



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso No.: 1100113335028201500561 00
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP
Demandado: OSWALDO CETINA VARGAS
Asunto: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN LESIVIDAD

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por la entidad demandante **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho-Lesividad, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra **OSWALDO CETINA VARGAS**.

I. ANTECEDENTES

1.Pretensiones:¹

La entidad demandante formula las siguientes:

“PRIMERO: *Que se declare la nulidad del Acto Administrativo correspondiente a la **Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991**, expedida por la extinta Empresa Puertos de Colombia, mediante la cual se reconoció, una pensión de jubilación convencional, a favor de la demandada en referencia, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas que regula la materia siendo dicho acto no ajustado a derecho.*

SEGUNDO: *Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada, **OSWALDO CETINA VARGAS**, devolver todas y cada una de las sumas de dinero recibidas por el concepto de pensión, reajuste, reliquidación y sustitución pensional sin que tuviese derecho a disfrutar de tal prestación, efectiva a partir del 2 de septiembre de 1991, fecha desde la cual se empezó a hacer el pago injustificado y en lo sucesivo hasta cuando se verifique el pago de mesadas pensionales a la demandada, pues de acuerdo a la ley, esta persona no cuenta con el derecho para acceder a esa prestación.*

TERCERA: *Que todas las sumas que resulten reconocidas a favor del demandante se cancelen en forma retroactiva e indexada.*

CUARTO: *Que se condene en costas a la demandada”*

¹ Fol. 230

2. Hechos:²

La parte demandante indica que el demandado nació el 2 de septiembre de 1951 y que laboró para la Empresa Puertos de Colombia-Oficina Principal, desde el 16 de diciembre de 1975 al 2 de septiembre de 1991, 15 años, 8 meses y 16 días, siendo su último cargo el de Jefe de Auditoría Interna y a los 40 años se produjo su retiro de dicha Empresa acogiéndose a la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991.

Expone que el 20 de septiembre de 1991, en audiencia de conciliación celebrada ante el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de esta ciudad, FONCOLPUERTOS se comprometió a reconocerle al demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación prevista en la aludida Resolución, con fecha de efectividad del 2 de septiembre de 1991 y con una tasa de reemplazo del 65.71% del promedio que tenía a la fecha de retiro, compromiso que se materializó en la Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991, en la que se determinó una mesada por \$775.800.

Señala que mediante Auto No. 003082 del 8 de septiembre de 2018, el Ministerio de la Protección Social, Grupo Interno de Trabajo, ordena adelantar investigación administrativa de revisión de la pensión del ex trabajador.

Refiere que de acuerdo con el memorando No. GPSPC-ASNP-1181 del 2 de abril de 2009, se emitió concepto contable en el que se establecieron las irregularidades en el reconocimiento pensional, destacando que para esa época el demandante ya ha recibido \$1.197'352.898.57.

Finalmente, precisa que mediante Resolución No. RDP 036021 del 8 de agosto de 2013, la UGPP declaró improcedente la revocatoria directa de la Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991.

3. Concepto de violación

La accionante considera que se desconocieron los artículos 4 y 150 numeral 19 literal e) de la Constitución de 1991, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, artículo 1° del Decreto 1848 de 1969, Decreto Legislativo 1050 de 1968, Decreto 2465 de 10 de septiembre de 1961 y artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Precisa que de conformidad con el acto legislativo 01 de 2005, las pensiones deben ajustarse al principio de sostenibilidad financiera y atender los requisitos legales para su reconocimiento.

Destaca que en el presente caso, la entidad que otorgó la prestación es la Empresa Puertos de Colombia creada por la Ley 154 de 1959 como establecimiento público del orden nacional, descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio. Agrega que el Decreto 3160 de 1968 indicó que dicha Empresa estaba adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Por su parte la Ley 561 de 1975, preciso que dicha empresa tenía la categoría de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas.

² Fols. 17 a 19.

Destaca que el Decreto 2465 de 1981, consagró el estatuto de la Empresa, en la que se establece la naturaleza de los empleos, cobrando relevancia entonces la distinción entre empleado público y trabajador oficial que comporta el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y artículos 1 y 2 del Decreto 1848 de 1969, alcances de esas definiciones que precisó la Corte Constitucional mediante sentencia C-579 de 1996.

Precisado lo anterior, destaca la entidad demandante que de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 1848 de 1969, los Jefes de Oficina ostentan la calidad de empleado público y para el caso del demandante su último cargo fue el de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna, por lo que los beneficios convencionales no le eran aplicables.

Resalta que la Corte Constitucional, mediante sentencia T-218 de 2012, estableció la posibilidad de demandar ante la corrupción que se presente siendo competente el Juez Contencioso Administrativo.

Es así que mediante el procedimiento de nulidad y restablecimiento del derecho, se le ha permitido a la administración atacar los actos administrativos irregulares, que incluso encuentren respaldo en sentencias de tutela.

Por lo tanto considera que al ostentar el demandante la condición de empleado público, no era procedente otorgarle la pensión convencional

4. Trámite del proceso

Mediante auto del 28 de agosto de 2015, se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó notificar al extremo pasivo.

Como quiera que el trámite de notificación del extremo pasivo se encontraba a cargo de la parte demandante, el mismo se materializó en el año 2018, destacando que el 8 de agosto de 2018, el demandado dio contestación a la demanda por medio de apoderado.

5. Contestación de la demanda

El señor Oswaldo Cetina Vargas por medio de apoderado judicial, propuso las siguientes excepciones de mérito: *“inepta demanda por cuanto el apoderado de la parte actora no logra desvirtuar la presunción de acierto y legalidad del acto acusado a través de un concepto de violación claro y específico”*, *“falta de causa para demandar por encontrarse vigente el acta de conciliación que fue aprobada por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.”*, *“falta de causa para pedir por cuanto al demandado pese a laborar en un cargo que debía ser ocupado por un empleado público, nunca perdió su condición de trabajador oficial”*, *“falta de causa para pedir por el no agotamiento del trámite que inicio mediante la expedición del Auto 3082 de 2008”*, *“inexistencia de la acusación por haber operado la figura del saneamiento”* *“ineptitud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para ordenar el reintegro de dineros entregados al demandante de viene de buena fe”*.

Básicamente sostiene la parte demandante que no es procedente demandar en la medida que el demandado no ostentó la calidad de empleado público, a lo que se añade que la pensión reconocida al accionante fue reconocida previa conciliación celebrada ante el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

Destaca que en este tema cualquier yerro en el que se haya incurrido ya quedó saneado con la expedición de la Ley 135 de 1991, pues allí se precisaron los cargos que tienen la naturaleza de empleados públicos a partir de la vigencia de la Ley y siempre y cuando se vinculen a partir de la vigencia de esa norma, manteniendo el régimen quien se haya vinculado con anterioridad.

Agrega que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, mantiene las pensiones que fueron concedidas antes de su vigencia y no sólo aplica a empleados territoriales como se indica allí sino a todas las personas, porque el Régimen de Seguridad Social no distingue e incluye a toda la población colombiana. Afirma que tal interpretación deviene de la sentencia C-240 de 2010 de la Corte Constitucional que cita in extenso.

Advierte que la situación también quedó saneada si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 2º literal b) de la Ley 4ª de 1992, pues la pensión en este caso se trata de un derecho adquirido.

Refiere que ante la liquidación de las Empresas del Estado se ha procurado brindar protección a los trabajadores que cesaban en sus actividades, como así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia SU-381 de 2001.

Explica que también existe posibilidad del saneamiento por vía judicial, que se exige en virtud de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica, acto propio y buena fe, según los cuales las autoridades deben ser coherentes con sus actuaciones y respetar las decisiones que han cobrado firmeza, en procura de garantizar también el principio de la seguridad jurídica de conformidad con el artículo 2º de la Constitución de 1991. Para respaldar este argumento cita la sentencia T-058 de 2017.

Frente al restablecimiento del derecho, advierte que el demandante no debe reintegrar dineros pagados en virtud del principio de la buena fe.

En suma, considera que las pretensiones no se encuentran llamadas a prosperar.

6. Alegatos de conclusión

En este punto destaca el Despacho, que 14 de mayo de 2019, se dio inició a la audiencia inicial en la que como medida de saneamiento se dispuso la remisión de este proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, al considerar que la actuación que aquí se surte recaía en la prestación reconocida un trabajador oficial.

Por su parte el Juzgado 34 laboral del Circuito de esta ciudad, autoridad a la que correspondió el reparto de esta acción, en auto del 26 de agosto de 2019, dispuso declarar la falta de competencia para conocer del asunto, por cuanto a su juicio el demandante ejerció un cargo de empleado público, por lo que propuso el conflicto de competencia y ordenó remitir el proceso a la autoridad competente para resolver sobre éste.

La Secretaría Judicial de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, mediante constancia del 2 de febrero de 2021, dispuso remitir el conflicto de competencia a

la Corte Constitucional conforme con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 11 de la Constitución de 1991.

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante auto del 27 de octubre de 2021, dispuso radicar la competencia en este Juzgado, al considerar que esta Jurisdicción tiene competencia exclusiva para conocer de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad, pues precisó lo siguiente:

1. Cláusula especial de competencia para conocer acciones de lesividad. La Corte Constitucional ha reiterado que los artículos 97 y 104 del CPACA prevén una cláusula especial de competencia en virtud de la cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la competencia exclusiva para conocer las demandas de nulidad que interpone la administración en contra de un acto administrativo propio (acciones de lesividad)³, incluso en aquellos eventos en los que los actos demandados versan sobre asuntos laborales o de la seguridad social⁴. Lo anterior, por tres razones. Primero, la cláusula general de competencia de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social, en principio no comprende la facultad de declarar la nulidad de actos administrativos⁵. Segundo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer todas las acciones de lesividad contra actos administrativos que estén “sujetos al derecho administrativo”⁶, con independencia de la materia sobre la que estos actos versen, dado que en estas acciones se debaten “intereses propios de la administración”⁷. Tercero, la acción de lesividad “no tiene una naturaleza autónoma, lo que implica que para ejercerla se debe acudir a las acciones contenciosas de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho”⁸, las cuales deben ser tramitadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. Los actos administrativos proferidos por una entidad pública liquidada pueden ser demandados por la entidad que la subrogó en sus derechos y obligaciones. La supresión o liquidación de una entidad pública, según se disponga, supone la subrogación⁹ de las obligaciones y derechos por parte de otra entidad¹⁰. Dicha subrogación implica, a su turno, el traslado de las obligaciones derivadas de los derechos reconocidos a través de actos administrativos particulares expedidos por la entidad reemplazada. En tales términos, la entidad reemplazante que enfrenta los efectos perjudiciales de los actos administrativos expedidos por la entidad que subrogó, puede demandar dichos actos por medio de la denominada acción de lesividad¹¹.”¹²

³ Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2019. “La acción de lesividad se entiende ejercida cuando la administración funge como demandante contra uno de los actos que ella misma profirió y contra la persona a la que van dirigidos los efectos jurídicos del acto atacado”. Ver también, sentencia T-121 de 2016.

⁴ Corte Constitucional, autos 316 de 2021 y 385 de 2021.

⁵ En aquellos eventos en los que se cuestiona un acto administrativo referente a la seguridad social, por regla general, la competencia de los jueces laborales se limita a verificar si dicho acto desconoció un derecho prestacional subjetivo del interesado, no tiene como objetivo verificar si el acto administrativo, en sí mismo considerado, contraviene la Constitución o la ley y, por esta razón, debe ser declarado nulo.

⁶ CPACA, art. 104.

⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia 110010102000202000952.00 (17697-40) de 2020.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, providencia 0005-11 de 2016.

⁹ Entiéndase por subrogación el “[a]cto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica” (Diccionario panhispánico del español jurídico, consultado el 1 de octubre de 2021).

¹⁰ Cfr. Ley 489 de 1998, art 52, párr. 1. De igual forma, previo a la expedición de esta norma, se encuentra que los actos a través de los cuales se disponía la liquidación o supresión de una entidad pública establecían en cabeza de quién quedaban sus obligaciones (p. ej. Ley 1 de 1991, art. 35).

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2016. “La doctrina y la jurisprudencia definen la acción de lesividad, como una fórmula garantística del ordenamiento jurídico en manos de las entidades públicas respecto del control jurisdiccional de sus propias decisiones cuando no ha sido posible que éstas pierdan su fuerza ejecutoria por la vía administrativa no obstante estar viciadas en su convencionalidad, constitucionalidad o legalidad y que puedan causar perjuicio al patrimonio público, los derechos subjetivos públicos o a los derechos e intereses colectivos”.

¹² Fols. 4vto. Y 5 del cdno. 4. Las citas 3 a 11 corresponden al texto jurisprudencial citado.

Una vez devuelto el proceso, mediante auto del 5 de mayo de 2022, se dispuso fijar fecha de audiencia para continuar con la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 2 de junio de 2022, en la que se fijó el litigio, se resolvieron excepciones previas y se decretaron los medios de convicción necesarios.

Una vez recaudadas las pruebas, mediante auto del 30 de junio de 2022, se dispuso correr traslado común a las partes y al Ministerio Público, para que presentaran los alegaciones finales y concepto respectivamente.

6.1. Parte Demandante

La parte demandante solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos inicialmente expuestos.

6.2. Parte demandada

El demandado, reitera sus medios de defensa y precisa que no está demostrada ninguna actuación ilícita que justifique afectar la pensión reconocida al accionante, a lo que se suma que operó en este caso la Cosa Juzgada y no se acudió al procedimiento previsto en la Ley 797 de 2003.

El Ministerio Público guardó silencio dentro de la oportunidad legal.

II. CONSIDERACIONES

1-. Problema jurídico

El presente asunto se contrae a determinar si la Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión especial de jubilación al señor OSWALDO CETINA VARGAS”*, se encuentra viciada de nulidad y en consecuencia, establecer si es procedente el reintegro de las sumas devengadas como mesada pensional por el demandados desde septiembre de 1991 a la fecha en la que cobre ejecutoria el fallo que se profiera en esta causa, debidamente indexadas.

2.- Marco Normativo

2.1. Distinción legal entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

La distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, es un concepto determinante en la forma de vinculación y el régimen salarial y prestacional que aplica a unos y a otros.

Al respecto el Decreto 3135 de 1968, en el artículo 5º precisó lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. (Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-283 de 2002).

ARTICULO 6o. *De todo contrato de trabajo celebrado con trabajadores oficiales la respectiva unidad de personal suministrará a la correspondiente entidad de previsión social los siguientes datos: nombres del trabajador, estado civil, entidad donde haya trabajado anteriormente, fecha de ingreso, naturaleza de la tarea para la cual se le contrató, remuneración, duración del contrato y causales para la terminación del mismo.”¹³*

Por su parte el Decreto 1848 de 1969, estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 1º.- Empleados oficiales. Definiciones.

1. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

2 Derogado por el Decreto 1083 de 2015.

3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral

ARTÍCULO 2º.- Empleados públicos. *1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.*

ARTÍCULO 3º.- Trabajadores oficiales. [Derogado por el Decreto 1083 de 2015.](#) *Son trabajadores oficiales los siguientes:*

a. Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y

b. Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, ”¹⁴

Y el Decreto 1950 de 1973, sobre el particular indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. *El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.*

ARTÍCULO 2º.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. *Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.*

¹³ Decreto 3135 de 1968.

¹⁴ Decreto 1848 de 1969

ARTÍCULO 3º.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. *Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

ARTÍCULO 4º.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

ARTÍCULO 5º.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.”¹⁵*

El Despacho observa que varias de las normas que se han citado, han venido siendo derogadas, sin embargo, se encontraban vigentes para época de los hechos expuestos en la demanda base de la acción, esto sumado a que la distinción entre empleados públicos y trabajadores Oficiales se ha mantenido en el tiempo, destacando de los primeros que son quienes prestan sus servicios para las entidades nacionales o territoriales del sector central y del sector descentralizado por servicios, y que cuando ejercen cargos con funciones de confianza y manejo, es carga de la Empresa descentralizada establecer los cargos que van a ser ocupados por este tipo de empleados.

En este punto conviene anotar, que la vinculación de los trabajadores oficiales se efectúa por contrato de trabajo, en el que se definen todas las condiciones de la prestación del servicio, así como su forma de remuneración y funciones.

En torno a la vinculación de los empleados públicos el Decreto 2400 de 1968, señalaba lo siguiente:

“ARTICULO 4o. *Para ejercer un empleo en la Rama Ejecutiva del Poder Público, se requiere:*

a. Comprobar que se poseen las calidades exigidas para su desempeño, la aptitud física para el mismo y hallarse a paz y salvo con el Tesoro Nacional, todo de acuerdo con los reglamentos respectivos;

b. Tener definida la situación militar;

¹⁵ Decreto 1950 de 1973.

c. <Literal modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> Poseer certificados de autoridad competente sobre no interdicción del ejercicio de los derechos y funciones públicas; no haber sido condenado a pena principal de presidio o prisión, salvo que la condena haya sido motivada tan solo por un hecho culposo; ni haber sido retirado del servicio por destitución, en cuyo caso en el acto administrativo que imponga la sanción se determinará el tiempo de la inhabilidad, que no podrá ser mayor de un año.

d. Ser nombrado por autoridad competente, y

e. Tomar posesión y prestar juramento de cumplir la Constitución, las leyes y las funciones del empleo.

ARTICULO 5o. Para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos: ordinario, en período de prueba y provisional.

Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo.

Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de carrera.

<Inciso final modificado por el artículo 1 de la Ley 36 de 1982. El nuevo texto es el siguiente:> Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El periodo provisional no podrá exceder de doce (12) meses.”¹⁶

Como se desprende de los artículos citados, los empleados públicos se vinculan por nombramiento y posesión, pero su vinculación se encuentra supeditada a la condición del empleo al que se aspira, porque puede ser de carrera administrativa que se provee en período de prueba y propiedad después de superado el concurso de méritos y ante una vacante temporal o definitiva según la necesidad del servicio puede ser provisto en provisionalidad.

Existe el caso también de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, respecto de quienes el nominador tiene la facultad de designarlos para que ocupen ese empleo de confianza y manejo y removerlos en cualquier tiempo.

Esta categoría de empleo público es relevante en la medida en que para el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, sólo aquellos empleos de dirección, confianza y manejo deben ser provistos por empleados públicos designados libremente por quien ostenta la calidad de nominador, en el caso de esas Empresas el Gerente.

En este punto conviene destacar que aún en vigencia de la Constitución de 1991 se ha mantenido la referida distinción, como se desprende de los artículos 123 y 125, que se citan a continuación:

¹⁶ Decreto 2400 de 1968.

“ARTICULO 123. *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

(...)

ARTICULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”¹⁷*

El texto constitucional citado, establece como género “*servidores públicos*” y dentro de ese grupo se encuentran todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado, como empleados públicos de carrera administrativa, libre nombramiento y remoción y elección popular, categorías que tienen diversa forma de selección pero que deben ser nombrados y tomar posesión del cargo. En cambio, los trabajadores oficiales, son aquellos que se vinculan por contrato de trabajo y prestan sus servicios por regla general en entidades descentralizadas o en entidades centralizadas, pero en funciones de mantenimiento y obras.

A partir de la vigencia de la Constitución se ha desarrollado un amplio marco normativo, en el que se establecen todas las condiciones de acceso al servicio público, pero no es necesario hacer referencia a éste pues la situación narrada en el proceso incluso antes de vigencia de la Carta.

2.2. Competencia para la regulación de pensiones

A partir del Acto Legislativo 01 de 1968, que reformó entre otros el artículo 76 de la Constitución de 1886, es función del Congreso de la República expedir Leyes sobre el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, facultad que compartía

¹⁷ Constitución de 1991.

con el Presidente de la República, cuando lo autorizaba con una Ley de Facultades Extraordinarias. Además, el Congreso también legislaba sobre las pensiones como lo establece el artículo 62 y artículo 76 numeral 10°.

Esas atribuciones se conservaron en la Constitución de 1991, particularmente en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f), en el que se establece que el Congreso fija unos parámetros para los regímenes salariales y prestacionales de empleados públicos y trabajadores oficiales y a partir de allí el Presidente desarrolla su facultad reglamentaria como lo establece la Ley 4ª de 1992.

Ya con el Acto Legislativo 01 de 2005, que reformó el artículo 48 de la Constitución de 1991 y se determinó que no se podría a través de laudos, convenciones colectivas de trabajo o pactos arbitrales, condiciones pensionales distintas a las fijadas en la Ley.

2.3. Prohibición de los empleados públicos de celebrar y beneficiarse de convenciones colectivas

Como primera medida debe advertirse que el ejercicio del derecho sindical no está prohibido en las entidades de derecho públicos cuyos servidores tengan la calidad de empleados públicos, pues en desarrollo del artículo 39 y 53 de la Constitución de 1991, tienen derecho de libre asociación.

No obstante, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo establece lo siguiente sobre las convenciones colectivas:

“ARTICULO 416. LIMITACION DE LAS FUNCIONES. _Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga.”¹⁸

Esa norma fue objeto de examen de constitucionalidad y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-110 de 1994, que indicó lo siguiente:

*“Obviamente, si los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, tampoco pueden declarar ni hacer huelga, lo cual resulta apenas lógico si se tiene en cuenta el vínculo legal y reglamentario existente entre ellos y el Estado. Si pudieran entrar en huelga paralizarían la función pública correspondiente y atentarían contra el interés colectivo, que debe prevalecer según el artículo 1º de la Constitución. La continuidad en el ejercicio de sus funciones resulta **esencial** para el funcionamiento del Estado. Únicamente bajo esa perspectiva puede garantizarse el logro de los fines estatales a que se refiere el artículo 2º de la Carta.*

Ha de recordarse cómo, según el artículo 123 de la Constitución, inciso 2º, “los servidores públicos (...) ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

¹⁸ Código Sustantivo del Trabajo.

Según dicha norma, están al servicio del Estado y de la comunidad, mientras que el artículo 209, al señalar los principios que inspiran la actividad de la administración, declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

Así, pues, aquellos de los servidores públicos que tienen con el Estado una relación de mayor vínculo a las responsabilidades que le son propias, es decir los empleados públicos, no pueden interrumpir su actividad sino en los términos que la ley contemple y, por tanto, no les es dable ejercer el derecho de huelga -que implica dicha interrupción- si la ley se lo ha prohibido.”¹⁹

Seguidamente la sentencia C-1235 de 2004, a la luz de los Convenios 151 y 154 de la OIT, condicionó la norma citada, precisó:

“Retomando todo el análisis hecho, las restricciones del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo son la especie, y, por consiguiente, no obstante que no ha habido desarrollo legislativo sobre el tema por parte del Congreso, la limitación contenida en la disposición legal resulta exequible, porque aunque no la menciona, tampoco prohíbe expresamente el derecho a “la negociación colectiva” de los sindicatos de empleados públicos. Lo que conduce a declarar la exequibilidad de la disposición en lo acusado, pero en forma condicionada hasta que el legislador regule la materia.

Porque esta declaración de exequibilidad no puede entenderse como la prohibición del derecho de los sindicatos de empleados públicos de realizar negociaciones colectivas, en el sentido amplio del concepto. Por el contrario, estas organizaciones pueden presentar reclamos, peticiones, consultas, y deben ser atendidas. Los sindicatos de empleados públicos pueden acudir a todos los mecanismos encaminados a lograr la concertación sobre sus condiciones de trabajo y salarios. A su vez, el ejercicio de este derecho debe armonizarse con las restricciones propias de la condición de empleados públicos de los afiliados a estas organizaciones, es decir, que si bien pueden buscar la concertación, también opera la decisión unilateral del Estado en cuanto a salarios y condiciones laborales.

Por consiguiente, la declaración de exequibilidad de la disposición acusada, se adoptará bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva contemplada en los Convenios 151 y 154 de la OIT, que hacen parte de la legislación interna de Colombia, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule la materia.”²⁰

Entonces, en virtud del vínculo que tiene el empleado público con la administración, no puede destinar su tiempo para negociar condiciones de trabajo pero si puede acudir a otros mecanismos, como presentar peticiones, reclamos, consultas, etc., pero no pliegos de peticiones, ni suscribir convenciones ya que se encuentra en cabeza del Congreso de la República y el Gobierno Nacional la regulación de salarios y prestaciones sociales. (artículos 150 numeral 19 literal f) y artículo 189 numeral 14 de la Constitución de 1991)

Por otro lado, el Consejo de Estado ha señalado sobre la celebración y aplicación de una convención colectiva a un empleado público, lo siguiente:

“De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, no tienen la posibilidad de presentar

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-110 de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1234 de 2005 con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Empero, tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos. En todo caso, dichos mecanismos de concertación deben permitir afianzar un clima de tranquilidad y justicia social²¹.

(...)

La naturaleza de la convención colectiva, en el caso de los empleados públicos no puede definirse como un contrato, porque los primeros no pueden gobernarse por esta clase de instrumentos; tampoco se puede definir como de carácter normativo pues no tiene las formalidades propias de una preceptiva, pero sí pueden estar encuadradas dentro de lo que la Ley pretende aplicar como una “disposición”, máxime, cuando lo que buscó fue la protección y progresividad de los derechos de los trabajadores; en otras palabras, la Convención Colectiva, lleva inmersa la voluntad del empleador de otorgar unos derechos a sus beneficiarios.^{22”23}

Como se desprende del texto jurisprudencial citado, los empleados públicos tienen derecho de concertación, pero no por medio de pliegos de peticiones, ni convenciones colectivas, siendo estas últimas de naturaleza contractual y por el vínculo de los empleados públicos, no pueden acogerse.

2.4. Sobre el régimen pensional de los trabajadores de la Empresa de Puertos de Colombia

El Acuerdo 0015 del 9 de octubre de 1990 “*por el cual se le fija el régimen de prestaciones sociales de los Empleados Públicos de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA*”, establece las condiciones pensionales de los empleados públicos de la Empresa de Puertos de Colombia, que al respecto señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 9º: PENSIONES DE JUBILACIÓN E INVALIDEZ.- *El empleado público que preste sus servicios durante veinte (20) años continuos o discontinuos a entidades del Estado, tiene derecho a gozar de pensión mensual de jubilación al cumplir cincuenta (50) años continuos o discontinuos a entidades del Estado, tiene derecho a gozar de pensión mensual de jubilación al cumplir cincuenta (50) años de edad, equivalente al ochenta por ciento (80%) del salario mensual devengado en el último año de servicios siempre y cuando haya laborado un mínimo de cinco (5) años para la Empresa. En caso contrario se pensionará de acuerdo con lo establecido en las leyes sobre la materia.*

Si el empleado llegare a fallecer habiendo prestado más de cinco (5) años de servicio a la empresa, sus familiares de acuerdo con las órdenes establecidas en la ley, tendrá derecho a recibir los derechos pensionales.

Para los efectos de la pensión de invalidez se considera invalido el empleado que

²¹ Frente al tópico relativo al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos ver las sentencias C-110 de 1994, C-377 de 1998; C-161 de 2000, C-201 de 2002, C-1234 de 2005; C-280 de 2007 y C-466 de 2008.

²² La Corte Constitucional en sentencia C-009 del 20 de enero de 1994, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, que sostuvo: “En conclusión, aun cuando materialmente la convención es por sus efectos un acto regla, creador del derecho objetivo, a semejanza de la ley, según lo admite la doctrina, no puede considerarse como producto de la función legislativa del Estado, desde los puntos de vista orgánico, funcional y formal, en que constitucionalmente aparecen estructurados y se manifiestan las funciones estatales.

Reafirma esta conclusión, la circunstancia de que el inciso final del art. 53 constitucional al establecer que, “la ley, los contratos los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”, de manera expresa está reconociendo la distinción entre “ley” propiamente dicha y “acuerdos y convenios de trabajo”.

²³ Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia del 29 de septiembre de 2011, con ponencia del CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, dentro del expediente No. 08001233100020050286603 (2434-10). **Las dos citas precedentes provienen el texto jurisprudencial citado.**

por cualquier causa haya perdido más del sesenta y seis por ciento (66%) de su capacidad laboral, previa calificación del médico laboral de la empresa.

El valor de la pensión de invalidez será equivalente al cien por ciento (100%) del último salario devengado por el empleado al momento de causar la prestación.

PARAGRAFO 1. La liquidación de las pensiones se efectuará en la misma forma en que se liquida la cesantía

PARAGRAFO 2. El tope máximo de las pensiones de jubilación e invalidez, será del diecisiete y medio (17.5) salarios mínimos legales vigentes en el momento del retiro del empleado público.”²⁴

Así mismo, la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991 “por la cual se fijan condiciones para el retiro de los Empleados Oficiales de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, OFICINA PRINCIPAL-BOGOTÁ”, que desarrolla lo establecido en el Acuerdo citado y en el Acuerdo No. 23 (que no obra en el expediente) respecto de las pensiones indicó lo siguiente:

“**ARTÍCULO PRIMERO.**- De conformidad con la parte motiva de esta Resolución, la Gerencia General de la Empresa Puertos de Colombia determina los beneficios a que tendrán derecho sus empleados, previo los condicionamientos y requisitos que en esta misma se establecen:

(...)

2. – Los Empleados Oficiales de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, Oficina Principal-Bogotá, que a la fecha de la vigencia de la Resolución o durante el término de la liquidación de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, Oficina Principal-Bogotá, tuvieren quince (15) años o más y menos de veinte (20) años de servicio a entidades públicas y cuentan con cuarenta (40) años o más de edad, tendrán derecho a la pensión de jubilación proporcional con el mínimo de tiempos de servicios a la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, así:

TIEMPOS DE SERVICIO AL ESTADO	TIEMPOS DE SERVICIO A LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA		
	3 a menos de 5 años	de 5 a menos de 10 años	Más de 10 y menos de 20
a. 15 años	50%	60%	65%
b. 16 años	51%	61%	66%
(...)			

(...)

Parágrafo 1. –

- Los porcentajes correspondientes a los tiempos de servicios contemplados en este artículo se incrementarán proporcionalmente las fracciones ... (espacio ilegible)
- Las Pensiones Especiales establecidas en este artículo se liquidarán con base en el salario promedio devengado en el último año de servicio, para lo cual se aplicarán los factores salariales vigentes en la Empresa de acuerdo con las normas pertinentes.

²⁴ Fols. 80 a 84

- c) *Las pensiones a que hace referencia este artículo, se reajustaran anualmente en la forma establecida por la Ley. Tendrá un tope máximo de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de retiro.*

(...)

ARTÍCULO TERCERO.- Para tener derecho a los beneficios, pensiones, bonificaciones o indemnizaciones establecidas en esta Resolución, el empleado o beneficiario deberá suscribir con carácter previo un acuerdo conciliatorio con la Administración, en el cual debe cumplir con los requisitos, condiciones y términos integrales de esta Resolución. El no cumplimiento del acuerdo conciliatorio, requisitos y demás condiciones aquí establecidas, no dará, ni creará derecho alguno al empleado, ya sea para demandar judicial o extrajudicialmente los beneficios en esta consignados.

(...)

ARTÍCULO SEXTO: *A los términos de esta Resolución podrán acogerse quienes hayan sido Empleador Oficiales de la Oficina Principal de Bogotá a 1º de mayo de 1991.*

(...)

ARTÍCULO OCTAVO: *Esta Resolución no se aplica a quienes se hayan retirado y beneficiado de la convención colectiva vigente para los trabajadores de Bogotá.*²⁵

Estas disposiciones utilizan de manera indistinta la denominación “**empleados oficiales**”, para referirse a los trabajadores oficiales y a los empleados públicos de la sede principal de la Empresa Puertos de Colombia. Existe una variación en esta Resolución respecto del Acuerdo 15 de 1990, consistente en que se permite que se pensionen los empleados de la sede principal de la empresa con tiempos de servicios inferiores a veinte años, determinando como edad mínima la de cuarenta (40) años y reduciendo el tope máximo de la pensión de 17.5 salarios mínimos como lo disponía el referido Acuerdo a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Entonces resulta claro, que estas disposiciones hicieron parte del plan de retiro de todos los servidores de la sede principal de Bogotá quienes no se beneficiaban de las convenciones colectivas vigentes.

2.5. Sobre el régimen general de pensiones aplicable a los servidores públicos

Como es sabido, con la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Pensiones en Colombia, el cual sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios **adquiridos y establecidos** conforme normativas anteriores, sin embargo, para las personas cuyo derecho pensional no se había consolidado con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, pero que estaban próximos a cumplir con los requisitos para acceder a dicho reconocimiento, el legislador estableció como mecanismo de protección el régimen de transición.

El mencionado régimen de transición fue consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo que en su tenor literal indica:

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al

²⁵ Fols. 46 a 49.

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...) Subraya el Despacho.” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

De lo anterior se desprende, que para quienes a 1º de abril de 1994, tenían 35 años de edad para las mujeres y 40 años en cuanto a los hombres o 15 años de servicios, los requisitos para acceder a la pensión se regían por el régimen anterior, que por regla general son las disposiciones previstas en las leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, las cuales prevén como **requisitos para acceder a la pensión**, 20 años de servicios y 55 años de edad, así como también, el monto de dicha prestación en un **75%** del “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio” – artículo 1º de la Ley 33 de 1985 –.

Precisamente, en lo que respecta al concepto monto, se generaron diversas interpretaciones por parte de las Altas Cortes del país. En esa perspectiva el Despacho se permite exponer las posiciones que respecto de dicho concepto venían sosteniendo tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, dada su importancia para resolver la controversia que aquí se trata.

2.5.2. Otros regímenes pensionales que rigieron antes de la Vigencia de la Ley 100 de 1993.

Es preciso señalar que también estuvo vigente antes de la Ley 100 de 1993, la Ley 71 de 1988, que reguló la pensión por aportes garantizando que las personas pudieran acceder a la pensión, con aportes públicos y privados, en la misma forma que ha quedado expuesta en precedencia, es decir, con el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años, aplicando una tasa de reemplazo del 75% y a diferencia de la Ley 33 de 1985, la edad para pensión lo era de 60 años para hombres y 55 para mujeres.

Otros servidores públicos también gozaron de regímenes especiales, como es el caso de los servidores de la Rama Judicial, a quienes se les aplicó el Decreto 546 de 1971, que establecía como edad para hombres 55 años y 50 años para mujeres y se exigía 20 años de servicio de los cuales por lo menos diez debían serlo en la Rama Jurisdiccional, no obstante, con la sentencia de unificación del 11 de junio de 2020 del Consejo de Estado de referencia CE-SUJ-S2-021-20, se hizo referencia al cálculo de la mesada pensional que lo es el promedio de lo devengado en los últimos diez años y la aplicación de una tasa de reemplazo del 75%.

En el caso de la Contraloría se encontraba vigente el régimen pensional del Decreto 929 de 1976, en el que se exigía 55 años para hombres, 50 para mujeres, 20 años de

servicios continuos o discontinuos, que ya fue objeto de unificación por el Consejo de Estado que determinó lo pertinente del promedio de los diez últimos años, aplicando una tasa de reemplazo del 75%. (Consejo de Estado, sentencia del 11 de junio de 2020, No. CE-SUJ-SII-20-20).

También los servidores públicos del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en el Decreto 1933 de 1989 que remitía a su vez al Decreto 1047 de 1978, para los dactiloscopistas, detectives, profesional o especializados estableciéndose como requisitos la edad de 50 años y 18 años de servicio. Para el caso de los servidores que se desempeñaban en otras actividades se les aplicaba el régimen general, es decir, la Ley 33 de 1985.

Significa lo anterior, que no es extraño en Colombia la existencia de regímenes pensionales especiales, pero estos se ajustaban a las actividades que realizaba el servidor y como mínimo exigían una edad que no era inferior de los 50 años. Regímenes que fueron afectados por la vigencia de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la liquidación de la mesada pensional y que desaparecieron con el Acto Legislativo No. 1 de 2005 que reformó el artículo 48 de la Constitución de 1991.

2.6. Revisión de pensiones reconocidas de manera irregular.

El artículo 19 de la Ley 797 de 2003, atribuyó facultades a las instituciones de seguridad social, para la revocatoria directa y sin necesidad de consentimiento de aquellos actos administrativos pensionales proferidos sin observancia de la norma vigente. Respecto de ese procedimiento la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad precisó lo siguiente:

*“Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo 19 no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, **la manifiesta ilegalidad**, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver. En conclusión, entre la parte motiva y la parte resolutive del acto de revocatoria directa deben mediar relaciones de consonancia que estén acordes con los respectivos mandatos constitucionales y legales, particularmente, con el debido proceso, la legalidad de los derechos adquiridos y la defensa del Tesoro Público. Recordando además que, en materia de supresión de actos administrativos, no es lo mismo cuando interviene un funcionario administrativo que cuando interviene el juez; y que, en todo caso, la revocatoria directa de un acto administrativo que reconoce una pensión o prestación económica sólo puede declararse cuando ha mediado un delito.”²⁶*

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-835 de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería.

Como se advierte la norma quedó condicionada, en el sentido que debe adelantarse una actuación administrativa en la que se garantice el debido proceso permitiendo al ciudadano ejercer su derecho de contradicción.

Por su parte el Consejo de Estado en sede de instancia, ha precisado sobre esta herramienta de la administración lo siguiente:

“En este orden, el verdadero alcance del artículo 19 ibídem, comporta desde luego (i) un deber de verificación de oficio del cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la prestación, cuando existan motivos que permitan suponer que se reconoció indebidamente una pensión y (ii) como consecuencia de la comprobación del incumplimiento de requisitos o la falsedad de los documentos que sirvieron de base para el reconocimiento pensional, un deber de revocatoria directa del acto administrativo; dicha revocatoria procede sin el consentimiento del particular, lo cual, reitera la Sala, es una nueva excepción a la regla de irrevocabilidad de los actos particulares, contenida en el artículo 73 del C.C.

Entonces, precisa la Sala que la competencia para revocar directamente los actos administrativos se encuentra, de manera general, en el artículo 69 del C.C.A, que otorga competencia para revocar los actos administrativos, a los mismos funcionarios que los hayan expedidos, o a sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en los eventos allí indicados, facultad que se complementa, de manera específica, con el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, cuando recae en actos administrativos que hayan reconocido irregularmente una pensión.²⁷”

Como se ilustra la revocatoria directa de un acto administrativo pensional expedido de manera irregular, constituye un deber para el funcionario competente después de haber garantizado el derecho de contradicción en sede administrativa.

En lo que toca al recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, se tiene que la norma precisa lo siguiente:

ARTÍCULO 20. REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO O DE FONDOS DE NATURALEZA PÚBLICA. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Las providencias judiciales que ~~en cualquier tiempo~~ hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse ~~en cualquier tiempo~~ por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

- a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y*
- b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la*

²⁷ Consejo de Estado-Sección Segunda Sentencia del 9 de julio de 2015, con ponencia del Consejero Dr. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2012-00996-01 (2693-13).

ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.” (Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-835 de 2003).

En este caso precisó la Corte Constitucional, precisó sobre los apartes declarados inexecutable lo siguiente:

“El artículo 20 de la Ley 797 de 2003 consagra una acción especial o sui génesis de revisión y ordena que se tramite por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código, esto es el procedimiento contencioso administrativo o laboral, o normas que los modifiquen y como quiera que se declaró inexecutable la expresión en cualquier tiempo, mientras el legislador establece un nuevo plazo, se tendrá como tal el que el legislador contempla actualmente para el recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, según sea el órgano competente en cada caso.

También precisa la Corte que ese plazo, comenzará a contarse a partir del día siguiente de la notificación de esta sentencia.

Finalmente precisa la Corte que el nuevo plazo se aplica a todas las hipótesis del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que hayan ocurrido con anterioridad a este fallo o que ocurran con posterioridad a él.”

En este caso la Corte consideró que autorizar a la entidad de previsión social demandar en cualquier tiempo resultaba desmedido, desproporcionado y por lo tanto la oportunidad legal para hacerlo es la señalada en la Ley adjetiva de las distintas jurisdicciones a las que deba acudir.

No obstante lo expuesto en la jurisprudencia anterior que solo se refiere a la posibilidad de atacar por la vía del recurso extraordinario de revisión aquellas sentencias que reconocen pensiones, debe tenerse en cuenta que en caso de irregularidad en el reconocimiento pensional, la Caja de Previsión Social respectiva también cuenta con la acción de lesividad para discutir la legalidad de un acto administrativo, que se puede intentar en cualquier tiempo, cuando se están discutiendo prestaciones periódicas que en los términos del artículo 164 numeral 1º literal c) de la Ley 1437 de 2011, no opera la caducidad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional al revisar la executable del artículo 136 numeral 2 del Decreto 01 de 1984, que se refería a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que reconocían prestaciones periódicas, mantuvo la norma que facultaba a la administración a demandar en cualquier tiempo bajo el siguiente argumento:

“...Contrario a lo que sostiene el demandante, la Corte considera que la intemporalidad que el legislador estableció en beneficio de la administración para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo su propio acto de reconocimiento de prestaciones periódicas, no desconoce los deberes de protección del Estado por cuanto, (i) el Congreso cuenta con un amplio margen de discrecionalidad al momento de establecer los procedimientos judiciales; (ii) si bien la regla general es el establecimiento de términos de caducidad para el ejercicio de las acciones judiciales, nada obsta para que, en determinados casos específicos, se pueda consagrar excepciones en defensa del interés general; (iii) el ordenamiento jurídico no ampara derechos adquiridos en contra de la Constitución

y la ley; (iv) la administración no puede directamente revocar el acto; y, (v) el afectado cuenta con todas las garantías procesales para defender su derecho.

Cabe recordar, que si bien la regla general es el establecimiento de términos de caducidad para ejercer las correspondientes acciones judiciales, por motivos de seguridad jurídica, pues como lo ha considerado esta Corporación [Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que entendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio²⁸, nada obsta para que en el ordenamiento jurídico, cuando quiera que se trate de defender intereses superiores de la comunidad, prevea el legislador que, en determinados casos, existan acciones cuyo ejercicio no se encuentra sometido a un término de caducidad.]²⁹

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avalado también la procedencia de la acción de tutela para controvertir providencias judiciales que contengan reconocimientos pensionales irregulares, al indicar:

“22. En síntesis, se han reiterado unas reglas para el análisis del requisito de subsidiariedad en las acciones de tutela interpuestas por los fondos de pensiones:

“(i) Por regla general las acciones de tutela que pretendan controvertir providencias judiciales que ordenaron algún tipo de reconocimiento prestacional periódico con abuso del derecho, son improcedentes.

*(ii) Esa improcedencia general del amparo obedece a la existencia del recurso extraordinario de revisión dispuesto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando se interponga dentro de la oportunidad establecida en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 (cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia judicial) o en la **Sentencia SU-427 de 2016** (cinco años contados a partir del 12 de junio de 2013, en el caso de que sean providencias judiciales proferidas antes de la fecha de sucesión de la UGPP en la representación judicial de CAJANAL, o a partir de la fecha de ejecutoria).*

(iii) La legitimación para interponer el recurso extraordinario de revisión por la configuración de un abuso del derecho recae, además de los sujetos establecidos en la Ley 797 de 2003, en cabeza de las administradoras de pensiones encargadas del pago de las prestaciones periódicas reconocidas de manera irregular.

*(iv) Excepcionalmente, las acciones de tutela interpuestas por las administradoras de pensiones para controvertir providencias judiciales por abuso del derecho, serán procedentes si tal abuso del derecho es de **carácter palmario**.*

*(v) Para la identificación de un abuso palmario del derecho en materia pensional debe realizar un análisis en conjunto de las diversas circunstancias presentes en los casos concretos y para el efecto se puede acudir a los **criterios y pautas de interpretación fijados en las Sentencias SU-427 de 2016³⁰, SU-395 de 2017³¹ y SU-631 de 2017³², relacionados con la existencia de incrementos pensionales desproporcionados, no correspondencia entre el monto de la pensión y la historia laboral, ventajas irrazonables como el desconocimiento de topes pensionales y/o vinculaciones precarias** (subraya fuera de texto). El accionante tiene la carga de*

²⁸ Sentencia C-351 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara

²⁹ Corte Constitucional Sentencia C-1049 de 2004 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández. **Las tres citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

³⁰ “M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez”.

³¹ “M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez”.

³² “M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado”.

aportar la información necesaria, pertinente y conducente para establecer la existencia del abuso palmario del derecho y, así, que en el caso concreto procede excepcionalmente la acción de tutela. En todo caso, la Corte Constitucional, sus distintas Salas de Revisión y los jueces de tutela, con base en los principios de autonomía e independencia judicial, se encuentran en libertad para establecer su convencimiento sobre el caso concreto y sobre si existe o no un abuso del derecho de carácter palmario.

(vi) En los casos en los que se acredite un abuso palmario del derecho y se decida de fondo el caso se adoptarán medidas para no afectar los derechos fundamentales de los implicados en la causa, tales como establecer un período de gracia de seis meses para hacer el reajuste pensional y/o no hacer exigible el reintegro de sumas ya canceladas³³”³⁴ (Resaltados propios del texto).

3.3. Para preservar la seguridad jurídica y la cosa juzgada y poner fin a la posibilidad de que una decisión judicial pueda siempre ser susceptible de una revisión constitucional, se debe cumplir con el requisito de inmediatez³⁵ que indica que debe interponerse la acción de tutela en un término razonable y proporcionado contado desde el hecho que se considera vulnerador.

3.4. Las irregularidades alegadas deben tener incidencia directa en los fallos cuestionados ya que en caso contrario pudieron ser subsanadas en el trámite, ya sea por el paso del tiempo o de las actuaciones, o por cuanto no se alegaron, de tal manera que las únicas que pueden ser revisadas son aquellas que verdaderamente pueden ser consideradas como violatorias de derechos fundamentales.

3.5. La parte accionante debe identificar razonablemente los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales con el fin de ofrecer claridad respecto de la afectación que pretende sea amparada y que se le imputa a la sentencia atacada.

3.6. No es posible atacar una sentencia de tutela con el fin de no prolongar indefinidamente el debate constitucional teniendo en cuenta que todos los fallos de tutela llegan ante la Corte para su eventual revisión.”³⁶

Un ejemplo de la valoración por vía de tutela de decisiones judiciales en materia de pensiones se observa en la sentencia T-334 de 2021, en la que la Corte Constitucional dejó sin efecto una sentencia proferida por esta Jurisdicción el 1º de diciembre de 2010 (10 años después); y determinó la Corte que era palmario el abuso del derecho en el reconocimiento pensional, según se expresa en el texto de la sentencia.

Las consideraciones en cita, ponen de relieve la importancia de entender que un derecho adquirido puede ser discutido si su concesión se opuso a la Constitución y la Ley, pues el interés del Legislador y del propio Constituyente recae en no permitir que se mantengan en el tiempo situaciones ilegales o ilícitas que no cuenten con acción para resolverse, garantizando la efectividad del sistema jurídico.

³³ “T-212 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), reiterando las sentencias T-034 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-039 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado)”.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-631 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

³⁵ Sobre este punto, es pertinente recordar que esta Corporación ha establecido como requisito de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales el principio de inmediatez, el cual se traduce en el deber de solicitar el amparo constitucional tan pronto como sea posible, atendiendo las particularidades del hecho que genera la violación. Al respecto, se puede consultar entre muchas otras: sentencias T-1089 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), T403 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1009 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araújo Rentería), T-607 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-680 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-611 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo), T-323 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV Nilson Pinilla Pinilla), T-034 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), SU-377 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-539 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³⁶ Corte Constitucional Sentencia T-368 de 2018 con ponencia del Magistrado Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Las seis citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.

En suma, la tendencia legal jurisprudencial ha abierto la posibilidad de revisar pensiones reconocidas en desconocimiento de la norma en la que deberían fundarse lo que justifica la procedencia de este tipo de acciones.

3.- Caso Concreto

Para abordar el estudio del caso concreto debe tenerse en cuenta que en aplicación de la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991 y el Acuerdo No. 015 del 9 de octubre de 1990, ambos expedidos por la Gerencia General de la Empresa de Puertos de Colombia en Liquidación, fue expedida la **Resolución 877 del 22 de octubre de 1991**³⁷ por medio de la cual le fue concedida al demandado Oswaldo Cetina Vargas, una Pensión Especial de Jubilación a cargo de FONCOLPUERTOS, tomando en consideración que acreditó quince (15) años ocho (8) meses y dieciséis (16) días de servicio. La prestación fue liquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicio y aplicando una tasa de reemplazo del 65.71%, para fijar una mesada de \$775.000 con efectividad a partir del 2 de septiembre de 1991, destacándose de esa mesada que equivale al tope máximo fijado en la reglamentación señalada, de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes³⁸.

Ante la existencia de dicha Resolución que se acusa de causar un detrimento patrimonial al Estado, la demandante UGPP, entidad que asumió el pago del pasivo laboral y pensional de dicha Empresa, pide que se declare su nulidad con fundamento en la Ley 33 de 1985, por considerar que el demandante no podía beneficiarse de una convención colectiva porque no ostentaba la calidad de trabajador oficial y además no contaba con los requisitos sustanciales a que hace referencia esa norma para poderse pensionar, como lo son los veinte (20) años de servicio y cincuenta y cinco (55) años de edad.

Al respecto advierte el Despacho que le asiste razón a la entidad demandada, pues el demandante al momento de hacerse beneficiario de la pensión aquí reconocida, era empleado público, del nivel directivo de la compañía y cumplió cuarenta (40) años. el 2 de septiembre de 1991, de manera que adquirió un beneficio bajo unas disposiciones adoptadas por la Junta y la Gerencia General de la Empresa de Puertos de Colombia que no estaba autorizada constitucionalmente a establecer planes de retiro de sus servidores que incluyeran particularidades sobre el reconocimiento y pago de pensiones para empleados públicos, abrogándose una facultad propia del legislador como quedó establecido en precedencia.

Esa competencia como se advirtió, es del legislador por regla general y de manera extraordinaria del Gobierno Nacional, pero debe decirse que si bien el Decreto 2318 de 1988 en su artículo 3º, facultaba a la Junta Directiva Nacional para fijar condiciones laborales, no autorizaba de manera expresa, ni al gerente ni a dicha Junta, a fijar condiciones pensionales como ocurrió en este caso.

³⁷ Fols. 40 a 40vto.

³⁸ El salario mínimo vigente para el año 1991, equivalía a \$51.716, Decreto 3074 de 1990.

Lo anterior por cuanto el Acuerdo No. 015 de 1990, no sólo se estableció una regulación pensional puntual para los empleados públicos de la sede principal de la Empresa de Puertos de Colombia, sino que les hizo extensivos los beneficios pensionales que se acostumbraban pactar en las convenciones colectivas vigentes, lo que se deduce fácilmente del contenido del artículo 9º, citado en precedencia, mismo que concuerda con la convención colectiva celebrada posteriormente el 23 de abril de 1991³⁹, en el artículo 43.

Se estableció entonces, una edad pensional mínima de cincuenta (50) años y un mínimo de veinte (20) años de servicios, pero para el caso del demandado, ello no fue suficiente, porque con la Resolución 297 del 3 de mayo de 1991, se redujo la edad para pensión de jubilación a cuarenta (40) años y un tiempo de servicios mínimo de quince (15) años, reglamentación que estableció un beneficio especial para los directivos de la Empresa Puertos de Colombia, que incluso superó lo que convencionalmente se acostumbraba pactar.

Precisado lo anterior, debe decirse que se encuentra demostrado que en el caso del accionado su pensión se fundó en disposiciones pensionales especiales que no sólo no le eran aplicables porque no se encuentran ajustadas al régimen general pensional para empleados públicos como lo era la Ley 33 de 1985, sino que como se viene diciendo, el Gerente General y al Junta Directiva Nacional de la referida Empresa, no contaba con la competencia para expedir este tipo de regulación. Cabe agregar que cuando el demandado se pensionó, no contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad y tampoco acreditaba veinte (20) años de servicios públicos, sino cuarenta años de edad y un poco más de quince (15) años de servicio.

En este orden de ideas se observa que el demandado no era beneficiario de las convenciones colectivas, pese a que ingresó a la referida empresa como trabajador oficial, pero desde el momento que su relación laboral se transformó en relación legal por el cambio de cargo, que ocurrió cuando empezó a prestar sus servicios para la Oficina de Auditoría Interna, como Auditor Jurídico Legal para el año 1987⁴⁰, luego, no era posible extenderle en su calidad de empleado público, beneficios convencionales y menos, si se trataba del negociador designado por parte de los directivos de la empresa para la celebración de tales convenciones.

También está demostrado, que la Empresa de Puertos de Colombia hacía extensivos los beneficios de las Convenciones Colectivas a los empleados de la sucursal principal que es Bogotá, pues el mismo accionado como negociador designado por las directivas para las convenciones de trabajo⁴¹, conocedor de las mismas, elevó una consulta al Subgerente de Relaciones Laborales, el 16 de enero de 1987, para que le aplicara los pagos pertinentes a los reemplazos temporales, porque ostentaba el cargo de Asesor Laboral (e), precisando que: *“...Dicha solicitud la hago en mi condición de trabajador oficial y como conocedor de los acuerdos de Junta Directiva que hacen extensivos los beneficios convencionales al personal directivo y profesional, por lo cual invoco la aplicación del mencionado artículo convencional, ya que estoy ejerciendo las funciones en*

³⁹ Folio 419 página 163.

⁴⁰ Folio 420 páginas 242 a 243, ver certificación laboral del 23 de noviembre de 1987.

⁴¹ CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" págs. 97, 153, 175 y 267.

*calidad de encargado.*⁴²

En suma, es claro que para el reconocimiento pensional que se discute, fue aplicada la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991, norma que estableció una reglamentación especial en materia pensional que incluso supera lo dispuesto al respecto en el Acuerdo No. 015 de 1990, en la Convención Colectiva vigente celebrada el 23 de abril de 1991 y que constituye el uso indebido de las competencias privativas del legislador, imponiéndole una carga onerosa al Estado, pues la pensión fue reconocida en el tope máximo de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes y eso que se dio aplicación a una tasa de reemplazo del 65.71%,

En resumen, es claro que propiamente la pensión del demandado no tiene origen convencional pero sí se concedió en contravía de lo dispuesto en el régimen que le aplicaba que lo era la Ley 33 de 1985, porque la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991, expedida en uso de una facultad reglamentaria inexistente, el Gerente General de la Compañía, estableció unas condiciones pensionales a las que se adhirió el demandado.

Finalmente, el Despacho advierte que de las pruebas obrantes en el expediente, no es posible establecer que el demandante tuviere derecho al reconocimiento pensional con base en alguna otra de las disposiciones aplicables a los servidores públicos amparados por el régimen de transición, pues no se probó que hubiere realizado más aportes para pensión distintos a los que fueron tenidos en cuenta por la entidad demandante en la prestación que fue concedida, que tal como se indicó solo correspondió a **15 años de servicio**, requisito de tiempo que no resulta suficiente para acceder al derecho prestacional en los términos contemplados en las leyes que fueron mencionadas en el acápite normativo.

3.1. Sobre las razones de defensa en torno a la legalidad de la pensión reconocida al demandado

Pese al análisis que antecede, el Despacho advierte que la parte demandada argumenta a través de las excepciones de mérito propuestas, que para poder declarar la nulidad del reconocimiento pensional en los términos solicitados por la demandante se debe: (i) establecer si el accionado perdió o no su condición de trabajador oficial (ii) determinar si se adelantó erradamente este proceso ante la existencia de un procedimiento señalado en la Ley 797 de 2003, que es el Recurso Extraordinario de Revisión ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, (iii) revisar los efectos de cosa juzgada del acta de conciliación avalada por un Juez de la República y que sirvió de base para el reconocimiento pensional, (iv) estudiar la inexistencia de consentimiento previo del demandante para acudir a esta acción, (v) concluir que en el presente caso operó la figura de saneamiento de las irregularidades cometidas en los actos administrativos emitidos por la Empresa Puertos de Colombia y (vi) respetar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

En consecuencia, el Despacho analizará los argumentos esgrimidos a fin de

⁴² Folio 420 página 223.

abordar de manera integral el estudio de la controversia.

3.1.1. Sobre el tipo de vinculación del demandado

En el presente caso se tiene establecido que el demandado **Oswaldo Cetina Vargas**, prestó sus servicios como en la Empresa de Puertos de Colombia, entre el 16 de diciembre de 1975 y 31 de agosto de 1991, vinculándose inicialmente por medio de contrato de trabajo para ejercer el cargo de **Supervisor Laboral**, como trabajador oficial y concluyendo la prestación de sus servicios como empleado público en el cargo de **Jefe de la Oficina de Auditoría Interna**, de la sede principal de la empresa que lo era la ciudad de Bogotá, cargo para el cual fue inicialmente encargado mediante Resolución 000648 del 1º de octubre de 1990⁴³ y del que finalmente tomó posesión el 1º de octubre de 1990⁴⁴.

Posteriormente, el actor fue designado como titular del mismo cargo, mediante Resolución 00862 del 12 de diciembre de 1990, expedida por el Gerente General de la entidad posesionándose el 24 de enero de 1991.

En el interregno entre el nombramiento y la posesión, el demandado mediante Resolución No. 881 del 27 de enero de 1990, fue encargado como Gerente del Terminal Marítimo de Buenaventura a partir del 8 de enero de 1991.

Se evidencia entonces que el accionante inició sus servicios en la Empresa Puertos de Colombia, como trabajador oficial suscribiendo el contrato de trabajo respectivo y en el cargo de Supervisor Laboral, pero debido a su formación como Abogado fue ascendiendo en el cargo, representando incluso a la dirección de la empresa como negociador de las múltiples convenciones colectivas y ocupando el cargo de Empleado Público denominado **Auditor Jurídico**, sin que se tenga certeza de cuando fue nombrado y posesionado en ese cargo, pues sólo se cuenta con una certificación expedida por el Jefe de Personal a solicitud del demandante del 20 de noviembre de 1987 que es del siguiente tenor:

*“Que el Doctor OSWALDO CETINA VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 19’142.662 expedida en Bogotá, ingresó a la Empresa el 16 de diciembre de 1975, en la actualidad devenga un Sueldo Básico Mensual de \$136.180,00 es **Empleado Público** y tiene a su cargo cuatro (4) personas.*

La presente se expide a solicitud del interesado a los veintitrés (23) días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) (Negrilla fuera de texto)”⁴⁵.

La anterior documental refleja que el accionante ejerció varios cargos pero el expediente administrativo no reporta todos los nombramientos, por lo que no se puede establecer el momento exacto en que dejó el cargo que ejercía como trabajador oficial y pasó a empleado público pero sí está demostrado que para 1987, ya ostentaba la calidad de empleado público.

El señor Oswaldo Cetina Vargas presentó renuncia a su cargo el 29 de agosto de

⁴³ CD Rom visible al folio 420 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 304.

⁴⁴ CD Rom visible al folio 420 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 305.

⁴⁵ CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 243.

1991⁴⁶, con efectos a partir del 2 de septiembre de 1991, oportunidad en la que manifestó acogerse al plan de retiro contemplado en la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991 y el Acuerdo No. 015 del 9 de octubre de 1990. Esa renuncia fue aceptada el 30 de agosto de 1991, por el Gerente General de la Compañía⁴⁷.

Con lo anterior queda claramente establecido, que distinto a lo afirmado por la defensa, el accionado sí perdió su condición de trabajador oficial y por lo mismo, pese a la reglamentación interna de la Empresa de Puertos de Colombia, no podía hacérsele extensivos los beneficios de las convenciones colectivas (artículos 150 numeral 19 literal f), artículo 189 numeral 14 de la Constitución de 1991, artículo 46 Ley 6ª de 1945 y artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo), en las que participó el demandado quien fungió como parte del comité negociador en representación de las directivas de la compañía como se desprende del expediente administrativo⁴⁸ y no estuvo afiliado al Sindicato como también se puede establecer de las documentales aportadas⁴⁹.

En consecuencia, no tiene vocación de prosperidad la excepción de mérito denominada: ***“falta de causa para pedir por cuanto al demandado pese a laborar en un cargo que debía ser ocupado por un empleado público, nunca perdió su condición de trabajador oficial”***, conforme con lo expuesto.

3.1.2. Presunto error en la escogencia de la acción por la parte de la UGPP.

Como se expuso en precedencia la parte demandada advierte que lo que procedía en el presente caso era la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, en los términos del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y no la acción de lesividad, porque con ese proceder se afecta la confianza legítima creada y la seguridad jurídica además que se evita que sea aplicada la prescripción de la presente acción.

En efecto, como se dijo anteriormente el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece la posibilidad de que el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia revisen providencias judiciales, entre las que se encuentren las **actas que aprueban conciliaciones judiciales**, cuando éstas hayan decretado o decreten reconocimientos que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones.

Es importante precisar que, en el presente caso la entidad demandante ataca la **Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991**⁵⁰, mediante la cual la Empresa Puertos de Colombia le concedió al demandado una pensión especial de jubilación. No obstante, el despacho advierte que dicho acto de reconocimiento pensional se produjo luego de haberse suscrito acta de conciliación expedida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de septiembre de 1991⁵¹, cuyo contenido se cita como fundamento del reconocimiento prestacional, lo que a su vez sirve de fundamento a la parte demandada para considerar que

⁴⁶ CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 355.

⁴⁷ CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 356.

⁴⁸ CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" págs. 97, 153, 175 y 267.

⁴⁹ CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 39.

⁵⁰ Fols. 41 a 41.

⁵¹ Fols. 122 a 123 del cdno. 1,

la aprobación de la conciliación era susceptible del recurso extraordinario de revisión.

Así las cosas, se impone al Despacho analizar la naturaleza del acuerdo suscrito para determinar si en el presente caso ha debido interponerse el recurso extraordinario de revisión y no la acción de lesividad que fue la vía escogida por la entidad demandada para discutir la legalidad de la pensión reconocida al demandado.

Analizada el acta de conciliación aludida, se observa que las partes acudieron a dicho mecanismo solamente con el fin de ratificar la solicitud del demandante de acogerse al plan especial de retiro comprendido en la Resolución 297 del 3 de mayo de 1991, petición que conforme con las pruebas documentales obrantes en el expediente, fue elevada por el demandado en documento de 29 de agosto de 1991, donde renunció a su cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna a partir del 2 de septiembre de 1991 y dejando la siguiente manifestación:

“...Debo aprovechar esta oportunidad para reconocer mis altos sentimientos de gratitud y aprecio que guardo para con Usted señor Gerente, por haberme tenido en cuenta para integrar el equipo de trabajo de esta administración y con todos mis compañeros de la Empresa en general por el apoyo y colaboración prestado para el normal cumplimiento de las funciones, y que a decir verdad de no ser por el plan de retiro que ofrece la Empresa y al cual deseo acogerme (Resolución No. 297 de mayo 3 de 1991, Acuerdo 0015 de octubre 9 de 1990) hubiese continuado al frente de mis labores...”⁵² (Negrillas y Subrayas del Despacho).

En virtud de la anterior manifestación, el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia, mediante escrito de 30 de agosto de 1991, aceptó la renuncia del demandante e indicó que: *“...La Jefatura de Personal tramitará lo correspondiente a sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta su solicitud. En cuanto a los derechos y aspiraciones prestacionales como pensionado, deberá usted acreditar los requisitos y condiciones que se exigen para lograrlo. Cumplidos los requisitos exigidos para cada caso, se procederá al reconocimiento y pago de ello...”⁵³ (Negrillas y Subrayas del Despacho).*

Como se desprende de los Actos administrativos mencionados, las condiciones pensionales de las que se benefició el accionante, fueron establecidas previamente a la celebración de la audiencia de conciliación, lo que se evidencia de la transcripción de las condiciones pensionales consignadas en el acta en comento, que corresponden exactamente a lo dispuesto en la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991. En efecto, en el Auto aprobatorio de la conciliación se indicó:

“...OSWALDO CETINA VARGAS manifiesta en forma expresa su decisión de acogerse al plan de retiro voluntario previsto en la Resolución No. 297 de mayo 3 de 1991, de la Gerencia General de la Empresa y acepta como compensación por serle más favorable la pensión aquí establecida, en lugar del anticipo de pensión el cual queda sometido por dicha pensión especial y se acuerda que renuncia a él. En todo caso la pensión especial totalmente incompatible con cualquier pensión o jubilación establecida en la convención o en la Ley.

⁵² CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 355.

⁵³ CD Rom visible al folio 421 del cdno 1. Archivo denominado "1202211101222801-00002" pág. 356.

*Que en consecuencia, **OSWALDO CETINA VARGAS** y el representante legal de la **EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA-EN LIQUIDACIÓN**-, acuerdan que la Empresa o la entidad que asuma las obligaciones de esta, le reconocerá y ordenará pagar a partir del 02 de septiembre de 1991, la pensión especial mensual vitalicia de jubilación prevista en la Resolución No. 297 de mayo 3 de 1991, en cuantía igual al sesenta y cinco punto setenta y un por ciento (65.71%) del promedio que **OSWALDO CETINA VARGAS** tenía fecha de su retiro e igualmente disfrutará a partir de esa fecha de los demás beneficios económicos y médico-asistenciales establecidos por la Empresa para sus pensionados. Esta pensión se incrementará de conformidad con lo dispuesto en la citada Resolución.*

(...)

Las partes declaran que con el presente Acuerdo quedan transada o conciliada cualquier diferencia relativa a la relación legal y reglamentaria, que ha quedado terminada, pues ha sido su común ánimo, conciliar, como en efecto se concilia, todo reclamo pasado, presente o futuro que tenga por causa, la mencionada relación legal y reglamentaria. Por consiguiente, recíprocamente se declaran a paz y salvo... ”⁵⁴

Como se desprende del acta de conciliación citada, la diligencia solo tenía como finalidad el ratificar que el demandado se acogería al plan de retiro contemplado en la Resolución 297 del 3 de mayo de 1991 y que se declaraba zanjada cualquier diferencia derivada de la relación legal y reglamentaria que se terminaba, es decir, tanto la Empresa como el Juez conciliador tenían claro que el accionante era un empleado público y que estaban ante la terminación de ese vínculo legal y reglamentario.

Cabe resaltar que en la conciliación no se determinaron las condiciones del reconocimiento pensional y tampoco se dejó constancia de una negociación en ese sentido, simplemente se cumplió con un requisito ordenado en precitada Resolución, donde fue la entidad determinó por ejemplo, la tasa de reemplazo aplicada al caso del accionante que de conformidad con el artículo 1º numeral 2º de la Resolución 297 del 3 de mayo de 1991 asciende al 65.71%.

Luego desde esa perspectiva a juicio de este Despacho, el acta de conciliación no se ajusta al presupuesto sustancial del artículo 20 inciso 2º de la Ley 797 de 2003, pues el resultado del reconocimiento pensional a favor del demandado no fue el acuerdo conciliatorio, sino la Resolución 297 del 3 de mayo de 1991 en la que el Gerente General de la Empresa de Puertos de Colombia estableció un plan de retiro para los **Empleados Oficiales** de la Sede Principal de la referida Empresa ubicada en la ciudad de Bogotá donde se estableció como requisito formal, acudir a la conciliación pero solo con el fin de ratificar la decisión de acogerse al plan de retiro allí establecido.

De otro lado vale la pena señalar, que la mención de empleados oficiales, antes de la vigencia de la Constitución de 1991, se ha utilizado indistintamente frente a empleados públicos y trabajadores oficiales (Decreto 1848 de 1969, Artículo 1º), pero en este punto debe ser claro el Despacho, que en el caso de la mención que se hace en el Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991, hace referencia única y exclusivamente a empleados públicos de la sucursal principal de la Empresa de Puertos de Colombia, tanto así que el artículo 8º del referido acto administrativo, se precisa que esa disposición no aplica a los empleados beneficiados por la convención colectiva vigente para Bogotá, tal y como se citó en precedencia.

⁵⁴ Fols. 122 a 123.

Para concluir, debe agregarse que sin perjuicio de si el acuerdo conciliatorio incidió o no en el medio que debía utilizarse para dirimir la presente controversia, no puede desconocerse que la Corte Constitucional puso en cabeza de este Juzgado la competencia para adelantar la acción de lesividad interpuesta por la entidad demandante, sin que se haya hecho referencia a que el medio al que ha debido acudir fuera el recurso extraordinario de revisión, cuya competencia para los efectos alegados por el demandado, recaería en el Consejo de Estado.

3.1.3. De la Cosa Juzgada en este asunto.

La parte demandada, indica que en este caso la solicitud de la entidad demandante vulnera el principio de la seguridad jurídica por cuanto el reconocimiento de la pensión se encuentra presidido de una conciliación, que hizo tránsito a cosa juzgada y en tal medida se torna indiscutible.

Para resolver, basta reiterar lo considerado en precedencia en torno a que la conciliación celebrada ante el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 1991, tuvo por objeto precaver eventuales litigios derivados de la relación legal y reglamentaria sostenidos por el accionado con su empleadora, pues se acogió a un plan de retiro regulado en la Resolución No. 297 del 3 de mayo de 1991.

Así las cosas, es claro que no fue ante el Juez que el accionado negoció con la Empresa Puertos de Colombia, el reconocimiento de una pensión, pues tal situación había sido definida previamente cuando el demandado manifestó su intención de acogerse al plan de retiro dispuesto por la entidad, ya que las condiciones sustanciales de reconocimiento de la pensión especial de jubilación estaban ya definidas en la prenombrada Resolución.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 20 del Código Procesal Laboral (Decreto 2158 de 1948) derogado por la Ley 712 de 2001, facultaba a los Jueces Laborales del Circuito a programar audiencias de conciliación extrajudiciales previa solicitud de los interesados, en las que procuraba determinar los derechos y proponer fórmulas de arreglo para solucionar el conflicto que se encontraba pendiente. No obstante, en este caso no se presentaron esos presupuestos sustanciales, pues no existía diferencia entre las partes y por el contrario, estaba claro y preestablecido el plan de retiro al que se acogió el demandante, lo que permite concluir que la diligencia solo se cumplió con el fin de cumplir con una formalidad, que exigía el artículo 3° del precitado Acto Administrativo.

En este orden de ideas, es claro para el Despacho que el derecho pensional cuando se cuenta con todos los requisitos legales, se constituye en un derecho cierto e indiscutible, sobre el cual no puede versar la conciliación, sin embargo, se insiste, ese control de legalidad no se desprendió de la audiencia de conciliación aludida la cual solo se realizó a fin de cumplir un requisito formal. Por consiguiente, el Despacho considera que la parte demandada no puede oponerse a este proceso alegando la cosa juzgada a que se refería el artículo 78 del Código Procesal Laboral (Decreto 2158 de 1948) derogado por la Ley 712 de 2001.

Lo anterior sumado a que en el presente caso no se advierte la existencia de identidad de causa y objeto, pues la decisión judicial no se produjo como producto de un proceso entre las partes del presente proceso, sino que se dio como cumplimiento de una formalidad sobre un derecho respecto del cual no existía diferendo alguno que solucionar.

Entonces, no se presenta en este caso la cosa juzgada que le impida a este Despacho avanzar en el estudio de fondo del caso propuesto.

Por lo expuesto en estos dos últimos puntos, no tiene vocación de prosperidad la defensa de *“falta de causa para demandar por encontrarse vigente el acta de conciliación que fue aprobada por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.”*, por las razones que se han dejado expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3.1.4. Consentimiento previo del demandado para poder adelantar la presente acción.

Considera la parte demandada, que no es procedente la presente acción porque no culminó el procedimiento administrativo de revocatoria del acto administrativo atacado, que había iniciado con el Auto No, 3082 de 2008 del Grupo Interno de Trabajo del Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Se advierte en este proceso, que el referido Ministerio inició la investigación sobre la forma en la que se le concedió la pensión y el accionado fue citado a ese trámite administrativo dentro del cual constantemente se opuso a que le revocaran su pensión, es decir, de conformidad con las documentales aportadas con la demanda al demandado se le ha garantizado el debido proceso en todo momento.

Mediante Resolución No. RDP-036021 del 8 de agosto de 2013, la UGPP declaró improcedente la revocatoria directa de la Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991, por medio de la cual se le reconoció la pensión al demandante, pues acudiendo a al sentencia C-035 de 2003, consideró que ello no era procedente en la medida que la condición que impuso la Corte Constitucional era la de acudir a la Jurisdicción para demandar el acto administrativo atacado. Así que en dicha Resolución requirió al demandado para que en los términos del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, manifestara su consentimiento para la revocatoria directa del acto administrativo, sin que se haya obtenido respuesta.

Dicha Resolución fue comunicada al accionado⁵⁵ y aquel no dio su consentimiento como se desprende del expediente administrativo, a lo que se añade que en este caso no se requería consentimiento por expresa disposición del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, además porque el demandante participó del trámite administrativo iniciado por el Grupo Interno de Trabajo del Ministerio de Salud y la Protección Social y todo el tiempo se opuso a la revocatoria de la pensión.

⁵⁵ CD Rom visto a folio 419 Págs. 509 a 514 del exp. Administrativo.

Por lo tanto, no prospera el medio exceptivo de *“falta de causa para pedir por el no agotamiento del trámite que inicio mediante la expedición del Auto 3082 de 2008”*, conforme con lo expuesto en precedencia.

3.1.5. Presunto saneamiento dado por la Ley a las irregularidades que pudieron presentarse al momento del reconocimiento de la pensión del demandado.

Para justificar este argumento, la defensa invoca el artículo 12 del Decreto 135 de 1991⁵⁶, que reguló lo siguiente:

“ARTICULO 12. Los empleados públicos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, que se vinculen a partir de la fecha de publicación del presente Decreto, sólo podrán percibir las mismas prestaciones sociales establecidas para el régimen general de los empleados públicos, teniendo en cuenta la remuneración asignada para el respectivo empleo y en los términos y condiciones señaladas en la ley, los que estuvieron vinculados antes de esta fecha, tendrán derecho a continuar percibiendo las mismas prestaciones sociales que existan a 31 de diciembre de 1990.”

La norma en cita, fue reiterada por los Decretos sucesivos como el 907 de 1992 y el 12 de 1993, que son reglamentarios de la remuneración de los empleados públicos en la Empresa Industriales y Comerciales del Estado, normas que no consagran regulación alguna sobre pensiones de estos servidores, ni tampoco ratifican o respaldan alguna pensión que hubiera sido concedida con desconocimiento de la norma que regula la materia.

De otra parte, en lo que toca al artículo 146 de la Ley 100 de 1993, indica la parte demandada que ese artículo también cubija a los empleados públicos del nivel nacional a quienes se les haya concedido la pensión con alguna irregularidad, por lo que para desatar este argumento, necesario es traer a colación el tenor literal de la norma en comento:

“ARTÍCULO 146. SITUACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES DEFINIDAS POR DISPOSICIONES MUNICIPALES O DEPARTAMENTALES. *Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.*

<Expresión tachada INEXEQUIBLE> También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido ~~o cumplan dentro de los dos años siguientes~~ los requisitos exigidos en dichas normas. (Sentencia C-410 de 1997).

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente Ley.”⁵⁷

⁵⁶ “por el cual se fija la remuneración de los empleados públicos pertenecientes a las Empresa Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas de orden nacional, directas e indirectas.”

⁵⁷ Ley 100 de 1993

Como se desprende del texto normativo, se hace de referencia a las situaciones pensionales definidas con disposiciones municipales o departamentales previas a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que conservaron su validez, pero no se refiere a los servidores públicos del orden nacional que se hayan beneficiado, con alguna reglamentación sobre la materia, ni tampoco ampara la posibilidad de aplicar normas de carácter convencional a empleados públicos del orden nacional.

Así entonces, no puede perderse de vista la inaplicabilidad de la disposición citada a una empresa como la extinta Colpuertos que tenía la calidad de empresa adscrita al Ministerio de Transporte y obras públicas del nivel **nacional**, por lo que no se encuentra dentro del supuesto normativo cuya aplicación se alega.

Vale la pena anotar que esta norma fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en la sentencia C-410 de 1997, en la que se precisó lo siguiente:

*“Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las **disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales**, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de segunda social (ley 100 de 1993).”⁵⁸*

Como se desprende de la cita precedente, en ninguna parte la Corte Constitucional hace extensivo el beneficio normativo a los servidores públicos del orden nacional, como lo sugiere la defensa. Cabe agregar, que en la sentencia C-240 de 2010, que se invoca como argumento de respaldo en la contestación de la demanda, la Corte Constitucional se declaró inhibida para analizar nuevamente la constitucionalidad de la norma, porque los cargos no quedaron correctamente estructurados.

Así mismo, sobre un caso de contornos similares a éste en el que la defensa también invocó la norma anotada, el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“52. Ahora, en lo que tiene que ver con la argumentación del demandado, en la que aduce que el acto acusado no es contrario a normas superiores, toda vez que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁹, en ella se estableció que las pensiones de los empleados públicos liquidadas teniendo en cuenta una convención colectiva quedaron convalidadas de conformidad con el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, la Sala precisa que esta disposición legalizó situaciones jurídicas individuales que bajo el amparo de disposiciones territoriales expedidas por los departamentos y los municipios, se reconocieron derechos con antelación a la mencionada norma; sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de situaciones jurídicas individuales de los empleados del nivel nacional, como es el caso del demandado, pues, su situación no quedó comprendida dentro de las situaciones jurídicas refrendadas por la citada ley, toda vez que la norma se refirió de manera expresa a las disposiciones municipales y departamentales en materia de pensiones; empero, frente a las situaciones como la del demandado, no se tiene la misma protección del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el señor se desempeñó como empleado público, en la empresa Puertos de Colombia.”⁶⁰

⁵⁸ Corte Constitucional Sentencia C-410 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁵⁹ Sentencia de unificación que se transcribió arriba

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 11 de mayo de 2020, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del expediente No. 47001-23-33-000-2015-00035-02-(5714-18). **La cita precedente proviene del texto jurisprudencial citado.**

Como se advierte, no es procedente convalidar la pensión aquí estudiada pues el demandado fue un empleado público del orden nacional, luego no se ajusta del artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, no es de recibo el argumento de la defensa, pues en la norma en comento no pudo existir omisión legislativa, en cuanto el régimen pensional para empleados públicos del orden nacional se encuentra definido en la Ley anterior a la Ley 100 de 1993, que para los empleados públicos era la Ley 33 de 1985, entre otras, pero siempre las condiciones pensionales las determinó el Congreso de la República o el Gobierno Nacional en el caso por ejemplo del artículo 27 Decreto 3135 de 1968, ya que como se expuso precedencia se trata de una competencia reservada exclusivamente a dichas autoridades. En consecuencia, este argumento legal, tampoco resulta de recibo.

En lo que hace referencia a la convalidación que interpreta la parte demandada se desprende de la Ley 4ª de 1992, artículo 2º literal b) (sic), interpreta el Despacho que a lo que quiso referirse el demandante fue al literal a) de la norma), según el cual: *“El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;”*⁶¹, se considera que se trata de una disposición que se refirió de manera general a los principios que regulan la competencia del Gobierno Nacional, para la fijación de remuneraciones y prestaciones sociales a empleados públicos, pero alude a los servidores en servicio activo, no a los pensionados como lo sugiere la defensa, pues en materia de pensiones únicamente hace referencia a la competencia del Gobierno Nacional para modificar el régimen pensional del Congreso de la República, sin hacer referencia a otros sectores, luego no es posible afirmar que la norma valide la actuación de Colpuertos en el reconocimiento pensional que aquí se discute.

En lo que toca al argumento de la convalidación que otorga la Constitución de 1991 a este tipo de pensiones, se estima que con el acto legislativo 01 de 2005, se ha procurado la protección del erario público, la garantía de sostenibilidad financiera, principio contra el que se atenta, si se desconoce que a la accionada no le aplicaban las condiciones de las convenciones colectivas celebradas al interior de Colpuertos y que el reconocimiento pensional proviene de una Resolución que desconoce la Ley sustancial sobre la materia que para el caso del accionante lo era la Ley 33 de 1985.

En torno al argumento según el cual se debe convalidar la pensión reconocida atendiendo a los principios de confianza legítima y buena fe, en el sentido en que en cualquier momento no puede revisarse la pensión del accionante a quien se le ha pagado oportunamente, el Despacho considera que la revisión de las condiciones de la pensión encuentran sustento en el hecho de que se ha establecido que se concedió bajo una regulación expedida sin competencia, por una entidad que se abrogó facultades del legislador y estableció un nuevo régimen pensional aplicable a los empleados públicos de la mencionada Empresa, extendiendo beneficios

⁶¹ Ley 4ª de 1992.

convencionales a empleados que no tienen la calidad de beneficiarios de las convenciones colectivas.

El Despacho no desconoce que en efecto, no cualquier argumento habilita la revisión oficiosa de que trata el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, sin embargo, el principio de confianza legítima no es inmutable y debe ceder ante una irregularidad que afecte directamente el erario. Al respecto la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“134. La buena fe no solo se reclama a las autoridades públicas, imponiéndoles la obligación de abstenerse de modificar abruptamente sus decisiones⁶², sino que también se predica de los particulares. Esta busca materializar la confianza mutua, lo cual exige una disposición respetuosa y leal de ambas partes:

“La buena fe incorpora el valor de la confianza. En razón a esto, tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar “Que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador”. Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias”⁶³.

135. Es por lo anterior que frente a una circunstancia de ostensible ilegalidad, la Corte ha defendido que “la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias”⁶⁴.

136. La confianza mutua y la rectitud entre los afiliados y las autoridades administrativas es determinante para el correcto funcionamiento del sistema de pensiones. El incumplimiento de los requisitos, las maniobras fraudulentas para obtener una pensión, o el abuso por parte de la autoridad a través de trámites innecesarios o decisiones arbitrarias, alimentan un círculo vicioso que estimula la desconfianza y en el que, al final, todos pierden. El régimen pensional por excelencia supone un componente de solidaridad trans e intergeneracional⁶⁵, en el que la suerte de los colombianos está interconectada. Como ya dijo la Corte, “este ideal lo construimos todos. Nos hacemos todos responsables de su éxito o de su fracaso”⁶⁶. De ahí la necesidad de que los partícipes del sistema de pensiones obren con rectitud, lealtad y honestidad.

137. En conclusión, la revocatoria unilateral de un acto de reconocimiento pensional se habilita ante un comportamiento lo suficientemente grave como para ser enmarcado en algún tipo delictivo, sin que sea necesario demostrar la responsabilidad penal a través de una sentencia condenatoria. Tampoco hace falta que el afiliado sea el que haya concertado o inducido en error a la administración, pues el ordenamiento jurídico también sanciona a quien se aprovecha de estos escenarios. El cumplimiento de las normas es un presupuesto básico del Estado social y democrático de derecho. Actuar con rectitud y honestidad es una exigencia que se deriva del principio general de la buena fe y que permite crear un ambiente de confianza mutuo, imprescindible para el buen funcionamiento de la sociedad.”⁶⁷

⁶² Sobre el principio de confianza legítima, ver Sentencia T-338 de 2010. MP. Juan Carlos Henao; T-328 de 2014. MP. María Victoria Calle.

⁶³ Sentencia T-075 de 2008. MP. Manuel José Cepeda.

⁶⁴ Sentencia C-835 de 2003. MP. Jaime Araujo Rentería.

⁶⁵ Sentencia SU-631 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz.

⁶⁶ Sentencia T-533 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-182 de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Diana Fajardo Rivera. **Las 419 cinco citas precedentes, provienen del texto jurisprudencial citado.**

Conforme con las consideraciones en cita de la Corte Constitucional, la buena fe, no sólo se espera de la administración sino también de los administrados, por lo que estos últimos no pueden faltar a dicho principio y beneficiarse de errores que eventualmente cometan las entidades, por lo que tampoco en ese sentido puede invocarse el principio de confianza legítima cuando la gravedad del asunto que se denuncia amerita un pronunciamiento de fondo, más aún cuando se denuncian conductas irregulares así no sean propiciadas o causadas por el directo demandado en el proceso.

Vale la pena anotar, no es inmutable un derecho adquirido que precede a un acto fraudulento y se funda en éste, por lo que el principio de la seguridad jurídica, de la buena fe del accionado y de la confianza legítima, no son oponibles en este caso, porque es necesario salvaguardar los intereses de la administración.

Así entonces, el Despacho estima que el principio de confianza legítima no puede soslayar el deber de observancia de la Ley a cargo de los ciudadanos y no puede consolidarse un acto de la administración cuando es generado por el desconocimiento de la Ley vigente para reconocer un derecho que no puede ser calificado como adquirido, al no provenir de un justo título.

Por lo tanto, los argumentos defensivos carecen de la fuerza suficiente para romper las pretensiones de la demanda, razón por la cual se declarará no probada la defensa de mérito de: ***“inexistencia de la acusación por haber operado la figura del saneamiento”***.

Así mismo, por sustracción de materia es del caso concluir que tampoco prospera la excepción de presunción de legalidad del acto acusado formulada por la parte demandada.

3.2 Conclusión

En suma, la Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación al demandado, se declarará nula. Cabe señalar que vista la historia laboral del accionado, no puede modificarse la mesada a fin de evitar la pérdida del derecho pensional porque no se encuentra acreditado que hubiera efectuado cotizaciones a la entidad demandante o a cualquier otra, con la que se acredite a la fecha el cumplimiento de los presupuestos sustanciales para acceder a la pensión.

En conclusión, prospera el cargo de nulidad invocado por la entidad demandante pues quedó desvirtuada la presunción de legalidad que amparaba a la Resolución No. 877 del 22 de octubre de 1991, en consecuencia. no prospera el medio exceptivo denominado: ***“inepta demanda por cuanto el apoderado de la parte actora no logra desvirtuar la presunción de acierto y legalidad del acto acusado a través de un concepto de violación claro y específico”***

4. Restablecimiento del derecho

En este tipo de acciones sólo procede la devolución de dineros por parte del demandado según el artículo 164 numeral 1º literal c) de la Ley 1437 de 2011, cuando se demuestre que el particular no obró de buena fe.

En el presente caso, pese a la irregularidad demostrada en el reconocimiento de la pensión, no se demostró que el demandado haya inducido en error a la Empresa Puertos de Colombia-Colpuertos, haya presentado documentación falsa o haya actuado en complicidad con otros servidores realizando conductas de tipo penal en fraude a la administración para obtener un beneficio.

El esfuerzo probatorio de la entidad demandante se centró en demostrar la ilegalidad del acto administrativo atacado, sin embargo, no se demostró la mala fe del demandado, ni que éste haya cometido una conducta calificable como delictiva o fraudulenta, asociada al tema pensional aquí discutido. Tampoco se probó que el accionado se haya ocultado u opuesto a atender el llamado de la justicia, pues en este proceso estuvo pendiente del trámite y propuso medios defensivos admisibles en este tipo de asuntos independientemente la vocación de su prosperidad.

En consecuencia, no procederá la restitución de sumas de dinero suplicadas por la entidad demandada y por lo mismo se declarará probada la excepción de ***“ineptitud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para ordenar el reintegro de dineros entregados al demandante de viene de buena fe”***.

5. Suspensión del pago de la pensión con esta decisión

Como quiera que es evidente el error cometido en este caso, al reconocerse una pensión al demandado sin el lleno de requisitos legales y no fue decretada medida cautelar en este proceso, en razón a que no se tenía certeza de que tratara de empleado público o trabajador oficial, no puede desconocerse que en la actualidad ya existe certeza sobre la ilegalidad del reconocimiento prestacional que se ataca, teniendo la competencia sobre el asunto se hace necesario ordenar con esta providencia suspender el pago de la pensión, independientemente de que la sentencia sea recurrida o no, en la medida que no puede continuar afectándose el erario como ha quedado expuesto y pese a la actuación de buena fe del accionado, se considera que deja de existir desde este momento, la cual dejará de surtir efectos en el momento mismo en que se notifique esta decisión.

6. De las costas

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas al demandado, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe. Además porque no se encuentran demostradas en los términos del artículo 365 del C.G.P.

F A L L A:

PRIMERO: **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito denominadas ***“inepta demanda por cuanto el apoderado de la parte actora no logra desvirtuar la presunción de acierto y legalidad del acto acusado a través de un concepto de violación claro y específico”***, ***“falta de causa para demandar por encontrarse***

vigente el acta de conciliación que fue aprobada por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.”, *“falta de causa para pedir por cuanto al demandado pese a laborar en un cargo que debía ser ocupado por un empleado público, nunca perdió su condición de trabajador oficial”*, *“falta de causa para pedir por el no agotamiento del trámite que inicio mediante la expedición del Auto 3082 de 2008”*, *“inexistencia de la acusación por haber operado la figura del saneamiento”*, propuestas por la í parte demandada y conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: **SE DECLARA PROBADA** la excepción de mérito de *“ineptitud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para ordenar el reintegro de dineros entregados al demandante de viene de buena fe”*, por las razones que se indicaron en precedencia.

TERCERO: **SE DECLARA LA NULIDAD** de la Resolución No 877 del 22 de octubre de 1991, expedida por la Gerencia General de la Empresa Puertos de Colombia en Liquidación.

CUARTO: **SE NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: **SE ORDENA** el cumplimiento **INMEDIATO** de esta decisión suspendiendo los pagos de las mesadas pensionales al demandado, conforme quedó expuesto.

SEXTO; Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:

Monica Lorena Sanchez Romero

Juez

Juzgado Administrativo

028

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **ed138cedd50d49c10aeff257d2ad4678e4cc20d45a6259aedaa4c1e1520f6aa2**

Documento generado en 14/09/2022 07:02:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>