



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"**

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicado No.: 68001-23-33-000-2013-00270-03 (3869-2014).
Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-.
Demandada: MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS.
Asunto: Pensión gracia. Ley 1437 de 2011.

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la tercera interesada contra la sentencia de 26 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda presentada por la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –en adelante UGPP- contra la Resolución No. 47572 del 15 de septiembre de 2006 proferida por CAJANAL que reconoció la pensión gracia a MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES¹

La UGPP, sucesora de la liquidada Caja de Previsión Social – CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control

¹ Folios 380 y 381 del expediente.

consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad de la Resolución No. 47572 del 15 de septiembre de 2006 proferida por CAJANAL, mediante la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela de fecha 7 de abril de 2006 proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga Magdalena, que ordenó el reconocimiento de una pensión gracia a la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, la demandante requirió que se ordenara a la vinculada devolver los dineros recibidos por concepto del reconocimiento de la pensión gracia desde el 27 de marzo de 2001, hasta cuando se verifique la efectiva devolución de los mismos.

Además pidió la indexación de dichos valores y la condena en costas a la tercera interesada.

HECHOS²

La señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS laboró como docente, con una vinculación nacional, desde el 14 de mayo de 1973 hasta el 11 de junio de 2001, es decir, no cumple con el requisito de los 20 años de servicio dispuestos por la Ley para acceder a la pensión gracia.

CAJANAL a través de la Resolución No. 05666 del 5 de abril de 2002 negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS, por no cumplir con los 20 años de servicio en la docencia del orden departamental, municipal o distrital.

Contra la decisión anterior, la interesada interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto por CAJANAL, mediante la Resolución No. 0714 del 5 de febrero de 2004, que confirmó en su integridad el contenido del acto recurrido.

En razón a lo expuesto, la señora BURGOS CASTELLANOS **y otros**, presentaron acción de tutela en contra de CAJANAL con el propósito de lograr el reconocimiento y pago de la prestación social referida.

² Folios 381 y 382 del expediente.

El 7 de abril de 2006, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga - Magdalena, decidió amparar los derechos fundamentales de los accionantes y en consecuencia, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión gracia, entre otros, a la señora MYRIAM VICENTA BURGOS, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la providencia.

La decisión no fue objeto de impugnación, motivo por el cual CAJANAL, mediante Resolución No. 47572 de fecha 15 de septiembre de 2006 dio cumplimiento a la orden judicial impartida.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

La demandante señaló como normas violadas y motivos de inconformidad los siguientes:

La Ley 114 de 1913, Ley 116 de 1928, Ley 37 de 1933 y la Ley 91 de 1989.

Al explicar el concepto de violación en la demanda el apoderado de la parte actora sostuvo que el acto administrativo demandado contraviene la ley, dado que la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS no cumple con los requisitos para acceder a la pensión gracia establecidos en la Ley 114 de 1913 y demás normas vigentes.

En ese orden de ideas, afirmó que la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS laboró como docente con vinculación nacional durante el periodo comprendido entre el 14 de mayo de 1973 al 11 de junio de 2001, tiempo que no puede tenerse en cuenta para obtener el derecho al reconocimiento de la prestación.

Así las cosas, destacó que los llamados a ser beneficiarios de la pensión gracia son los “[...] docentes de las escuelas primarias oficiales, empleados y profesores de las escuelas normales; inspectores de instrucción pública y finalmente, docentes que prestaran sus servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, pero del orden Distrital, Municipal o Departamental, siendo consecuente y acorde con la normatividad aludida no es viable tener en cuenta los tiempos de servicios como docente del orden nacional aportados por la demandada para acceder a dicha prestación, en atención a lo

³ Folios 382 a 391 del expediente.

anterior no era procedente acceder al reconocimiento realizado en cumplimiento de un fallo de tutela.”⁴

En consecuencia, reiteró que no es posible reconocer la pensión gracia a los docentes nacionales y tampoco computar el tiempo de servicio como docente nacional con el tiempo de servicio prestado a nivel municipal, departamental o distrital, para cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

El apoderado de la tercera interesada solicitó negar las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Propuso como excepciones previas las siguientes: i) ineptitud sustantiva de la demanda, ii) cosa juzgada y iii) falta de jurisdicción y competencia.

Además, formuló como excepciones de fondo las que denominó: i) violación de la Constitución y de los derechos fundamentales a la demandada por parte del demandante al rehusarse a cumplir la orden judicial, ii) imposibilidad de control judicial del acto administrativo, iii) desconocimiento del precedente judicial, iv) inepta demanda, v) cobro de lo no debido, vi) buena fe de la demandada, vii) “innominada”.

Señaló que no es procedente acceder a lo pretendido en la demanda puesto que el acto administrativo demandado es legal y que frente a su legalidad se pronunció un juez de tutela.

Alegó que “la afirmación según la cual, para la pensión gracia solo se pueden tener en cuenta tiempos departamentales, municipales o distritales; o por otra vía, que no se pueden tener en cuenta tiempos nacionales no se puede sostener en un marco histórico legislativo, pues con una interpretación teleológica de las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 interpretadas en el marco de la ley 39 de 1903, debe concluirse que el legislador extendió la pensión gracia a los docentes con tiempos de servicio nacionales.”⁶

⁴ Folios 389 a 390 del expediente.

⁵ Folios 420 a 438 del expediente.

⁶ Reverso folio 434 del expediente.

En desarrollo de lo anterior, sostuvo que la tercera interesada cumplió con los requisitos exigidos por la ley para acceder al reconocimiento de la pensión gracia, e invocó la aplicación del principio de buena fe en su favor.

LA SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 26 de junio de 2014, decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Como resultado del análisis normativo y jurisprudencial frente a la procedencia de del reconocimiento de la pensión gracia y previa observancia de las pruebas obrantes en el expediente, el Tribunal evidenció que la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS prestó sus servicios como docente con una vinculación nacional para el Departamento de Santander.

En ese sentido, la Corporación resaltó que la vinculada no cumplió con los 20 años de servicio exigidos por la ley, razón por la que no le asiste el derecho a ser beneficiaria de la prestación.

En desarrollo de lo expuesto, destacó que no es procedente computar el tiempo de servicio que la tercera interesada prestó en calidad de docente nacional para satisfacer el tiempo de servicio requerido, además indicó que la jurisprudencia ha señalado en varias oportunidades que el docente nacional no es beneficiario de la pensión gracia.

Así las cosas, resolvió el Tribunal que, la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS, no reunió los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión gracia, por tanto declaró la nulidad del acto administrativo demandado y resaltó que el fallo de tutela que reconoció la pensión gracia no surte efecto alguno.

Por otro lado, consideró que no era oportuno ordenar la devolución de los dineros percibidos por la vinculada, pues no se demostró que haya actuado de mala fe.

⁷ Folios 525 a 531 del expediente.

LA APELACIÓN⁸.

Contra la decisión anterior, el apoderado de la tercera interesada interpuso recurso de apelación y solicitó que se revocara el fallo de primera instancia.

Al respecto, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y aclaró los fundamentos jurídicos de las excepciones propuestas.

Insistió en señalar que operó la figura de cosa juzgada con relación al fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga Magdalena que ordenó el reconocimiento de la pensión gracia a la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS. En consecuencia, sostuvo que la decisión recurrida quebranta los postulados del Estado Social de Derecho.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

- El apoderado judicial de la UGPP⁹ ratificó los argumentos expuestos en la demanda y manifestó que la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS no es acreedora de la pensión gracia, por no reunir los requisitos que exige la Ley.

En ese sentido, expresó que dada la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela debió concederse como mecanismo transitorio, por tanto estimó que el fallo de tutela que ordenó reconocer la pensión gracia a la vinculada tuvo un sustento ilegal, motivo por el cual la decisión debe ser revisada por el juez competente.

Y solicitó que se condenara a la accionada a pagar los dineros que recibió en razón a la prestación ilegalmente concedida.

En desarrollo de lo expuesto, pidió que se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones del medio de control.

- El apoderado de la tercera interesada, no se pronunció.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

⁸ Folios 534 a 546 del expediente.

⁹ Folios 583 a 599 del expediente.

El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir previas las siguientes consideraciones.

Problema jurídico.

Le corresponde a esta Sala de Subsección determinar si la señora MYRIAM VICENTA BURGOS cumple los requisitos establecidos por la Ley para el reconocimiento de la pensión gracia, referidos principalmente a los tiempos de servicio acreditados y la calidad de vinculación que ostentó.

A fin de resolver este problema jurídico, la Sala de decisión analizará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

Pensión gracia.

En principio, la Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4º, 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”.

Dicha 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 cuyos salarios y prestaciones estaban a cargo de la Nación, situación causada por la debilidad financiera de los departamentos y municipios para atender las obligaciones salariales y prestacionales que les fueron asignadas por virtud de la Ley 39 de 1903 que rigió la educación durante la mayor parte del siglo. En consecuencia, un maestro de primaria puede recibir simultáneamente pensión de jubilación departamental y nacional con base en la Ley 114 de 1913, pero en ningún caso dos pensiones de índole nacional.

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

Con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando y asumiendo financieramente los departamentos y municipios, redefiniéndose entonces la educación oficial como un servicio público a cargo de la Nación.

Dicho proceso de nacionalización se llevó a cabo de manera progresiva entre el 1° de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980, quedando perfeccionado desde tal fecha. Lo que implicó además, que los costos salariales y prestacionales del cuerpo docente territorial fueran asumidos completamente por la Nación a partir del 31 de diciembre de 1980 pues de ello se trataba, lo que elevaría a los docentes territoriales a un plano de igualdad salarial y prestacional respecto de los docentes nacionales, que conduciría por ende a la desaparición de las precarias condiciones económicas que justificaban la previsión legal de la pensión gracia y su otorgamiento, una vez perfeccionado tal proceso.

Así, con ocasión del proceso de nacionalización en comento y la posterior centralización en el manejo de las obligaciones prestacionales del personal docente nacional y nacionalizado, se expidió la Ley 91 de 1989 a través de la que el Legislador no solo creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y reguló la forma en que serían asumidas las cargas prestacionales del personal docente luego de la nacionalización, sino que además buscó amparar la expectativa que en cuanto a pensión gracia ostentaban todos aquellos docentes que siendo territoriales (es decir, sujetos de su otorgamiento conforme a la finalidad con la que se previó inicialmente dicha prestación gratuita) quedaron inmersos dentro de la mencionada nacionalización a 31 de diciembre de 1980, fecha en la que culminó el mencionado proceso, y se consagró un régimen de transición para éstos que les permitiera mantener dicho beneficio hasta la consolidación de su derecho protegiendo dicha expectativa frente al coyuntural cambio que implicaba la extinción del derecho a la pensión gracia, y se precisó además, que para los demás docentes, es decir los vinculados con posterioridad a tal fecha, tan sólo se reconocería la pensión ordinaria de jubilación.

Ahora, en cuanto a la correcta interpretación del contenido de la Ley 91 de 1989, la Sala Plena Contenciosa en sentencia de 27 de agosto de 1997 definió su ámbito de aplicación frente al extinto derecho a la pensión gracia y los docentes que gozaban de una expectativa válida en cuanto a la misma con ocasión del mencionado proceso de nacionalización, en virtud del cual en principio la perderían, por lo que precisó con toda claridad el alcance del régimen de transición que ésta contenía, en el sentido de:

“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 vinculados 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”.

Lo anterior permite concretar: i) la inexistencia de derecho alguno a la pensión gracia para los docentes nacionales, como quiera que no fueron sujetos de su creación o previsión legal; ii) la vigencia del derecho a la pensión gracia para aquellos docentes territoriales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, siempre y cuando reúnan la totalidad de requisitos consagrados en la Ley para tal efecto; iii) la conclusión de dicho beneficio para los docentes territoriales o nacionalizados vinculados por primera vez a partir del 31 de diciembre de 1980; como también, iv) la excepción en cuanto a la pensión gracia que 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, que es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975, quienes deberán reunir en todo caso los demás requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913 para hacer efectivo dicho beneficio.

Ahora, a fin de determinar en cada caso la clase de vinculación que ostenta el personal docente que aspira a acceder a la pensión gracia, la Ley 91 de 1989, en su artículo 1°, definió quiénes son docentes nacionales, y quiénes ostentan vinculación nacionalizada y territorial, así:

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

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, particularmente en el artículo 10°.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10° de la Ley 43 de 1975.

Del principio de la buena fe y la devolución de prestaciones periódicas en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional,

el principio de buena fe exige a los particulares y a las autoridades públicas enmarcar sus actuaciones a una conducta honesta, leal y conforme con los comportamientos que podrían esperarse de una “*persona correcta (vir bonus)*”¹⁰.

En ese orden de ideas, la buena fe supone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”¹¹

En este sentido y acorde con el artículo 83 de la Constitución Política, este principio implica que (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario.¹²

Es decir, este principio no es absoluto, tiene límites en principios de igual categoría constitucional, como lo son: 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, entre otros¹³.

En la Ley 1437 de 2011 y específicamente sobre la devolución de dineros pagados a particulares, el literal c del numeral 1 de su artículo 164, dispone:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

[...]

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

[...]”

En los términos anteriores, esta norma incorporó una presunción legal que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar

¹⁰ Ver sentencia T-475 de 1992. Corte Constitucional.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Ver Sentencia C-071 de 2004

¹³ Ver sentencia de la Sección Segunda, Subsección “B”, con ponencia del Consejero Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de 8 de mayo de 2008, dentro del proceso radicado con el No. 0949- 2006.

que el peticionario actuó de mala fe.

Se concluye entonces, que en cada caso, el juez deberá analizar las condiciones particulares del asunto, los argumentos de la parte y las pruebas a fin de resolver si se desvirtúa la presunción legal dispuesta en el artículo referido, de modo que sea viable la devolución de las prestaciones pagadas cuando el particular que las recibió actuó de mala fe.

Caso concreto.

Incumplimiento del tiempo de servicio para acceder a la pensión gracia.

Bajo las anteriores precisiones normativas, se procede a examinar las pruebas obrantes en el expediente a fin de verificar si a la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por cumplir con los requisitos legales, concretamente frente a los tiempos de servicios acreditados y la calidad de vinculación que ostenta.

En ese sentido, sobre los tiempos de servicios docentes prestados por la tercera interesada, observa la Sala de Subsección que obra en el expediente certificado expedido el 11 de junio de 2001, por la Secretaria de Educación de la Gobernación de Santander, en el que consta que la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS “[...] presta sus servicios en el nivel básica secundaria, como Nacional en forma continua. [...]”¹⁴, desde el 16 de junio de 1973.

De dicho documento la Sala de Decisión advierte que la vinculada laboró como **docente nacional** en el Departamento de Santander desde el 16 de junio de 1973 hasta el 11 de junio de 2001, fecha en que se expidió la certificación referida.

Ahora bien, se dijo en párrafos anteriores que el requisito para acceder a la pensión gracia es, entre otros, cumplir 20 años de servicios docentes con vinculación territorial o nacionalizada.

Este requisito no se cumplió en el *caso sub examine* pues, como se evidenció en la prueba mencionada, la tercera interesada laboró por más de 20 años al servicio docente pero con una vinculación de carácter nacional.

¹⁴ Folio 360 del expediente.

En otros términos, no se acreditó, en el curso del proceso, que la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS prestara sus servicios docentes con vinculación territorial y nacionalizada como lo exige la Ley, de modo que, sin necesidad de mayores consideraciones, la sentencia apelada será confirmada en este punto.

Devolución de los dineros pagados recibidos de mala fe al obtenerlos por irregularidades.

El Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia impugnada decidió negar la pretensión de la demandante, referida a la devolución de los dineros pagados a la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS, pues consideró que no existe prueba de que esta haya actuado de mala fe.¹⁵

Al respecto, esta Sala de Subsección está en desacuerdo con la posición del *a quo*, pues obran en el expediente documentos que conducen a una convicción diferente en cuanto pueden acreditar la mala fe de la tercera interesada al recibir los dineros pagados por una prestación ilegalmente reconocida.

Constan en el proceso las siguientes pruebas:

- Resolución No. 05666 de 2002 proferida por CAJANAL mediante la cual niega la pensión gracia solicitada por la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS.¹⁶
- Recurso de apelación contra la decisión anterior, interpuesto por el apoderado de la señora BURGOS CASTELLANOS.¹⁷
- Resolución No. 0714 de 2004 mediante la cual CAJANAL resuelve el recurso de apelación anterior y decide confirmar en todas sus partes el acto administrativo impugnada.¹⁸
- Fallo de fecha **7 de abril de 2006**, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga Magdalena, a través del cual, concede el amparo

¹⁵ Ver folio 580 del expediente.

¹⁶ Folios 30 a 35 del expediente.

¹⁷ Folios 37 a 41 del expediente.

¹⁸ Folios 44 a 46 del expediente.

solicitado por la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS y ordena el reconocimiento y pago de la pensión gracia a su favor.¹⁹

- Resolución No. 47572 de 15 de septiembre de 2006, a través de la cual CAJANAL da cumplimiento al fallo de tutela referido y reconoce pensión gracia a favor de la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS.²⁰
- Sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala de Subsección, de fecha **27 de septiembre de 2007**, que confirmó la providencia del Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho propuestas por la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS en contra de la Resolución No. 05666 de 2002, que negó el reconocimiento de la pensión gracia solicitada y la Resolución No. 0714 de 2004 que confirmó esta decisión.²¹
- Acción de tutela presentada por el apoderado de la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS, ante los jueces administrativos de Bogotá, mediante la cual solicitó la inclusión en la nómina de CAJANAL a efectos que se dé cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga Magdalena que le reconoció la pensión gracia.²²
- Sentencia de fecha 22 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado 22 Administrativo del Circuito de Bogotá, que declaró improcedente la tutela presentada por la señora MYRIAM BURGOS CASTELLANOS en contra de CAJANAL y negó la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, esto es, al debido proceso, a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, derecho a una vida digna, garantía de los derechos adquiridos y derecho a la igualdad.²³

¹⁹ Folios 59 a 86 del expediente.

²⁰ Folios 92 a 96 del expediente.

²¹ Folios 158 a 168 del expediente.

²² Folios 258 a 274 del expediente.

²³ Folios 279 a 310 del expediente.

En esta providencia, aquel funcionario señaló que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga Magdalena, incurrió en una vía de hecho. Así lo indicó:

“Congruentes con la realidad fáctica y probatoria, que identifica esta acción, es necesario concluir lo siguiente: (i) No se demostró la enrostrada vía de hecho en la que incurre CAJANAL, pues que si el fallo de tutela del juez laboral es abiertamente inconstitucional e ilegal, como con holgura se ha demostrado, del mismo no se puede generar derecho alguno, salvo que nos atengamos a un simple formalismo, huérfano de elementales principios éticos, en los que baste con decir que existe cosa juzgada y por tanto la judicatura de hoy debe cerrar sus ojos y honrar la labor del cuestionado juez laboral y cohonstar el vergonzante latrocinio contra los recursos públicos, y, (ii) la presente acción de tutela no cumple el requisito de inmediatez. En contraste es evidente la vía de hecho judicial conscientemente consumada por el juez laboral, porque: (iii) el mencionado juzgado laboral descartó la vulneración del invocado derecho al mínimo vital, y no obstante a ello, ordena el reconocimiento y el pago de la prestación, (iv) el juez laboral, sin expresar razón alguna, inaplicó la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, que permite el reconocimiento excepcional de pensiones por vía de tutela en la modalidad de mecanismo transitorio de protección, solo cuando este acreditada la violación al mínimo vital, (v) a pesar de que el juez laboral razona sobre el principio de subsidiariedad, propio de la tutela, y reconoce que para el control de legalidad de los actos denegatorios de la pensión gracia, existe la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho, -optó sin saberse cuáles móviles inconfesables- a conceder la tutela como mecanismo directo de protección y no como mecanismo transitorio burlando así el expreso mandato contenido en los artículos 86 superior (inciso 3) y 8 del Decreto-Ley 2591 de 1991, (vi) porque el juez laboral desconoció de plano las sucesivas leyes y los decretos reglamentarios que regulan la mencionada pensión gracia, como prestación exclusiva de los llamados docentes territoriales y no de los nacionales, (vii) porque el juez laboral inaplicó los pacíficos y reiterados precedentes del Consejo de Estado en los que se señala que la pensión gracia es una prestación de la que están excluidos los llamados docente nacionales [...]”²⁴

- Providencia de fecha de 16 de julio de 2012, proferida por la Sección Cuarta, Subsección “A” del Tribunal de Cundinamarca, que resolvió el recurso de apelación presentado por el apoderado de la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS en contra de la decisión judicial anterior.

El Tribunal decidió revocar la decisión apelada y en su lugar amparar el derecho de petición de la actora, en el sentido de ordenar a CAJANAL que

²⁴ Folios 308 a 309 del expediente.

informe las razones por las cuales no ha sido incluida en nómina. Respecto a los demás derechos decide negar las pretensiones.²⁵

De estas pruebas, la Sala de Subsección advierte en primer lugar que el acto administrativo aquí demandado no fue producto de un error de la administración sino que se expidió en cumplimiento de la orden de tutela proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Ciénaga dentro del proceso constitucional identificado con el número de radicado 006-2006.

Además, se evidencia que en el momento en que se profirió ese fallo de tutela -7 de abril de 2006-, se encontraba en curso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS en contra de los actos administrativos de CAJANAL que negaron el reconocimiento de la pensión gracia.

Este último proceso, culminó con la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2007, proferida por esta Sala de Subsección, que decidió confirmar la providencia del Tribunal Administrativo de Santander en el sentido de negar las pretensiones de la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS.

Es decir, la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS no esperó que terminara el proceso contencioso administrativo –el 27 de septiembre de 2007- sino que interpuso, durante su trámite, acción de tutela ante el Juzgado Primero Laboral de Ciénaga para que le reconociera la pensión gracia, sin que se advirtiera una violación inminente de sus derechos fundamentales que justifique tal actuación.

En otros términos, obvió la decisión del juez competente, esto es, el contencioso administrativo y continuó sus actuaciones con fundamento en la sentencia del juez de tutela, como se advierte en la nueva acción constitucional que interpuso para que se incluyera en la nómina de CAJANAL.

Es por los anteriores hechos probados en el expediente que se pone en entredicho la buena fe en el actuar de la vinculada, su apoderado en el proceso de

²⁵ Folios 313 a 328 del expediente.

tutela ANTONIO JOSÉ WILCHES MERCADO²⁶ y el Juez Primero Laboral del Circuito de Ciénaga Magdalena CARLOS IGUARAN SALA.

Así lo consideró esta Sala de Subsección en un caso similar al que aquí se estudia en el que la UGPP demandó a una de las accionantes del proceso de tutela que fue fallado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga, que dio lugar al reconocimiento de la pensión gracia de la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS y de 140 personas más- en el que fue enfática en afirmar:

“ [...]”

*Es así por cuanto en el sub lite a través de sentencia de **7 de abril de 2006** (fls. 102 y s.s. del Cdo. Ppl.) el **Juez Primero Laboral del Circuito de Ciénaga - Magdalena-**, dentro de **la acción radicada con el No. 0063-06**, tuteló los derechos al debido proceso y a la igualdad de los allí accionantes y como consecuencia de ello ordenó reconocer de manera definitiva la pensión gracia a más de **140 personas**, entre ellos la demandada, para cuyo caso sólo acreditó 20 años de servicios docentes **con vinculación nacional, situación que difiere ostensiblemente de la clara línea jurisprudencial de ésta Corporación y de la Corte Constitucional²⁷ sobre el tema.***

Como consecuencia de ello, CAJANAL profirió la Resolución No. 47427 de 15 de septiembre de 2006 (fls. 140 y ss del Cdo. Ppal) que reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia a favor de la señora Luz Mery Melo Melo, efectiva a partir del 24 de junio de 2000.

*Para este caso, nos demuestra el plenario que la demandada nació el 24 de junio de 1950 (fl. 25 C.1) con lo que se verificaría el cumplimiento de los 50 años de edad cuando elevó la petición de reconocimiento el 28 de noviembre de 2001 (fl. 19 y ss C.1). Sin embargo, era claro que se trataba de una docente del orden **nacional**, nombrada desde el 1° de abril de 1977 en el Liceo Nacional Femenino de Zipaquirá, como lo indica la certificación de tiempo de servicios expedida por el Asesor de la División de Desarrollo de Personal Docente de la Secretaría de Educación de Cundinamarca (fl. 26 C.1).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial no dejaba pensar que la señora Melo Melo pudiera tener derecho a la pensión reclamada de acuerdo al tipo de vinculación laboral ostentada, como se extrae de providencia de la Subsección “B”, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, de 21 de abril de 2005 Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02349-01(991-04), Actor: José Fernando Gómez Blandón y de la misma sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1998.

Idéntica posición jurisprudencial sobre el tema, referente al no acceso a tal prestación con vinculación nacional se mantuvo en posteriores pronunciamientos, como se aprecia en sentencias de 12 de mayo de 2014, dentro del proceso radicado No. 68001 23 31 000 2007 00605 01 (1631-13), y de 23 de abril de 2009, Subsección “A”, Sección Segunda del Consejo de Estado, Número de radicación:

²⁶ Ver folio 55 del expediente.

²⁷ Ver sentencia C-479 de 1998.

25000-23-25-000-2005-08503-01(1848-08), ambas providencias de éste ponente; además, en sentencia proferida el 26 de marzo de 2009 por la Subsección “B”, Sección Segunda del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Número de Radicación: 25000-23-25-000-2006-05328-01(1166-08).

Además, valga indicar que **ningún cambio jurisprudencial significativo se dio en posteriores pronunciamientos que pudieran llevar al convencimiento de que era probable acceder a la pensión gracia acreditando vinculación docente del orden nacional.**

De lo expuesto hasta acá, **queda claro que a la señora Melo Melo no le asistía derecho a la pensión gracia al no reunir los requisitos exigidos por las normas que consagran tal pensión y por el tratamiento jurisprudencial que se había prodigado al tema.**

Pese a lo anterior, y luego de haberse producido la negativa de la entidad (en los años 2001 y 2004) se presentó de tutela con el fin de acceder a la pensión gracia, proceso que fue instaurado en el Municipio de Ciénega, cuando es evidente que la actora no prestó sus servicios en el mismo, ni en el Departamento del Magdalena. Además los actos previos por los cuales se le negó el reconocimiento pensional por parte de Cajana²⁸ fueron emitidos en la ciudad de Bogotá, como se aprecia a folios 35 y s.s. del cuaderno principal.

Ahora bien, examinado el expediente, obra el poder otorgado al abogado Antonio José Wilches Mercado - quien presentó la acción de tutela - y dirigido a CAJANAL para adelantar el trámite administrativo tendiente al reconocimiento y pago de la pensión gracia, que fuera presentado personalmente en la Notaría 22 de **Bogotá** el 14 de febrero de 2006 (fls. 81 y 82 C.1). No obstante no fue allegado al expediente el poder para instaurar la acción constitucional.

Por ello, no puede entenderse que sin acreditar servicios prestados relacionados con el Municipio de Cienaga o el Departamento del Magdalena, o que la actora residiera allí, o que por lo menos los actos administrativos hubiesen sido expedidos en esos entes territoriales, el Juez Primero Laboral de ese Municipio hubiese asumido el conocimiento de la acción presentada, con desconocimiento de lo señalado por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991²⁹ y el Decreto 1382 de 2009 -que fija ciertas reglas de reparto en esta materia- norma que también señala que “(...) para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos... ”.

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**

²⁸ Resoluciones Nos. 11400 de 21 de mayo de 2002, 3060401 de 13 de junio de 2002, 19430 de 19 de julio de 2002, 00462 de 4 de febrero de 2004.

²⁹ “(...) son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriera la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud (...)

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 Ciénaga 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.*

Además, si bien es cierto que en estas diligencias no se acreditó que la autoridad disciplinaria hubiere investigado y sancionado a los partícipes de la actuación señalada, ello no es óbice para desconocer las evidentes irregularidades surtidas en este caso, que es análogo al examinado por la Corte Constitucional, por lo que ante la concurrencia de las demás situaciones se advierte la mala fe de la señora Luz Mery Melo Melo. En este sentido se le ordenará, la devolución de los dineros que hubiere podido devengar por concepto de la pensión gracia a ella reconocida, sumas que deberá indexar, conforme a lo señalado por el artículo 178 y s.s. del Decreto 01 de 1984, como se pidió en la demanda, previa certificación que expida la entidad al efecto.

*[...]³⁰ **Negrillas fuera del texto original.***

Para resolver el caso, esta Sala de Subsección, en su momento, extrajo elementos jurisprudenciales de la sentencia T - 218 de 2012, con ponencia del Magistrado Dr. Juan Carlos Henao, que permitieron la valoración de la conducta de la tercera interesada frente al posible fraude procesal, elementos que fueron identificados así: (i) el domicilio del actor, (ii) el último lugar de prestación de servicios, (iii) o del lugar de expedición de los actos administrativos previos,

³⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2014. C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. Núm.: Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00609-02(3130-13).

situaciones que ponen en entredicho la buena fe de su actuar.

Ahora bien, está acreditado que en el caso sub examine el domicilio de la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS³¹, el último lugar de prestación de servicios³² y el lugar de expedición de los actos administrativos previos³³ - Departamento de Santander- difiere sustancialmente del lugar donde interpuso la acción de tutela –Municipio de Ciénaga (Magdalena)- , circunstancia que, junto a las acreditadas oportunamente en el expediente, permiten concluir que la vinculada, su apoderado en el proceso constitucional y el juez, actuaron de mala fe.

No obstante lo anterior, la Sala de Subsección no ordenará la devolución de los dineros toda vez que en el sub lite se trata de apelante único –solo la tercera interesada apeló- y dicha discusión no fue objeto del recurso interpuesto.

Así las cosas, en desarrollo del principio de la *non reformatio in pejus*, se confirmará la decisión de primera instancia en lo referente a este punto, sin descartar la obligación que tiene esta Sala de decisión de poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, las actuaciones señaladas, a efectos de que si lo tienen a bien se investigue cualquier conducta en que los servidores públicos, abogados y particulares involucrados en el trámite de la acción constitucional hubieren podido incurrir, razón por la que se ordenará compulsar copias en tal sentido.

Para tal efecto, la Secretaría de la Sección Segunda de ésta Corporación, deberá remitir a las autoridades señaladas copias de ésta providencia, de las piezas procesales pertinentes de la acción de tutela No. 0063-06 adelantada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga -Magdalena-, así como de la Resolución No. 47572 de 15 de septiembre de 2006, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE, obrantes a folios 92 a 97 del expediente, a efectos de lo señalado en el párrafo anterior.

³¹ De acuerdo con la contestación de la demanda, su domicilio está ubicado en Chiquinquirá Boyacá. Ver reverso folio 437 del expediente.

³² De conformidad con el certificado expedido por la Secretaria de Educación del Departamento de Santander, laboró en ese ente territorial desde el 16 de junio de 1973 hasta el 11 de junio de 2001. Es decir, el último lugar de prestación de sus servicios docentes fue el Departamento de Santander. Ver folio 360 del expediente.

³³ Actos administrativos, como la Resolución No. 0549 de 1998 mediante la cual se ascendió en el Escalafón Docente Nacional a folio 14 del expediente y el certificado de tiempos de servicio a folio 360 del expediente, fueron proferidos en la ciudad de Bucaramanga-Santander.

Consideraciones finales.

En relación con los argumentos de la apelante sobre ineptitud sustantiva de la demanda, cosa juzgada y falta de jurisdicción y competencia, la Sala de Subsección recuerda que estas excepciones previas fueron resueltas en el momento procesal pertinente, como se evidencia a folio 506 del expediente, en el que obra auto de fecha 6 de noviembre de 2013, mediante el cual esta Corporación resolvió el recurso de apelación en contra de la decisión del Tribunal Administrativo de Santander que denegó dichas alegaciones.

Y finalmente, sobre la medida cautelar decretada por el Tribunal de primera instancia³⁴, la Sala de Subsección no se pronunciará al respecto, pues con la expedición de este fallo resultaría inocuo hacerlo, cuando ya se decidió el fondo de la controversia.

De la condena en costas en segunda instancia³⁵.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho³⁶, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso³⁷ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

Tiene previsto el artículo 188 *ídem* que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”, hoy día por el Código General del Proceso.

³⁴ En la sentencia objeto de apelación el Tribunal Administrativo de Santander, manifestó que el recurso de apelación presentado en contra de la medida cautelar de suspensión provisional no fue resuelto por esta Corporación. Ver folio 580 del expediente.

³⁵ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

³⁶ Artículo 361 del Código General del Proceso.

³⁷ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación ya ha referido la pertinencia en estos términos:

“2.5.3. Sobre la condena en costas y agencias en derecho en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

“En cuanto al último motivo de inconformidad de la accionante, relativo a que se le condenó a asumir las costas del proceso y las agencias en derecho, aunque no actuó de mala fe o de manera temeraria, se destaca que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala, que “salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”, actualmente por el Código General del Proceso, que en sus artículos 361 y siguientes regula lo correspondiente a la costas del proceso.

*“Para el caso de autos se estima pertinente precisar en primer lugar, que según el artículo 361 del mencionado código, “las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por **las agencias en derecho**”³⁸, y que de conformidad con el artículo 365 del mismo estatuto, las siguientes constituyen algunas de las circunstancias por la que puede condenarse en costas:*

“Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

³⁸ La doctrina denomina “*las agencias y trabajos en derecho, que fija el magistrado ponente o juez*”. MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Cardona G. Pedro Pablo, t. i, pág. 734

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

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

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

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

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

De la lectura de la norma antes transcrita se observa, que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como argumenta la accionante.

En consonancia con lo anterior, se encuentra el artículo 80 del Código General del Proceso, en el cual puede apreciarse que un asunto es que pueda sancionarse a una de las partes por actuar de mala fe o de manera temeraria, y otra, que deba imponérsele a una de las partes el pago de las costas:

“Artículo 80. Responsabilidad patrimonial de las partes.

*Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, **sin perjuicio de las costas a que haya lugar**, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente.
(...)”.*

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, tampoco se advierte que el Tribunal accionado haya incurrido en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, al haberle impuesto a la demandante al pago de las costas del proceso, que incluyen las agencias del derecho³⁹, en tanto al revocarse la sentencia de primera instancia proferida en su favor, la peticionaria resultó vencida en el juicio.”⁴⁰

³⁹ Artículo 361 del Código General del Proceso.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, acción de tutela, C. P. GERARDO ARENAS MONSALVE, 30 de julio de 2014, Expediente N°: 11001-03-15-000-2014-01045-00, Publicada en Boletín del Consejo de Estado Número 151 – 15 de septiembre de 2014.

Para finalizar la Sala – Subsección “A” llama la atención en que inclusive en el evento del desistimiento tácito ya consagra el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que el juez “condenará en costas”⁴¹, superando el simple **dispondrá** que consagra el artículo 188 *ibídem*.

Lo anterior permite establecer unas conclusiones básicas sobre las costas:

- a) La legislación varió del Código de Procedimiento Civil al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;
- b) Toda sentencia “dispondrá” sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
- c) Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal ; y,
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

En orden a lo anterior y teniendo en cuenta que la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS no actúa en el presente trámite como una verdadera demandada, sino como vinculada al proceso por tener interés en el mismo, no hay lugar a condenarla en costas, de modo que se confirmará la decisión del Tribunal de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia (Art. 280 CGP) y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia impugnada, de fecha 26 de junio de 2014,

⁴¹ Artículo 178 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda presentada por la UGPP en contra de la señora MYRIAM VICENTA BURGOS CASTELLANOS, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: REMITIR copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria y la Fiscalía General de la Nación, a efectos de investigar cualquier conducta delictuosa y disciplinaria en que los servidores públicos, abogados y particulares involucrados en el trámite de la acción constitucional hubieren podido incurrir, de acuerdo con lo señalado en precedencia.

TERCERO: En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Subsección “A” en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO