



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado	: 080012331000200901036 01
No. Interno	: 2028 – 2016
Demandante	: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado	: Rosalba Esther Venegas Ortega
Acción	: Nulidad y restablecimiento del derecho
Segunda Instancia	: Decreto 01 de 1984

Temas: Lesividad – Pensión de Jubilación / Reconocimiento pensional sin el cumplimiento del tiempo de servicios / ponderación de los principios de confianza legítima, buena fe, acto propio y sostenibilidad fiscal frente al derecho a la vida digna del adulto mayor / el principio de equidad no puede operar en desmedro de los principios mínimos fundamentales elevados a rango constitucional en el artículo 53 superior, como la no regresividad, porque la Constitución Política prevé el principio de favorabilidad en beneficio del trabajador.

Se desata el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), por medio de la cual la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico, declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado y como consecuencia de lo anterior, ordenó liquidar la pensión de la señora Rosalba Esther Venegas Ortega en cuantía equivalente al 92.18% del mayor salario mensual de su categoría y negó la devolución de las sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales por haber sido recibidas de buena fe.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, en lesividad, demandó la nulidad de su propio acto administrativo contenido en la Resolución 019 del 20 de marzo de 2003, mediante el cual se le reconoció en favor de la señora Rosalba Esther Venegas Ortega una pensión de jubilación, por haberse reconocido de manera ilegal al no cumplir con los requisitos de ley.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la demandada, el reembolso de todas las sumas pagadas por concepto de mesada pensional a la cual no tenía derecho desde el 1 de enero de 2000, hasta el día en que se profiera la sentencia que decrete la nulidad del acto administrativo demandado, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

1.2. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 1 – 11), en síntesis, son los siguientes:

La señora Rosalba Esther Venegas Ortega desempeñó labores para las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla en dos períodos: del 18 de febrero de 1974 al 10 de abril de 1977 y, posteriormente, entre el 18 de enero de 1980 al 31 de julio de 1992. Además, prestó servicios en la Asamblea Departamental del Atlántico desde el 13 de abril al 16 de diciembre de 1994, con un contrato de prestación de servicios por 6 meses según la Resolución 176 del 30 de mayo de 1995, y del 16 de febrero al 31 de diciembre de 1996. También laboró para el Municipio de Baranoa desde el 14 de abril al 31 de diciembre de 1994.

Posteriormente, la Resolución 103 del 8 de septiembre de 2004 revocó la Resolución 019 de 2003, decisión confirmada por la Resolución 176 del 17



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

de noviembre de 2004. No obstante, en cumplimiento de un fallo de tutela del 8 de octubre de 2004 dictado por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla, la Resolución 177 del 22 de noviembre de 2004 revocó las Resoluciones 103 y 176 de 2004, ordenando incluir a la señora Rosalba Venegas Ortega en la nómina, conforme a la orden judicial.

Afirmó que en el momento de obtener la pensión de jubilación, la demandada tenía 50 años y 11 meses, toda vez que nació el 1 de febrero de 1949, y la pensión ha sido ajustada anualmente desde su reconocimiento.

Precisó que la naturaleza jurídica de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla era de un establecimiento público del orden municipal, y en consecuencia sus servidores tenían el carácter de empleados públicos, con excepción de quienes se dedicaban a la construcción o sostenimiento de obras públicas quienes serían trabajadores oficiales. Por lo anterior, sostuvo que el cargo de Profesional I desempeñado por la señora Rosalba Esther Venegas Ortega, se consideraba como de empleada pública.

1.3. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 4, 6, 13, 48 y 150 de la Constitución Política; 67 del Decreto 1221 de 1986; 41 de la Ley 11 de 1986; 1 de la Ley 33 de 1985; 36 de la Ley 100 de 1993; y los Acuerdos Distritales 010 de 1958 y 004 de 1989.

La entidad demandante afirma que la demandada tenía 50 años cuando se le reconoció la pensión, empero, alega que no aplicaba el régimen de transición establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, pues no había laborado más de 20 años continuos o discontinuos al servicio del Estado, sino solamente 18 años, 5 meses y 12 días de servicios, teniendo la calidad de empleada pública.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

2. Contestación de la demanda

La señora Rosalba Esther Venegas Ortega (ff. 106 – 111) se opuso a las pretensiones, argumentando que los hechos en los que se basa la demanda no son ciertos, ya que ella cumplió con los requisitos de tiempo de servicio y edad para acceder a la pensión de jubilación y recibir la mesada correspondiente.

Afirmó que la solicitud de devolución de las sumas recibidas legalmente como resultado de un acto administrativo que se presume legal es contraria a la Constitución y a la ley, especialmente al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.), que establece que los particulares no están obligados a reembolsar cantidades percibidas de buena fe.

Argumentó que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega es beneficiaria de la convención colectiva, según los certificados presentados. Por lo tanto, tendría derecho a la pensión convencional, ya que su retiro de las Empresas Públicas Municipales (EPM) ocurrió después de más de 15 años de servicio y cuando cumplió 48 años, requisitos que cumplió en 1996, fecha en la que debería haberse pensionado.

Resaltó que el vínculo laboral de la demandada transcurrió desde el 18 de febrero de 1974 hasta el 10 de abril de 1977, y nuevamente desde el 18 de enero de 1980 hasta el 31 de julio de 1992. Durante este periodo, se regía por las disposiciones del Decreto 191 de 1960, sin que pudiera aplicarse la modificación al artículo 70 de los estatutos de 1992 introducida por el Decreto 754 de 1991, ya que esta modificación se realizó después de iniciarse el vínculo laboral.

Así pues, alegó que *“teniendo en cuenta que la señora ROSALBA VENEGAS ORTEGA es beneficiaria de la convención colectiva como se prueba con los certificados que aportó, suscritos por el Presidente del Sindicato de Trabajadores de las EPM: Andrés Blanco Sarmiento y en las liquidaciones finales de las prestaciones*



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

sociales; tendríamos que acogernos a que ella tenía derecho a la pensión convencional y teniendo en cuenta que su retiro del servicio de las EPM fue con más de 15 años de servicio, ésta se produciría al momento de cumplir los 48 años, que era la condición que surgía una vez retirada, los cuales tenía cumplidos en el año 1996, fecha desde la cual debió ser pensionada, lo cual no se hizo.”

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, caducidad de la acción, falta de competencia y *desistimiento tácito*.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Descongestión, a través de la sentencia del 31 de agosto de 2015 (ff. 624 – 631 reverso), declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado y ordenó al Distrito de Barranquilla a reliquidar la pensión de la señora Rosalba Esther Venegas Ortega, en cuantía equivalente al 92.18% del mayor salario mensual de su categoría, liquidación que tendrá efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia y negó la devolución de las sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales por haber sido recibidas de buena fe.

Desestimó las excepciones propuestas por la parte demandada, relativas a la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Respecto a la prescripción y a la caducidad, consideró que se confunde dichas figuras jurídicas; sin embargo, entendió que lo alegado hace referencia a la caducidad de la acción, que tratándose de acciones contra actos administrativos que reconocen o niegan prestaciones periódicas, y que conforme al artículo 136 del C.C.A., no opera la caducidad de la acción, motivo por el cual no está llamada prosperar.

Con relación a la excepción de falta de competencia, manifestó que la parte demandada mientras estuvo vinculada a la entidad demandante, ostentó la calidad de empleada pública, por tanto, esta jurisdicción sí es competente.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

Analizado el material probatorio allegado al expediente y el régimen aplicable a la pensión de jubilación, consideró que a la señora Rosalba Esther Venegas Ortega se le aplica la Ley 33 de 1985, por encontrarse en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, la entidad resolvió demandar su propio acto al considerar que la demandada no cumplía con el requisito de tiempo de servicio, habida cuenta que sólo acreditó 18 años de servicios.

En efecto, el *a quo* encontró probado que la demandada no cumplió con el requisito de los 20 años de servicio para hacerse acreedora a la pensión de jubilación; sin embargo, consideró que la declaratoria de nulidad del acto de reconocimiento implicaría dejar desprotegida a la pensionada, por lo que dio aplicación al artículo 170 del C.C.A. y al criterio auxiliar de equidad consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política, con el objeto de impartir justicia material que dirima el conflicto suscitado.

Conforme con lo anterior, consideró que *“(...) el cumplimiento de los veinte (20) años de servicios equivale al 100% de la prestación pensional, y que la accionada laboró para el ente demandante por un lapso de 18 años, 05 meses y 08 días, que equivalen al 92.18% y que en la actualidad cuenta con 66 años de edad, la cual la convierte en una persona de la tercera edad y además un sujeto de especial protección constitucional”*, en consideración a que a la señora Rosalba Esther Venegas Ortega le faltaba *escasamente un año* para acceder al beneficio pensional de manera completa.

Por lo anterior, declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, le ordenó a la entidad demandante reliquidar la pensión en el porcentaje equivalente al 92.18% del mayor salario de su categoría, el cual tendrá efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia. No ordenó la devolución de los dineros pagados en exceso, en cuanto estos fueron recibidos de buena fe y se abstuvo de condenar en costas a la parte demandada.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

4. Recursos de apelación

4.1. Por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla

Mediante un memorial visible a folios 633 a 645 del expediente, la entidad demandante, a través de su apoderado judicial, interpuso un recurso de apelación contra la providencia del 31 de agosto de 2015. En dicho recurso, solicitó la revocación de la sentencia y que se anule el acto demandado.

Argumentó que el cargo de Profesional I ocupado por la señora Rosalba Esther Venegas Ortega no estaba clasificado como relacionado con la construcción de obras públicas, lo cual excluía su consideración como trabajadora oficial, por tanto, era una empleada pública. Además, se sostuvo que la pensión de jubilación fue concedida bajo el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985. No obstante, se afirmó que no era aplicable esta última normativa, ya que para el 29 de enero de 1985, la señora Rosalba Esther Venegas Ortega tenía más de 8 años de servicio, insuficientes para cumplir con los 15 años requeridos por la citada ley.

Destacó que, en la fecha de reconocimiento de la pensión, la demandada no había acumulado los 20 años continuos o discontinuos de servicio necesarios, ya que solo había trabajado durante 18 años, 5 meses y 11 días.

Advirtió que la decisión del juez de primera instancia, en aras de la justicia material, declaró la nulidad parcial del acto administrativo y ordenó la reliquidación de la pensión de la demandada al 92.18%. Sin embargo, reprochó que aquél no se podía basar en la proporcionalidad del tiempo servido y el monto salarial para determinar la mesada pensional.

Sostuvo que la Ley 33 de 1985 no era aplicable a la demandada, dado que su empleo como profesora en las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla comenzó en 1974. Por lo tanto, al entrar en vigencia la Ley 33



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

de 1985 el 13 de febrero del mismo año, la jubilada no había cumplido con los 15 años de servicio requeridos, y en consecuencia, no podía beneficiarse del régimen de transición establecido por dicha ley.

4.2. Por la parte demandada

La señora Rosalba Esther Venegas Ortega mediante apoderado judicial presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que el *a quo* “*se equivoca al clasificar a la señora Venegas como una empleada pública sin que tuviera derecho a beneficiarse de la convención colectiva de la E.P.M., contrariamente a lo que muestra la prueba documental que se aportó, el certificado del sindicato de las E.P.M., donde está claramente establecido que la demandada tenía todo el derecho a beneficiarse de la reivindicación laboral de ser pensionada con un porcentaje del ciento por ciento del valor del salario promedio devengado en el último año de servicio, porque ella cumplía con el tiempo y los años para servicio para ser beneficiaria de esta prerrogativa laboral.*”

Alegó que a la demandada no se le puede desmejorar la mesada pensional, ni tiene la obligación de regresar las mesadas pagadas con ocasión del reconocimiento realizado mediante el acto demandado.

5. Alegatos de conclusión

Vencido el término concedido mediante auto del 8 de septiembre de 2017, para presentar alegatos de conclusión, las partes y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2.2. Problema jurídico

En los términos de los recursos de apelación presentados por las partes, corresponde a la Sala determinar si modifica o revoca el fallo del Tribunal que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto se analizará si está acorde a derecho la decisión del fallador de primera instancia consistente en reducir el monto de la mesada aplicando un criterio de proporcionalidad conforme al tiempo de servicios, o si se debe revocar y adoptar una decisión de acuerdo con lo pedido por las partes.

Por consiguiente se abordarán los siguientes temas: i) si la señora Rosalba Esther Venegas Ortega era trabajadora oficial y por tanto tenía derecho a beneficiarse de la convención colectiva de trabajo; ii) o si en la calidad de empleada pública acreditó 20 años de servicios y tiene derecho a la pensión regulada en la Ley 33 de 1985; y finalmente iii) ponderación de los principios de sostenibilidad financiera del sistema pensional, de buena fe, confianza legítima y respeto del acto propio cuando se pone en riesgo o amenaza el derecho a la vida digna del pensionado, a quien se le reconoció la prestación sin que incurriera en abuso del derecho o en una conducta fraudulenta.

2.3 Hechos probados

Obra en el folio 27 del expediente, copia del registro civil de nacimiento de la demandada, en el cual se observa que nació el 1 de febrero de 1949

¹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

Revisado el acervo probatorio que obra en el expediente, se tiene que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega acredita los siguientes tiempos de servicios:

<u>ENTIDAD</u>	<u>PERIODO</u>	<u>TIEMPO</u>
Escuela Empresa Públicas Municipales de Barranquilla - EE.PP.MM. (f. 197, 210, 213, 215) Profesora	18 de febrero de 1974 al 10 de abril de 1977	3 años, 1 mes y 22 días
Empresas Públicas Municipales de Barranquilla (f. 64) Profesional I (f. 398, 420)	18 de enero de 1980 al 28 de junio de 1992	12 años, 6 meses y 10 días
Asamblea Departamental del Atlántico (f. 66, 469) Asistente de comisión	13 de abril de 1994 al 16 de diciembre de 1994	8 meses y 3 días
Asamblea Departamental del Atlántico (f. 66, 251, 469) Contrato de prestación de servicios (6 meses)	1 de junio de 1995 al 30 de noviembre de 1995	5 meses y 29 días
Asamblea Departamental del Atlántico (f. 66, 469) Consultor Especializado	16 de febrero de 1996 al 31 de diciembre de 1996	10 meses y 15 días
Municipio de Baranoa (Atlántico) (f. 65)	14 de abril de 1997 al 31 de diciembre de 1997	8 meses y 17 días
	TOTAL SERVICIO	TIEMPO 18 años 5 meses y 6 días

A folio 435 del expediente obra certificación suscrita por el presidente del Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla de fecha 28 de agosto de 1992, en la cual hace constar que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega, era asociada de la organización sindical y cotiza de las cuotas ordinarias y extraordinarias por beneficiarse de la convención colectiva de trabajo.

Consta en los folios 443 a 444 del expediente, copia del derecho de petición presentado por la señora Rosalba Esther Venegas Ortega, a través de



No. Interno: 2028 – 2016
 Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
 Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

apoderado judicial, en el cual le solicitó al secretario de Hacienda del Distrito de Barranquilla, el reconocimiento de la pensión de jubilación.

La Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla, mediante oficio D.E.I.P. del 17 de marzo de 2003, dirigido al secretario de Hacienda Distrital, **emitió concepto favorable respecto al reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora Venegas Ortega**, y manifestó que le es aplicable para efectos de la edad lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre el régimen de transición, y además afirmó, que contaba con 20 años de servicios al Estado (ff. 447 – 448), en los siguientes términos:

“(…)

Examinada la documentación correspondiente al proyecto de resolución por la cual se reconoce y ordena pagar una pensión mensual vitalicia de jubilación o vejez a la señora Rosalba Esther Venegas Ortega, quien según las certificaciones o constancias de servicio y hoja de vida laboral trabajó en las extintas Empresas Públicas Municipales, durante 17 años, 11 meses y 27 días, desde febrero 18 de 1974 a febrero 15 de 1992. Más adelante en la Asamblea Departamental durante 2 años, 9 meses, 2 días, desde marzo 28 de 1994 hasta diciembre 30 de 1996. También prestó sus servicios en el cargo de secretaria de la Alcaldía Municipal de Baranoa desde el 14 de abril de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997. Además, cuenta con más de 50 años de edad. Sobre el particular, me permito conceptuar lo siguiente:

A la mencionada señora le es aplicable para efectos de la edad lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sobre régimen de transición para acceder a la pensión de jubilación, por lo que para los efectos de la edad se observara lo dispuesto en el régimen legal anterior. Además, tiene más de 20 años de servicio al estado.

(…)

*Por consiguiente, **el concepto es favorable** y es procedente la firma de la resolución por la cual se reconoce y paga la pensión de jubilación.*

(…)” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

La Secretaría de Hacienda Distrital de Barranquilla, a través de la Resolución 019 del 20 de marzo de 2003, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación mensual a la señora Rosalba Esther Venegas Ortega,



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, a partir del 1 de enero de 2000 (ff. 451 a 455).

Luego, el secretario de Hacienda Distrital de Barranquilla con la Resolución 103 del 8 de septiembre de 2004, revocó la Resolución 019 del 20 de marzo de 2003, por haberse encontrado un error en el tiempo indicado en el acto de reconocimiento (ff. 460 – 464). Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución 176 del 17 de noviembre de 2004, confirmando el acto recurrido (ff. 466 – 470).

Sin embargo, mediante la Resolución 177 del 22 de noviembre de 2004, el secretario de Hacienda Distrital de Barranquilla, en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla de fecha 8 de octubre de 2004 (ff. 549 – 556), dejó sin efectos las Resoluciones 103 del 8 de septiembre de 2004 y 176 del 17 de noviembre de 2004, y ordenó corregir la nómina de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, para que se le incluyera a la señora Rosalba Esther Vanegas Contreras, conforme a la orden impartida en la decisión judicial (ff. 472 – 478).

Reconocimiento pensional

En la Resolución 019 del 20 de marzo de 2003 (ff. 22 – 26), el Fondo Territorial de Pensiones, Secretaría de Hacienda Distrital de Barranquilla, encontró que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega *“prestó servicios al estado por más de 20 años”*, así:

(...)
 EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE BARRANQUILLA

	AÑO	MES	DIA	TOTAL DÍAS
DESDE FEBRERO 18/74	1992	02	12	
HASTA FEBRERO 15/92	1974	02	18	
	17	11	27	6.477

Diecisiete (17) años, once (11) meses y Veintisiete (27) días.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – ATLANTICO



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

	AÑO	MES	DIA	TOTAL DÍAS
DESDE MARZO 28/94	1996	12	30	
HASTA DICIEMBRE 30/96	1994	03	28	
	02	09	02	992

Dos (2) años, Nueve (9) meses y Dos (02) días.

TOTAL TIEMPO SERVIDO AL ESTADO 20 AÑOS – 08 MESES 8 29 DÍAS: Igual 7.469

(...).”

2.3. Análisis de la Sala

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla reconoció una pensión regida por la Ley 33 de 1985 a la señora Rosalba Venegas Ortega, al considerar que sí cumplió con 20 años de servicios en entidades públicas, sin embargo, acude ante la jurisdicción afirmando que realmente solo cuenta con 18 años, 5 meses y 12 días de servicios, de modo que no tiene derecho a la prestación reconocida.

El Tribunal declaró la nulidad parcial del acto acusado, pues, en efecto la demandada laboró como empleada pública 18 años, 5 meses y 12 días de servicios, sin embargo, a la luz del principio de equidad y para no desproteger a la jubilada, redujo la mesada pensional al 92.18%, para lo cual aplicó una proporción en atención al tiempo de servicios demostrado en el proceso.

Inconforme con esta decisión las dos partes apelan. La demandada indica que era trabajadora oficial y por ello tiene derecho al reconocimiento de una pensión acorde con la convención colectiva de trabajo, así mismo reprocha que es improcedente reducir la mesada. A su turno, la entidad actora afirma que la pensionada era empleada pública y que por no acreditar 20 años de servicios *se debe dar plenos efectos a la acción de nulidad.*

Visto lo anterior, la Subsección se pronunciará sobre si la demandada era trabajadora oficial; el requisito de 20 años de servicios para el reconocimiento



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

pensional; la facultad del juez administrativo para que en el marco de una lesividad disponga la reducción de la mesada pensional cuando se no acreditan los 20 años de servicios exigidos por la Ley 33 de 1985; y la ponderación de los principios de sostenibilidad financiera del sistema pensional, de buena fe, confianza legítima y respeto del acto propio cuando se pone en riesgo o amenaza el derecho a la vida digna del pensionado, a quien se le reconoció la prestación sin que incurriera en abuso del derecho.

Naturaleza jurídica del empleo ejercido por la demandada

Como primer aspecto, la Sala procederá a establecer la naturaleza jurídica de los servidores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, a efectos de determinar si la señora Rosalba Esther Venegas Ortega (demandada) ostentaba la calidad de empleada pública o trabajadora oficial.

El Decreto 2127 de 1945, a través del cual se reglamentó la Ley 6 de 1945, en el artículo 4 estableció que, las relaciones entre empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo y se rigen por normas especiales, salvo que se trate de actividades relacionadas con la construcción o sostenimiento de obras públicas, de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotan con fines de lucro o de instituciones que pudieran ser fundadas y manejadas por particulares, y permitió la vinculación de personal a través de contratos de trabajo para realizar las actividades anteriormente relacionadas.

Por su parte, el Decreto 3135 de 1968², estableció los criterios para determinar quiénes son considerados servidores públicos y trabajadores oficiales:

“Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son

² “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”



No. Interno: 2028 – 2016
 Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
 Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

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.*³

*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.*⁴

A su vez, el artículo 2 del Decreto 1848 de 1969 definió a los empleados públicos como aquellas personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales. El artículo 3 *ibídem* indica que son trabajadores oficiales, i) quienes laboran en las entidades referidas en el inciso 1 del artículo 1⁵, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, salvo el personal directivo y de confianza, y ii) quienes prestan sus servicios en establecimientos públicos con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y en sociedades de economía mixta.

Ahora bien, mediante el Acuerdo 24 del 23 de mayo de 1960, el Concejo de Barranquilla determinó que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, se constituirían como un organismo autónomo, descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio⁶.

A través del Decreto 191 de 1960⁷, la Alcaldía Municipal de Barranquilla aprobó los estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, y se determinó como una persona jurídica de derecho público, con autonomía

³ Texto subrayado declarado inexecutable mediante sentencia C - 484 de 1995 de la Corte Constitucional.

⁴ Texto subrayado declarado executable en la sentencia C - 484 de 1995.

⁵ 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.

⁶ Ver folios 56 a 62.

⁷ Ver folios 564 a 572.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

para administrar los servicios públicos que se le encomendaron y precisó las funciones que ejercería la Junta Directiva.

Luego, a través de la Resolución 05 de 12 de marzo de 1973 aprobada por el alcalde municipal mediante el Decreto 118 de 1973⁸, adicionó los estatutos y señaló que el artículo 70 quedaría así: *“Todos los trabajadores que prestan sus servicios a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, con excepción del Gerente, los Subgerentes y Jefes de División tienen el carácter de trabajadores oficiales.”*

La Junta Directiva de las EPM de Barranquilla expidió la Resolución 022 del 2 de junio de 1987, mediante la cual modificó el artículo 70 de los estatutos, para precisar que los cargos que desempeñen actividades de dirección y confianza, deben ser considerados como empleados públicos, esto es, gerente general, gerentes, subgerentes, secretaria general, jefes de oficinas, directores, jefe de división, jefes de departamento, subjefes, interventores, ingenieros de planta, profesionales I y II, modificación aprobada por la Alcaldía Municipal de Barranquilla mediante el Decreto 472 de 1987⁹.

Cabe señalar que la Sección Segunda de esta Corporación, mediante sentencia del 11 de junio de 1991¹⁰, declaró la nulidad de la Resolución 05 y el Decreto 118 de 1973, proferidas por la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y el Alcalde de dicha ciudad, respectivamente, al considerar que la clasificación de los trabajadores de las EPM de Barranquilla contenida en estos actos, no se ajustaba a lo preceptuado en el ordenamiento jurídico, habida cuenta de que los servidores de los establecimientos públicos tienen el carácter de empleados públicos, con excepción de los dedicados a la construcción o sostenimiento de obras públicas.

Conforme con lo anterior, el alcalde de Barranquilla expidió el Decreto 649 de

⁸ Ver folio 573.

⁹ Ver folios 574 a 575.

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 11 de junio de 1991, Radicación: CE-SEC2-EXP1991-N3773, Actor: José Joaquín Rincón Chávez (Contraloría Municipal de Barranquilla).



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

1 de noviembre de 1991¹¹, a través del cual se aprobó una modificación a los estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Apruébese la modificación del artículo 70 de los Estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, el cual quedará así:

Se tienen como actividad de sostenimiento y construcción de obras públicas las que ejecuten en los cargos de: Albañil, Aseadora, Ayudante I, Ayudante de Electricidad, Ayudante de Mecánica, Ayudante de Operación, Cadenero, Carpintero, Capataz, Celador, Chofer, Conductor II, Conductor III, Conductor IV, Electricista, Electricista I, Electricista II, Lubricador, Mecánico, Mecánico I, Mecánico II, Obrero, Obrero I, Obrero II, Obrero III, Obrero IV, Obrero V, Obrero VI, Operador, Operador I, Operador V, Operador de Planta de Tratamiento, Oficial, Oficial I, Oficial II, Oficial de Pintura, Plomero, Soldador, Supervisor de Acueducto, Supervisor de Alcantarillado, Supervisor de Aseo, Supervisor de Mecánica, Supervisor de Electricidad, Supervisor de Mercadeo, Técnico Operador, y en consecuencia todas las personas que desempeñen tales actividades tienen la calidad de Trabajadores Oficiales. Todos los demás son Empleados Públicos.”

Corolario a lo expuesto, puede concluirse que los servidores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla eran empleados públicos, con las excepciones expresamente señaladas y en razón al criterio funcional, por lo que es procedente afirmar que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega tenía la condición de empleada pública, pues para el momento en que solicitó el reconocimiento de la pensión se desempeñaba como Profesional I, cargo que no se encontraba calificado como trabajador oficial, y por ende, no podía ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajo conforme a las previsiones establecidas en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al tenerse acreditado que la demandada no era trabajadora oficial, se desestima el derecho al reconocimiento de la convención regulada en la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que bajo este aspecto no le asiste la razón a la demandada recurrente.

¹¹ Ver folios 576 a 577 del expediente.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

De la norma pensional aplicable

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 prevé que quienes, para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplica el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, en cuanto a la edad para acceder a la prestación pensional, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

En el caso concreto, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Rosalba Esther Venegas Ortega se encontraba cobijada por el régimen de transición, pues contaba con más de 35 años de edad, lo que permite aplicarle su régimen pensional anterior, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1, preceptuaba que el empleado oficial tendría derecho al pago de una pensión mensual siempre que prestara o hubiere prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y cumpliera 55 años de edad.

Así las cosas, el régimen pensional que gobierna el derecho pensional de la señora Rosalba Esther Venegas Ortega es la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En cuanto a los requisitos pensionales, se observa que cumplió la edad de 55 años el 1 de febrero de 2004, data posterior al 31 de diciembre de 1997, cuando se retiró del servicio público, y que acordé con lo certificado por la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla presuntamente ya había cumplido 20 años de servicios.

De los tiempos de servicios

Ahora bien, la Sala procede a revisar si la jubilada laboró 20 años de servicios oficiales para establecer si era procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación mediante el acto administrativo demandado



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

Al respecto se advierte que la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla expidió un concepto favorable respecto al reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora Venegas Ortega, en atención al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre el régimen de transición, y además afirmó, que contaba con 20 años de servicios al Estado.

Agotado este trámite interno previo, el Fondo Territorial de Pensiones, Secretaría de Hacienda Distrital de Barranquilla, en la Resolución 019 del 20 de marzo de 2003 reconoció la pensión de jubilación al considerar que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega prestó servicios al estado por 20 años, 8 meses y 29 días, por laborar en las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y en la Asamblea Departamental del Atlántico.

Sin embargo, tal como se expuso en los hechos probados, lo cierto es que una vez valoradas las pruebas documentales aportadas en el plenario, solamente se acredita como tiempo de servicios públicos 18 años, 5 meses y 6 días.

Lo anterior, se explica toda vez que el acto de reconocimiento pensional computó los tiempos de servicios del 18 de marzo de 1974 al 12 de febrero de 1992 de forma ininterrumpida, no obstante, la empleada no prestó sus servicios entre el 11 de abril de 1977 y el 11 de enero de 1980.

Es de anotar que la interesada no aportó documentos falsos ni incurrió en maniobras fraudulentas que hicieran inducir en error a la administración, en lo relativo a como se hizo el cómputo del tiempo de servicios, y es muy importante hacer énfasis en que la entidad acudió a un concepto de la Oficina Jurídica, para verificar el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional.

En este orden de ideas, es indiscutible que la demandada no completó los 20 años de servicio exigidos por la Ley 33 de 1985, empero la Subsección,



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

como juez de la legalidad del acto administrativo, también actúa como garante de la primacía de los derechos laborales elevados a rango constitucional en el artículo 53 de la Carta Política, en consonancia con el derecho al mínimo vital y a la vida digna de la pensionada.

Nótese que la Corte Constitucional ha considerado que *“tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional, han fijado límites a ciertas prerrogativas de jueces, acreedores, empleadores y pagadores, de afectar o gravar los ingresos mensuales de los trabajadores y pensionados, pues esa libertad de disposición sobre los ingresos de una persona debe ajustarse al respeto por derechos fundamentales, tales como el mínimo vital y la vida digna”*¹².

Ponderación de los principios de confianza legítima, buena fe, acto propio y de sostenibilidad financiera frente al derecho a una vida digna del adulto mayor

Recuérdese que el cumplimiento del tiempo de servicios es un criterio objetivo, cuya verificación no compete a la discrecionalidad del operador administrativo ni judicial. En efecto, tratándose de una lesividad se determina que la prerrogativa del juez contencioso administrativo de hacer el control de legalidad del acto de reconocimiento pensional está limitada a la verificación del cumplimiento de los requisitos legales, pero también a que se respeten los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida digna, cuando se ha demostrado que el jubilado está amparado por la confianza legítima, no haya incurrido en abuso del derecho, ni maniobras fraudulentas.

Ciertamente, la acción a través del cual el legislador permite a las entidades demandar sus propios actos que reconocen pensiones, persigue un fin constitucionalmente legítimo, pero a la par está ligada con la carga del juez de evaluar en cada caso concreto que la aplicación de reglas objetivas no materialice una decisión en extremo injusta que ponga en riesgo la

¹² Corte Constitucional, sentencia T-864-14, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

subsistencia del pensionado, toda vez que ello iría en contra de los principios del Estado Social de Derecho, por tratarse de personas de la tercera edad, en razón de su condición de sujetos de especial protección constitucional.

En este sentido, la Constitución Política dispone en el artículo 230 que el juez está sometido al imperio de la ley, y que los principios generales del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial. A lo cual debe agregarse que acorde con la jurisprudencia constitucional la aplicación de la ley comprende el conjunto de normas constitucionales, lo que incluye la interpretación jurisprudencial de las Altas Cortes¹³.

Por ello, el Consejo de Estado ha hecho énfasis en que la interpretación normativa debe estar inspirada en los principios de justicia material, para evitar decisiones arbitrarias e injustas *“que se puede derivar de la aplicación de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida por la norma legal”*¹⁴. En este entendido *“puede ocurrir que el juez se encuentre en presencia de una situación completamente nueva, por no haber contemplado el legislador un caso especial y en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto”*¹⁵.

En este contexto, la Sala no puede perder de vista que la administración i) reconoció el derecho pensional desde el año 2000, fundándose en un concepto favorable de su oficina jurídica, ii) en la actualidad la jubilada tiene 74 años de edad, siendo entonces un sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera edad, iii) no se evidencia que cuente con otros recursos para garantizar su congrua subsistencia; iv) no indujo en error a la administración; v) no incurrió en abuso del derecho, que se evidencia en aquellos casos donde la prestación es altamente

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 24 de agosto de 2017 dentro del expediente con radicación 41001233300020130021601 (0618-2015).

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. M.P. Ana Margarita Olaya. Expediente No. 73001-23-31-000-2002-00720-01 (5116-2005), Actor: Lucrecia Pinzón Neira.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

desproporcionada frente a los aportes y a la historia laboral del empleado, sea por vinculaciones precarias o fugaces; lo cual tampoco se configura en los supuestos de hecho estudiados en el presente caso.

En efecto, dada la particular situación de la pensionada mediante auto para mejor proveer, esta Corporación solicitó información al Registro Único de Afiliados RUAF, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, a Colpensiones y a los fondos privados Colfondos, Protección Skandia y Porvenir, a fin de establecer si la demandada percibe pensión, sustitución o pensión de sobrevivientes adicional a la pensión de jubilación que se debate en este proceso.

A través de los escritos radicados en SAMAI, el representante de Skandia Pensiones y Cesantías S.A.¹⁶, Colfondos¹⁷, Protección¹⁸ manifestaron que la demandante no presenta ni ha presentado afiliación ni aportes en los mencionados fondos.

El jefe de la Oficina de Tecnología de la Información y la Comunicación – TIC, mediante oficio con radicado 202213001271041 del 29 de junio de 2022, visible en el índice 41 de SAMAI, en respuesta al requerimiento realizado en el curso de la segunda instancia, sostuvo que *“verificada la página Web del SISPRO en el Registro Único de Afiliados - RUAF NO se encontró información de la señora ROSALBA ESTHER VENEGAS ORTEGA en el sistema general de pensiones.”*

El director de Liquidaciones y Garantías de Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES¹⁹, informó que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega *“se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS en el régimen contributivo, en calidad de cotizante “Dependiente” con la NUEVA EPS, sin reporte de novedad a calidad de “Pensionado” (...).”*

¹⁶ Índice 27 de SAMAI

¹⁷ Índice 44 de SAMAI

¹⁸ Índice 35 de SAMAI

¹⁹ Índices 32 a 34 de SAMAI



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través del índice 29 de SAMAI, mediante oficio del 7 de julio de 2022, informó que a la demandada “NO figuran en el sistema declaraciones de impuesto sobre la renta presentada por la ciudadana para los años gravables 2006 a 2019.” De la misma forma, sostuvo que presentó declaración de impuesto de renta para el año gravable 2020.

De lo explicado en precedencia se tiene que la situación de la pensionada exige del juez un estudio del caso a la luz de los principios que emanan de la Carta Política. En consecuencia, el fallador en lesividad debe observar el cumplimiento de los requisitos objetivos, pero como garante de la Constitución Política, con su decisión no puede poner en riesgo el mínimo vital de un adulto mayor quien es sujeto de especial protección constitucional.

Así pues, en el presente caso, adquiere especial relevancia el principio de la confianza legítima de los particulares en las actuaciones del Estado y la buena fe del administrado, como límites a las autoridades para que no modifiquen de forma abrupta y sorpresiva al destinatario, en efecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-478 de 1998²⁰, señaló que:

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege”.

Conforme lo anterior, se destaca que la Corte Constitucional estableció los siguientes supuestos para la protección de la confianza legítima, en la

²⁰ M.P. Alejandro Martínez Caballero



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

sentencia T - 436 de 2012, así:

- a) La necesidad por parte de la Administración de preservar de manera perentoria el interés público.
- b) Demostrar que el particular ha desplegado su conducta en aplicación al principio de la buena fe.
- c) La desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la Administración y el particular.

Descendiendo al caso bajo análisis, se considera que estos acreditan en la medida que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega presentó petición ante la entidad demandante para obtener la pensión de jubilación, sin que se observe que acudió a documentos falsos o medios fraudulentos.

Dentro del expediente se demostró que la entidad demandante otorgó la pensión de jubilación a la señora Rosalba Esther Venegas Ortega, con ocasión del concepto favorable emitido por la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla, mediante el oficio D.E.I.P. del 17 de marzo de 2003, con destino al secretario de Hacienda Distrital, por haber demostrado 20 años de servicios al Estado (ff. 447 – 448). De lo anterior se colige que la administración generó para la demandada el convencimiento que reunía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Siendo clara entonces la buena fe en la actuación de la empleada y a cuya solicitud accedió la entidad que emitió concepto favorable y procedió a dictar el acto correspondiente, generando un estado de confianza legítima.

Se advierte que la nulidad de la Resolución 019 del 20 de marzo de 2003, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación, conllevaría un cambio repentino en las condiciones de vida de la señora Rosalba Esther Venegas Ortega. Por tanto, en el *sub examine* acorde con el material probatorio recaudado la anulación de la decisión afectaría su mínimo vital y el derecho a la dignidad humana.



No. Interno: 2028 – 2016
 Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
 Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

Sobre el particular, se trae a colación que *“el carácter fundamental de la seguridad social está dado por la instrumentalidad que esta tiene para la garantía de la **dignidad humana** como marco fundacional de los principios esenciales del Estado Social de Derecho. En efecto, en el entendido de que la dignidad es la eminencia especial del ser humano frente a otros seres vivientes, que le permite exigir un trato especial y que lo hace merecedor de un trato de sujeto y no de objeto por virtud de la racionalidad que le permite su autodeterminación y libertad”²¹.*

Dada su relevancia para el presente caso, se trae a colación la sentencia T-378 de 1997²² donde la Corte Constitucional amparó el derecho a la sustitución pensional al reconocer que negar este derecho a una persona sin ingresos y sin capacidad laboral compromete su dignidad, igualdad y autonomía. La Corte destacó que someter a alguien a depender de la caridad ajena, cuando existe la posibilidad de acceder a recursos propios, vulnera el principio de dignidad humana. Criterio reiterado en el fallo T-456 de 2004²³ reafirmando la protección del derecho a recibir la mesada pensional de sobreviviente para una mujer. La decisión se basó en la grave vulneración de institutos constitucionales, como el derecho a la dignidad, al negarle la pensión de invalidez a una persona sin ingresos y sin capacidad para trabajar, lo cual equivaldría a someter su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, comprometiendo así su dignidad, igualdad y autonomía.

En este caso, la situación de la pensionada está amparada por la confianza legítima en la actuación de la entidad quien adelantó los trámites internos y por concepto favorable determinó que tenía derecho al reconocimiento pensional. El acto propio de la administración propició que la trabajadora no completara el tiempo de servicios que le hacía falta y que en la actualidad es imposible perfeccionar, por ello, la actuación irregular de la administración no

²¹ Corte Constitucional, sentencia SU-140 de 2019

²² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²³ M.P. Jaime Araújo Rentería



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

puede en este caso en particular poner en riesgo la subsistencia de la jubilada.

La decisión del juez no puede ser extremadamente injusta y obliga a que se realice un ejercicio de ponderación para dar prevalencia a los derechos fundamentales de la pensionada, perjudicada por una actuación irregular de la administración.

Para la Subsección, el trabajador como parte débil de la relación laboral no debe verse desprotegido ante las decisiones de la administración, que con su conducta intempestiva somete a la pensionada al abandono del Estado, toda vez que pese a haber laborado más de 18 años de servicios, lo cierto es que en la actualidad cuenta con la edad de 74 años, y se encuentra en la imposibilidad de completar el tiempo de servicio de 20 años.

Se destaca que el artículo 83 de la Constitución Política prevé que se presume la buena fe en las actuaciones de los particulares, lo cual denota la existencia de una relación de confianza con la administración, en donde prima la seguridad jurídica respecto de las decisiones tomadas por las autoridades.

En sentir de la Sala, para este caso en especial acceder a la nulidad del acto administrativo demandado, vulneraría el derecho a la dignidad humana de la accionada, llevándola a ajustarse a nuevas circunstancias las cuales en su condición de persona de la tercera edad, no está en la posibilidad de soportar.

En razón a que la accionada en la actualidad cuenta con 74 años²⁴, se reitera que es merecedora de una protección especial por tratarse de una persona de la tercera edad, de ahí que, la suspensión de la mesada de la pensión de jubilación, sería exponerla a condiciones de indignidad, lo cual compromete

²⁴ A folio 27 del expediente obra el registro civil de nacimiento en el cual consta que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega nació el 1 de febrero de 1949.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

su derecho a la seguridad social y a su mínimo vital.

Por los argumentos expuestos no asiste la razón al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, al insistir en el recurso de apelación en que se anule el acto demandado. La Sala determina que la entidad no tiene fundamentos válidos al solicitar que se revoque la sentencia con el propósito de anular totalmente el acto de reconocimiento pensional y dejar sin cobertura pensional a la demandada.

Ahora bien, como la accionada también apela frente a la decisión del *a quo* que desmejoró su mesada pensional, es menester hacer énfasis en que el Tribunal invocó el principio de equidad como fundamento de la orden de reducción de la pensión, con el fin de no desprotegerla.

Decisión que no es compartida por esta Corporación, toda vez que el derecho pensional fue reconocido bajo la Ley 33 de 1985, que regula una tasa fija de reemplazo del 75%, y el porcentaje aplicado por el Tribunal no existe en esta normativa. Por tanto, no es dable a la autoridad judicial reducir este porcentaje, ya que con ello entra en la competencia del legislador, para crear una pensión liquidada en un valor menor cuando es claro que no existe un fundamento constitucional o legal. Es decir, so pretexto del principio de equidad, es improcedente para el juez de lesividad modificar la tasa de retorno y con ello reducir el monto de la mesada pensional.

Por otra parte, la aplicación del principio de equidad no puede operar en perjuicio del trabajador luego de ser pensionado y en desmedro de los principios mínimos fundamentales elevados a rango constitucional en el artículo 53 superior, como la no regresividad, porque la Constitución habla de favorabilidad en beneficio de aquel.



No. Interno: 2028 – 2016
 Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
 Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

Para esta Subsección el antecedente del 3 de marzo de 2015²⁵ invocado por el Tribunal como sustento de la decisión no corresponde a los mismos supuestos fácticos analizados en el *sub lite*, en tanto, allí se trató el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en el marco normativo de la Policía Nacional; por el contrario, en este caso, se resuelve una lesividad y la pensión se reconoció acorde con la Ley 33 de 1985.

La particularidad del presente caso permite que la Sala precise en qué eventos el incumplimiento de los requisitos legales, al tenor de lo señalado en el acto legislativo 01 de 2005, conlleva a la revisión de los actos de reconocimiento pensional. En efecto, bajo la orientación de referido acto legislativo se indica que la *“ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley”* (se subraya). Como ese procedimiento breve no se ha regulado, la Ley 797 de 2003 da luces sobre los elementos que deben orientar al juez para anular el acto en lesividad

Lo que significa que no cualquier incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, puede conllevar a la nulidad del acto de reconocimiento pensional por vía de la acción de lesividad. De ahí que la Sala precise que los parámetros dentro de los cuales debe moverse el juez de lesividad son fraude a la ley, abuso del derecho, pruebas falsas y mala fe, es decir, eventos en que la pretensión se haya reconocido en condiciones manifiestamente contrarias a derecho.

Dicho de otro modo, cuando una pensión ha sido reconocida sin el cumplimiento de las previsiones legales, quien pretenda la nulidad del acto debe probar que la misma fue otorgada en situaciones manifiestamente contrarias a derecho. Esta reflexión aplicada al caso concreto que se resuelve lleva necesariamente a la conclusión que no está cumplido ninguno

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, proceso con radicado 05001-23-33-000-2012-00772-01 (0328-14).



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

de los elementos referidos con anterioridad.

Tampoco se considera que en este caso se desconozca la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional prevista en el Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto, *“es una norma jurídica que establece en cabeza del operador judicial un mandato hermenéutico encaminado a lograr una relación de medio a fin entre esta última sostenibilidad y los propósitos de universalidad, solidaridad e integridad que rigen el sistema de la seguridad social”*²⁶. Precepto que se debe ponderar a la luz de los derechos fundamentales que tienen primacía en un Estado Social de Derecho (art. 5 superior), por su naturaleza inalienable, como lo es el derecho a la dignidad humana²⁷. Principio que no puede verse menoscabado cuando se trata de mesadas pensionales cuyo monto no desfinancia el sistema pero que para el jubilado si representa su subsistencia, como en el caso bajo estudio, toda vez que la señora Rosalba Esther Venegas Ortega se encuentra a una edad avanzada.

Corolario de lo expuesto, no se considera acorde a derecho la decisión del juez de primera instancia de reducir el monto de la mesada pensional, dado que no existe un fundamento normativo legal o constitucional que lo permita.

En este orden de ideas, es improcedente modificar el acto censurado, de modo que se revocará la decisión de primera instancia, y en su lugar se niegan las pretensiones de la demanda.

Por último, con relación a la condena en costas, es importante destacar que no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, *“(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”*. Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite no se

²⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 140 de 2019

²⁷ Sobre la ponderación del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional a la luz de los derechos fundamentales, particularmente del derecho fundamental a la seguridad social en su esfera pensional, ver la sentencia SU-140 de 2019 de la Corte Constitucional.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

observa que se hayan causado, ni de las partes un actuar temerario, esta Sala no condenará en costas a la parte vencida.

III. DECISIÓN

Atendiendo las consideraciones expuestas, la Sala concluye que es improcedente anular el acto administrativo demandado, motivo por el cual la decisión de primera instancia será revocada, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 31 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de la referencia.

En su lugar, se dispone:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO. - Sin condena en costas en las dos instancias.

TERCERO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



No. Interno: 2028 – 2016
Demandante: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
Demandado: Rosalba Esther Venegas Ortega

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)
JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
SALVAMENTO DE VOTO

(Firmado electrónicamente)
JORGE EDISON PORTOCARRERO BANGUERA