, desde el **11 de agosto de 1977** y hasta el **26 de diciembre de 1979**, nombrado mediante Decreto No. 504 de 1977 (Fol. 36, 338, 339 y 344).

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Sentencia del 1 de septiembre de 2014, Radicación 25000-23-25-000-2011-00609-02(3130-13), M. P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

- El señor EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA fue trasladado para la ESCUELA DE BELLAS ARTES DE SINCELEJO, donde laboró desde el **27 de diciembre de 1979** y hasta el **10 de julio de 2002**, conforme con el Decreto No. 1439 de 1979 (Fol. 36, 340, 342 y 344).
- Con posterioridad, el docente EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA fue trasladado junto con su plaza al INSTITUTO NACIONAL SIMÓN ARAUJO del Municipio de Sincelejo, conforme se dispuso en Decreto No. 1050 de 2002, tomando posesión el día 11 de julio de 2002 (Fol. 341, 342 y 344).
- El día 30 de marzo de 2000, el señor EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA solicitó ante CAJANAL el reconocimiento de la pensión gracia, la cual le fue negada mediante Resolución No. 29484 del 30 de noviembre de 2000, contra la cual interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, los que fueron resueltos a través de las Resoluciones No. 9019 del 18 de abril de 2001 y 4619 del 3 de julio de 2002, confirmando la Resolución No. 29484 del 30 de noviembre de 2000 (Fol. 34, 44 a 46, 51 a 54, 61 a 65 y 77 a 84).
- Mediante sentencia de tutela de fecha 7 de abril de 2006 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga, Magdalena, con ocasión de la acción interpuesta por EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA y otros, se tuteló el derecho al debido proceso e igualdad del antes mencionado y consecuentemente se ordenó a CAJANAL dictar el acto administrativo reconociendo la pensión gracia (Fol. 107 y 134).
- En acatamiento de la orden proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga, Magdalena, CAJANAL EICE profirió la Resolución No. 47422 del 15 de septiembre de 2006 mediante la cual reconoció la pensión gracia a EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA, efectiva desde el 24 de febrero de 2000 y en cuantía de \$468.079.22 (Fol. 145 a 150).

Así las cosas, entra esta Sala a analizar la legalidad de acto administrativo objeto de demanda, encontrando que el beneficiario del acto administrativo demandado sí cumple con los requisitos que la ley exige para hacerse acreedor de la prestación social que se discute.

En efecto, de las pruebas aportadas al plenario se advierte que el señor EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA prestó los siguientes servicios:

Institución	Desde	Hasta	Tiempo de S.
Escuela de Bellas Artes de Corozal	11/08/1977	26/12/1979	2.38 años
Escuela de Bellas Artes de Sincelejo	27/12/1979	10/07/2002	22.53 años
I.E. Simón Araujo	11/07/2002	07/03/2005 ⁷	2.65 años
Total			27.56 años

Hasta aquí tenemos que, el señor EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA prestó sus servicios docentes por más de 20 años, y en la actualidad cuenta con más de 60 años de edad, cumpliendo con los requisitos exigidos por las normas que regulan la prestación demandada. Máxime que su vinculación docente data de antes del 31 de diciembre de 1980.

Ahora bien, el problema jurídico se contrae en determinar si es posible tener en cuenta los tiempos de servicios prestados por el demandado, frente a lo cual esta Corporación considera que sí es posible contabilizar tales tiempos de servicio.

En lo que respecta a la labor prestada en la Escuela de Bellas Artes del Municipio de Corozal y Sincelejo, la entidad demandante manifiesta que dicho tiempo de servicio no puede ser tenido en cuenta en la medida en que se trata de instituciones de educación no formal, no obstante, esta Corporación considera que ello no es óbice para contabilizar el tiempo de servicio, dado que el demandado prestó una labor docente, además, se trata de instituciones de educación de carácter territorial.

Frente a situaciones análogas, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha considerado:

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

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

Artículo 3 del Decreto 128 de 1977:

“ARTÍCULO 3o. Para efectos del presente Estatuto, **se denomina docencia toda actividad de enseñanza formal y no formal**, realizada con sujeción a las

⁷ Corresponde a la fecha de expedición del certificado visible a folio 344 del expediente.

normas del sistema educativo nacional. La docencia puede ser ejercida por profesionales de la docencia o por quienes, sin serlo, reúnan los requisitos que se establecen en el presente Estatuto.”

Artículo 2 del Decreto 2277 de 1979:

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

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

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

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

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

En otra oportunidad, al analizarse el reconocimiento de la pensión gracia a un docente a quien se le negó por presuntamente laborar en una institución educativa no formal para adultos, dijo el Consejo de Estado:

“De lo anterior se deduce que la educación para adultos, ya sea formal, **no formal o informal hace parte del servicio público educativo**, por lo que **los educadores oficiales que prestan allí sus servicios en sus diferentes niveles o modalidades (alfabetización, educación básica, educación media. etc., incluyendo los cargos relativos a funciones distintas a la estrictamente educativa, según voces del inciso segundo del artículo 2º del comentado Decreto 2277 de 1979) están cobijados enteramente por el Estatuto Docente**⁸.

Descendiendo al caso en examen, y de acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de Personal del Instituto Tecnológico Metropolitano, en dicho ente educativo

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03755-01(8533-05).ACTOR: EDUARDO GUTIERREZ NUÑEZ. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

se imparte educación formal, lo que desvirtúa el argumento expuesto en la resolución que negó el reconocimiento pensional del actor, al sustentar su decisión en que el docente laboró en una institución educativa de educación no formal.

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

Con sustento en lo anterior se reitera que los tiempos de servicio prestados por docentes en instituciones educativas no formales, como es la Escuela de Bellas Artes de Sincelejo, sí pueden ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión gracia de que trata la Ley 114 de 1913 y demás normas concordantes, lo que desestima por completo el argumento expuesto por la entidad demandante.

Bastan las anteriores consideraciones para desestimar las pretensiones de la demanda, en atención a que el tiempo de servicio prestado por el señor EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA en la Escuela de Bellas Artes del Municipio de Corozal y la Escuela de Bellas Artes del Municipio de Sincelejo, son suficientes para el reconocimiento pensional.

En conclusión, el señor EDILBERTO JOSÉ DE LA ESPRIELLA ESTRADA sí cumple con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión gracia de que tratan las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

1.3. CONDENA EN COSTAS.

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C. G. del P., se condena en costas a la entidad demandante, al no haberle prosperado sus pretensiones, y a favor de la parte demandada. En firme la presente providencia, realícese por secretaría la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

2. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: CONDÉNESE en costas a la parte demandante y a favor de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente, previa anotación en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 006.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA