



## Sentencia 2009-01118 de 2019 Consejo de Estado

### PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON BASE A NORMAS TERRITORIALES -Convalidación

Las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales y en convenciones colectivas, antes del 30 de junio de 1995 o antes de la fecha en que hubiese entrado en vigor el Sistema General en cada Entidad Territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 146 citado, fecha límite que se extendió hasta el 30 de junio de 1997, por virtud de la sentencia C-410 de 1997 dictada por la Corte Constitucional. Contrario sensu, los reconocimientos pensionales efectuados con sustento en disposiciones municipales o departamentales y en convenciones colectivas con posterioridad al 30 de junio de 1997, devienen en ilegales, por no sujetarse al ordenamiento jurídico superior, pues la competencia para la regulación del sistema general de pensiones se encuentra atribuida al Congreso de la República por mandato expreso de la Constitución Nacional.

PENSIONES ANTICIPADAS O VOLUNTARIAS - Hacen parte de los planes de retiro voluntario / PENSIONES ANTICIPADAS O VOLUNTARIAS - Carácter temporal e indemnizatorio / APORTES PENSIONALES - Continuidad hasta tener derecho a la pensión legal / PENSIÓN COMPARTIDA

Las pensiones anticipadas hacen parte de los “planes de retiro voluntario” y son aquellas reconocidas por mera liberalidad del empleador, cuando el trabajador no cumple con los requisitos previstos para acceder a la pensión legal, por lo tanto, se encuentran por fuera del Sistema General de Pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993. Las mismas, hacen parte de los “planes de retiro voluntario” y tienen el carácter de indemnizatorias, dado que se ofrecen a los trabajadores que no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión legal, quienes voluntariamente se acogen al plan, con el fin de dar por terminado el contrato laboral, por lo tanto, se otorgan de manera temporal y no vitalicia, puesto que la obligación pensional a cargo del empleador cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asuma de manera definitiva la pensión legal. Así las cosas, cuando el pensionado reúna los requisitos de ley, la pensión anticipada se convertirá en pensión legal y será asumida por la entidad de previsión social a la que se encuentre afiliado, quedando por tanto a cargo del empleador la diferencia si existiere entre la mesada reconocida y la que pague la entidad de previsión social, por tratarse de una pensión compartida. Es tal sentido, debe recordarse la obligatoriedad, durante la vigencia de la relación laboral, para el empleador y el trabajador, de efectuar las cotizaciones a los regímenes del sistema general de pensiones con base en el salario devengado, obligación que sólo cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez. No obstante, en el caso de las “pensiones anticipadas”, la obligación de cotización no cesa para el empleador, ya que debe continuar aportado a la entidad de seguridad social a la que esté afiliado el trabajador, hasta tanto ésta asuma la prestación, por haber cumplido el trabajador con los requisitos para acceder a la pensión legal. Por último, ha de tenerse en cuenta que el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, estableció que cuando los empleadores “por omisión” no hubieren afiliado al trabajador, les corresponderá trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que afilie, a satisfacción de la entidad administradora, la cual estará representado por un bono o título pensional.

FUENTE FORMAL: LEY100 DE 1993- ARTÍCULO 33

NOTA DE RELATORÍA : Consejo de Estado, Sección Cuarta sentencia de 16 de agosto de 2007, rad 11001-03-27-000-2005-00024-00 (15398),M.P. María Inés Ortiz Barbosa

PENSIÓN ANTICIPADA POR PLAN ESPECIAL DE RETIRO VOLUNTARIO CON BASE EN NORMAS TERRITORIALES -Ilegalidad / CONVALIDACIÓN - Fecha límite / PAGO DE PENSIÓN VOLUNTARIA O ANTICIPADA - Obligatoriedad hasta el reconocimiento de la pensión legal/ PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

Está demostrado que el reconocimiento pensional definido mediante la Resolución 195 del 17 de diciembre de 2004, es posterior al 30 de junio de 1997, fecha límite para otorgar la convalidación según lo establecido por la sentencia C-410 de 1997 de la Corte Constitucional, por lo tanto, el reconocimiento pensional deviene en ilegal. Ello, por cuanto no se sujetó al ordenamiento jurídico superior, pues aunque tuvo como fundamento “un plan de retiro voluntario y anticipado” denominado “la propuesta Orion de Helppower” contenido en disposiciones del orden territorial *-como así lo expresó la entidad demandante en las consideraciones del acto demandado-*, éste se produjo por fuera del límite temporal previsto por el legislador para la convalidación consagrada en el Artículo 146 de la Ley 100 de 1993, desconociendo la competencia para la regulación del sistema general de pensiones atribuida al Congreso de la República por mandato expreso de la Constitución Nacional, razón por la cual, la sentencia apelada debe ser revocada en cuanto negó la pretensión de nulidad del acto demandado, para en su lugar, proceder a declarar la nulidad de la Resolución 195 del 17 de diciembre de 2004.

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, tratándose el presente caso de una pensión que hace parte de un “plan de retiro voluntario”, reconocida voluntariamente por la mera liberalidad del empleador sin que el trabajador cumpliera con los requisitos previstos para acceder a la pensión legal, la misma reviste un carácter temporal y no vitalicio, puesto que la obligación pensional a cargo del empleador cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asuma de manera definitiva la pensión legal. Es por lo anterior,

que aun cuando la pensión reconocida es temporal y no vitalicia y además no se ajusta a los requisitos legales vigentes para su reconocimiento, la demandada (...) no puede ser privada de la prestación hasta tanto adquiera la pensión legal, es decir, cuando reúna los requisitos de ley, oportunidad en la cual, la pensión anticipada cesa y debe subrogarse por una pensión legal por cuenta de la entidad de previsión social a la que se encuentre afiliada la trabajadora, quedando por tanto a cargo de la entidad demandante la diferencia, si existiere, entre la mesada reconocida y la que deba pagar la entidad de previsión social. Finalmente, no pasa desapercibido por la Sala que en la actualidad, la señora (...) es una mujer de la tercera edad y por ende goza de una protección especial del Estado por su situación de especial vulnerabilidad, razón por la cual se ordenará que la entidad demandante se abstenga de suspender los pagos que se le vienen realizando mensualmente por concepto de su pensión de jubilación, con el propósito de garantizar su derecho a la vida digna y seguridad social

FUENTE FORMAL: LEY 1000 DE 1993 -ARTÍCULO 146

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., quince (15) de Agosto de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 08001-23-31-000-2009-01118-01(2131-16)

Actor: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Demandado: CORINA MARTÍNEZ DE MONTES

Acción de nulidad y restablecimiento - Lesividad. Decreto 01 de 1984. Sentencia de segunda instancia.

ASUNTO

Decide la Sala de Subsección A, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de mayo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

El Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó su propio acto administrativo, esto es la Resolución No 195 del 17 de diciembre de 2004, por medio del cual reconoció pensión de jubilación a la señora Corina Martínez de Montes con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas,

1.- Pretensiones<sup>1</sup>.

1.- Que se declare la nulidad de la Resolución 0195 del 17 de octubre de 2004 “por medio de la cual se reconoce una pensión mensual y vitalicia de jubilación a la señora Corina Martínez de Montes” suscrita por el Secretario de Hacienda- Fondo de Pensiones de la Alcaldía Distrital de Barranquilla.

2.- Resolución 042 del 18 de marzo de 2005 “por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No 195 del 17 de diciembre de 2004 que reconoció pensión de jubilación a CORINA MARTINEZ DE MONTES”, expedida por el Secretario de Hacienda - Fondo de pensiones de la Alcaldía Distrital de Barranquilla.

3.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos anteriormente citados: se ordene el reintegro a favor del Distrito de Barranquilla de todas las sumas de dinero pagadas por concepto de mesada pensional, a las cuales no tenía derecho la demandada, desde el 17 de marzo de 2001, fecha en que inició su pago.

4.- Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los Artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo. (Texto de su original - obrante a folio 1 y 2 de este cuaderno).

2.- Hechos.

Los fundamentos fácticos de la demanda son los siguientes:

2.1.- La señora Corina Martínez de Montes, nació el 17 de marzo de 1946, laboró para las liquidadas Empresas Públicas Municipales de Barranquilla desde el 9 de febrero de 1976 hasta el 30 de julio de 1992. El último cargo que desempeñó fue el de maestra de escuela<sup>2</sup>. Es decir, laboró 16 años, 5 meses y 22 días, en la mencionada entidad como empleada pública.

Para el momento en que se le reconocieron los efectos de la pensión contaba con 48 de edad.

2.2.- Mediante Resolución No 195 del 17 de diciembre de 2004<sup>3</sup> la Empresas Públicas Municipales de Barranquilla le reconoció a la señora Corina Martínez la pensión de jubilación con fundamento en la convención colectiva vigente para ese momento en porcentaje del 100% del salario promedio mensual devengado en el último año.

2.3.- Frente a la anterior decisión, la demandada interpuso recurso de reposición, al considerar que en el mencionado acto administrativo, no se había ordenado el retroactivo pensional. Recurso que fue resuelto a través de la Resolución No 042 del 18 de marzo de 2005, en la cual se reconoció el retroactivo pensional, por un valor de \$85.490.619.

2.4.- Refiere la demanda que el fundamento del reconocimiento prestacional a la demandada fue “la convención colectiva firmada entre las Liquidadas Empresas Públicas Municipales de Barranquilla con su sindicato, pese a que no era trabajadora oficial, sino que era empleada pública”, razón por la cual debía ajustarse al régimen legal y no al convencional.

3.- Normas violadas y concepto de violación<sup>4</sup>.

En la demanda se invocaron como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política, los Artículos 4, 6, 13, 48 y 150 numerales 19 literales e) y f).

De orden legal: Artículo 58 de la Ley 50 de 1990 que adicionó el Artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo; 33 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Como concepto de violación, sostuvo que el reconocimiento pensional vulnera los cánones en que debió fundarse, toda vez que se basó en normas que no le eran aplicables, pues en su calidad de servidora pública han debido atenderse, única y exclusivamente, las leyes que regulan la materia y no la convención colectiva, pues tampoco cumplía con los requisitos exigidos en el Artículo 32 de la convención.

Señaló que se desconocieron los derechos a la igualdad y a la seguridad social de los demás servidores públicos, además de los principios de eficiencia y sostenibilidad financiera, dado que ese pasivo pensional afecta el presupuesto del ente territorial y pone en riesgo su estabilidad y el pago oportuno de las prestaciones que si se ajustan a lo regulado por la ley.

Manifestó que a la demandada le es aplicable la Ley 33 de 1985, por cuanto es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ello, por cuanto al entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, la señora Corina Martínez acreditaba 48 años de edad y 16 años, 5 meses y 22 días de servicios, sin embargo, anotó que la demandada no cumplía los requisitos de 55 años de edad y 20 de servicios continuos o discontinuos previstos en dicha ley para el reconocimiento pensional.

Por último, afirmó que tampoco reunía los requisitos de la norma convencional que le fue aplicada, la cual exigía 48 años de edad y 20 años de servicios, porque no cumplía con el tiempo de servicios.

4.- Contestación de la Demanda.

La señora CORINA MARTINEZ DE MONTES, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda con sustento en que el acto administrativo de reconocimiento pensional proferido por el Fondo Territorial de Pensiones de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, se ajustó a las normas vigentes al momento de los hechos, razón por la cual, se presume legal.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia del 15 de mayo de 2015, denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Con sustento en el acervo probatorio allegado al proceso, sostuvo que la Resolución que le reconoció la pensión de jubilación a la señora CORINA MARTÍNEZ DE MONTES, expedida por el Fondo Territorial de Pensiones – Secretaría de Hacienda – Alcaldía Distrital de Barranquilla se presume ajustada a derecho, toda vez que la demandada adquirió su pensión en virtud del principio de favorabilidad y confianza legítima; además, la demandada no incurrió en mala fe para obtener el derecho pensional ya que la entidad, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, dio aplicación a la Convención Colectiva, razón por la cual, negó las pretensiones de la demanda.

6.- Recurso de apelación.

El apoderado de la entidad demandante interpuso recurso de apelación, con el fin que se revoque la anterior decisión con fundamento en los siguientes motivos de impugnación:

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, e indicó que la señora Corina Martínez de Montes no podía estar cobijada bajo la convención colectiva 1982-1983 suscrita entre el sindicato y las Empresas Municipales de Barranquilla, como quiera que no cumplía con los requisitos legales exigidos en el Artículo 32 de la mencionada convención para acceder a dicho reconocimiento.

Concluyó que las convenciones colectivas no pueden asimilarse a “disposiciones de orden territorial” a las que alude el Artículo 146 de la Ley 100 de 1993, de manera que pueda entenderse convalidada la prestación controvertida al amparo de dicha norma.

7.- Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

8.- Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público al rendir su concepto señaló que la beneficiaria de la pensión nació el 17 de marzo de 1946 y que trabajó en las Empresas Municipales de Barranquilla del 9 de febrero de 1976 hasta el 30 de julio de 1992, por un lapso de 16 años, 5 meses y 22 días. Anotó que la situación de la demandada es “confusa”, por cuanto si bien se acogió a las disposiciones de un plan de retiro voluntario, lo cierto es que no acreditó el tiempo de servicios exigido por la Ley 33 de 1985, porque solo laboró 16 años.

Sin embargo, consideró que al estar la demandada cobijada por las disposiciones aplicables a los servidores territoriales del Distrito, deben prevalecer los derechos adquiridos en los casos de las pensiones reconocidas con base en normas de carácter territorial, siempre y cuando se acredite que el cumplimiento de los requisitos exigidos se encuentre debidamente consolidado hasta inclusive dos años después de haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993.

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

## II.- CONSIDERACIONES

### 1.- Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos planteados en el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, el problema jurídico a resolver en el presente caso se contrae a lo siguiente:

¿La Resolución 195 del 17 de diciembre de 2004, por la cual se reconoció la pensión de jubilación de la señora Corina Martínez de Montes con fundamento en un programa especial de oportunidad de retiro voluntario, fue convalidada por el Artículo 146 de la Ley 100 de 1993?

En caso negativo, la Sala deberá establecer si ¿Le corresponde a la entidad demandante emitir un nuevo pronunciamiento sobre la situación jurídica pensional de la demandada, atendiendo para tal efecto las disposiciones legales vigentes para la fecha de expedición del acto de reconocimiento pensional (año 2004)?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco jurídico aplicable en materia pensional a los empleados de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla; (ii) convalidación de pensiones extralegales. Artículo 146 de la Ley 100 de 1993, (iii) pensiones anticipadas con fundamento en planes de retiro voluntario, y (iv) análisis del caso concreto.

### 2.- Marco normativo y jurisprudencial.

#### 2.1.- Naturaleza jurídica de los servidores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla

El Decreto 2127 de 1945<sup>5</sup>, reguló en el Artículo 4º 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 explotaran con fines de lucro o de instituciones que pudieran ser fundadas y manejadas por particulares; con todo, se permitió la vinculación de personal a través de contratos de trabajo para realizar las actividades anteriormente relacionadas.

A su vez, el Decreto Ley 3135 del 26 de diciembre de 1968<sup>6</sup> de manera general, estableció los criterios para determinar quiénes son servidores públicos y quiénes trabajadores oficiales, al disponer:

«Artículo 5º.- 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.

En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.<sup>7</sup>

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<sup>8</sup>. (subrayas fuera del original).

Por su parte, el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, en el Artículo 2 definió que los empleados públicos son las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, mientras que en el Artículo 3 estableció que los trabajadores oficiales, son quienes laboran en las entidades referidas en el inciso 1 del Artículo 1 de ese mismo decreto<sup>9</sup>, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, salvo el personal directivo y de confianza que labore en dichas obras, así como aquellos que 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<sup>10</sup>.

Mediante el Decreto 649 de 1 de noviembre de 1991, expedido por el Alcalde de Barranquilla, se aprobó una modificación a los estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla<sup>11</sup>.

«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. [...]»

De lo anterior, se colige que los servidores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla eran empleados públicos, con las excepciones expresamente señaladas.

2.3.- Ahora bien, de los antecedentes normativos relacionados con el régimen pensional de los empleados públicos de los entes territoriales, destaca la Sala, que en vigencia de la Constitución Política de 1886, el numeral 9 del Artículo 76 de la misma, disponía que le correspondía al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejercer las atribuciones, como (i) determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de prestaciones sociales.

Posteriormente, el Acto Legislativo 3 de 1910 modificó la Constitución y estableció expresamente que las Asambleas podían fijar *el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos*, facultad que fue ratificada por la Ley 4.<sup>a</sup> de 1913 y reiterada a través del Acto Legislativo 1 de 1945.

A su turno, el Acto Legislativo 1 de 1968 indicó que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso en el orden nacional<sup>12</sup>, por las Asambleas en el Departamental<sup>13</sup> y por los Concejos en el local<sup>14</sup>, y las de emolumentos, serían fijadas por el presidente de la República y el gobernador, respectivamente. Igualmente, modificó el Artículo 76 de la Constitución Política, y en el numeral 9 decretó que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional fuera de competencia única y exclusiva del Congreso, conservando por parte de las Asambleas la competencia de fijar «las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de los empleos»<sup>15</sup>.

2.4.- De los derechos pensionales consolidados conforme al Artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Esta Sección en sentencia del 29 de septiembre de 2011<sup>16</sup>, definió el alcance del contenido del Artículo 146 de la Ley 100 de 1993, acerca de las situaciones de reconocimiento pensional que tienen un origen extralegal, fundadas en disposiciones municipales o departamentales, y su relación con las convenciones colectivas. Al respecto se precisó:

“Las situaciones pensionales individuales definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con fundamento en disposiciones municipales o departamentales, a pesar de la ilegalidad de su fuente normativa, por existir un vicio de incompetencia, en virtud de lo establecido en el Artículo 146 ibídem, deben dejarse a salvo. Al respecto, dispone la norma en cita:

*“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.*

*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)<sup>17</sup> los requisitos exigidos en dichas normas.*

*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.”.*

(...)

es válido afirmar que dos son las situaciones pensionales que, a pesar de ser de origen extralegal, merecen protección por vía de la garantía de las situaciones consolidadas al amparo del Artículo 146<sup>18</sup>, así: (i) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995<sup>19</sup>, tuvieron una situación jurídica definida, esto es, que se les hubiera reconocido el derecho pensional; y, ii) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial hubieran cumplido los requisitos exigidos por dichas normas, esto es, que hayan adquirido el derecho así no se les haya reconocido<sup>20</sup>. Frente a esta conclusión, empero, cabe una precisión adicional.

Aun cuando la norma habla de la protección de las pensiones extralegales, fundadas en disposiciones del orden municipal y departamental, adquiridas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que el inciso final ídem dispuso que *“las disposiciones de este Artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley”*, lo cierto es que de una interpretación armónica de todo el contenido de la Ley, y especialmente del Artículo 151 de la misma, así como de la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación ha entendido que la fecha última que ha de tenerse en cuenta para determinar la existencia o no de un derecho adquirido es el 30 de junio de 1995.

(...)

4.2. De otro lado, debe establecerse el ámbito de aplicación de la expresión *“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.”*

El texto destacado ha sido interpretado por la Sala de la Subsección B en el sentido de que sólo es viable convalidar reconocimientos pensionales fundados en *“disposiciones municipales o departamentales”* y, que, las convenciones colectivas no encuadran dentro de dicho supuesto.

Lo antes dicho porque al tenor de nuestro ordenamiento constitucional y legal, como ya se indicó, los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas. En este mismo sentido, en providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 2 de octubre de 2008, C.P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 1458-2007,<sup>21</sup> se consideró:

*“Conforme a la norma transcrita, el Legislador salvaguardó las situaciones jurídicas definidas de carácter particular, pero aquellas que se hayan consolidado con base en disposiciones Municipales o Departamentales, esto es, con fundamento en actos administrativos expedidos por entidades del orden territorial; condición que no cumplen las Convenciones Colectivas y la propia Ley, que en el presente asunto, fueron el sustento del reconocimiento pensional, tal como se aprecia en la motivación del acto acusado.*

*Cohérentemente, el Artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no es aplicable al caso en examen, pues la pensión del demandado no se reconoció con base en disposiciones Municipales o Departamentales, sino en la misma Ley y en Convenciones Colectivas, que como quedó dicho, no tienen el carácter de disposición territorial.”*

Sin embargo, la Subsección A, en sentencia del 7 de abril de 2011, Expediente No. Interno 2073-07, Magistrado Ponente Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN,<sup>22</sup> con respecto al mismo tópico, ha sostenido:

*“Aun cuando los sindicatos de empleados públicos no cuentan con un derecho de negociación pleno que les permita definir con el nominador la edad y el monto de la pensión a través de convenciones colectivas ( acto jurídico atípico e innominado al no reunir las formalidades previstas en la ley), lo cierto es que el Artículo 146 de la ley 100 de 1993, dejó a salvo o convalidó los derechos adquiridos con base en las normas territoriales expedidas con anterioridad a su vigencia, sin consideración a las vicisitudes en su formación.”.*

Como se puede evidenciar, este es un tema trascendental que ha sido decantado por ambas Subsecciones; por ello mismo, pasa la Sala de Sección, a definir el criterio unificador que será aplicado de ahora en adelante, así:

La expresión “extra”, viene del (Del lat. extra), que significa *“1. pref. Significa 'fuera de'. Extrajudicial, extraordinario. 2. pref. Significa a veces 'sumamente'. Extraplano.”.*, y Legal *“(Del lat. legālis). 1. adj. Prescrito por ley y conforme a ella. 2. adj. Perteneciente o relativo a la ley o al derecho.”*; es decir, que son normas que están por fuera de la ley o el derecho.

(...)

Conforme a una interpretación exegética, podría señalarse que la norma objeto de análisis validó toda clase de reconocimientos pensionales, pero esta clase de interpretación no sólo está soportada en la literalidad de la norma sino que se observa desde una hermenéutica originaria, sistemática e histórica, pues el legislador quiso validar esta clase de situaciones, la cual, al ser revisada en su Constitucionalidad por la Corte Constitucional fue declarada exequible<sup>23</sup>; en ese sentido, no se puede dejar de lado, que en el sector territorial, han existido múltiples regulaciones de carácter territorial que, aún sin competencia, han reglado y creado beneficios de índole pensional, y, por supuesto, se permitió la suscripción y el amparo de convenciones colectivas que han beneficiado y aplicado de manera general no sólo a los trabajadores oficiales, sino que también, a los empleados públicos".

Lo anterior implica que las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales y en convenciones colectivas, antes del 30 de junio de 1995 o antes de la fecha en que hubiese entrado en vigor el Sistema General en cada Entidad Territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 146 citado, fecha límite que se extendió hasta el 30 de junio de 1997, por virtud de la sentencia C-410 de 1997 dictada por la Corte Constitucional.

Contrario sensu, los reconocimientos pensionales efectuados con sustento en disposiciones municipales o departamentales y en convenciones colectivas con posterioridad al 30 de junio de 1997, devienen en ilegales, por no sujetarse al ordenamiento jurídico superior, pues la competencia para la regulación del sistema general de pensiones se encuentra atribuida al Congreso de la República por mandato expreso de la Constitución Nacional.

#### 2.5.- Pensiones anticipadas con fundamento en planes de retiro voluntario

Considerando que la Resolución 195 del 17 de diciembre de 2004, reconoció a la señora Corina Martínez de Montes, una pensión de jubilación por retiro anticipado con fundamento en la propuesta Orión de Helppower<sup>24</sup>, contenida en el acta No 003 del 10 de enero de 1992 referida al programa especial de retiro voluntario de la entidad, le corresponde a la Sala referirse a las pensiones anticipadas a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación.

Al respecto, en sentencia de 16 de agosto de 2007, proferida dentro del proceso de nulidad radicado con el número: 11001-03-27-000-2005-00024-00(15398)<sup>25</sup>, esta Corporación se refirió a las pensiones voluntarias que efectúa un empleador a un trabajador que no cumple con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez de acuerdo con la Ley 100 de 1993, y al respecto, sostuvo lo siguiente:

"(...) En los términos de la Ley 100 de 1993, se determinan las siguientes categorías en materia pensional:

Pensiones legales, definidas como aquéllas que se encuentran reconocidas por el Sistema General de Pensiones, en las categorías de: pensión de vejez, pensión de invalidez por riesgo común y pensión de sobrevivientes, cuyos requisitos están previstos para cada una de ellas, en los Artículos 64 a 78.

Pensiones extralegales, definidas en el Artículo 11, en su versión modificada por el Artículo 1 de la Ley 797 de 2003, como aquéllas que son reconocidas en virtud de "... pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo", las cuales constituyen ley para las partes y se encuentran amparadas por el Artículo 55 de la Carta Política.

Significa que las únicas pensiones sobre las cuales recae el beneficio de la exención tributaria, son las que correspondan a las categorías enunciadas, que son las que integran el Sistema General en Pensiones.

En cuanto a las pensiones voluntarias, esto es las que son reconocidas por mera liberalidad del empleador, cuando el trabajador no cumple con los requisitos previstos para acceder a la pensión legal, éstas se encuentran por fuera del Sistema General de Pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, las pensiones anticipadas a que se refiere el concepto acusado, en su acepción cuarta definidas como aquéllas que se reconocen a los trabajadores que no cumplen los requisitos para acceder a la pensión legal; no son equivalentes a las pensiones extralegales, como lo sostiene el accionante, puesto que tales pensiones hacen parte de los "planes de retiro voluntario" y tienen el carácter de indemnizatorias, dado que se ofrecen a los trabajadores que no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión legal, quienes voluntariamente se acogen al plan,

con el fin de dar por terminado el contrato laboral.

De otra parte, las pensiones anticipadas se otorgan de manera temporal y no vitalicia, puesto que la obligación pensional a cargo del empleador cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asuma de manera definitiva la pensión legal. Es así como lo confirma la Resolución de reconocimiento de pensión de jubilación, proferida en aplicación del plan de pensiones anticipadas adoptado por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá mediante Resolución 11314 de 2 de octubre de 1997, que se anexa con la demanda, en la cual consta:

“4. Mientras la obligación pensional esté a cargo de la Empresa, la mesada tendrá los incrementos de ley, el pensionado disfrutará de los servicios y reconocimientos convencionales y la Empresa seguirá aportando al I.S.S. las cotizaciones correspondientes.

5. Cuando el pensionado reúna los requisitos de ley ésta se convertirá en pensión legal y será asumida por el I.S.S. quedando por tanto a cargo de la Empresa la diferencia si existiere entre la mesada que reconozca la Empresa y la que pague el I.S.S. por tratarse de una pensión compartida.” (Subraya la Sala)

Tampoco es válido afirmar que las pensiones anticipadas que se otorgan en virtud de planes de retiro hacen parte del Sistema General de Pensiones, por estar consagradas en el Artículo 17 de la Ley 100 de 1993, como lo sostiene el accionante, pues tal disposición no consagra esa categoría de pensiones, sino que se refiere a la “obligatoriedad de las cotizaciones”, y en tal sentido, debe entenderse en relación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que consagra el Artículo 62 de la misma Ley, el cual permite el retiro anticipado del trabajador, por incrementar voluntariamente el valor de las cotizaciones.

Es así como dispone el Artículo 17 de la Ley 100 de 1993, en su versión modificada por el Artículo 4 de la Ley 797 de 2003:

Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquéllos devenguen. La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”. “Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”

Por su parte el Artículo 62 de la misma ley expresa: “COTIZACIONES VOLUNTARIAS. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldo de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.

Como se infiere de los términos de las disposiciones transcritas, el “retiro anticipado” si bien da al trabajador la posibilidad de obtener una pensión anticipada, ésta no es equivalente a la que se otorga de manera transitoria en virtud de planes de retiro y reestructuración de empresa, pues para tal reconocimiento surge directamente de la ley, sin necesidad de que medie convención colectiva entre el empleador y el trabajador y tampoco un plan de retiro voluntario, en los términos a que ya se ha hecho referencia.

Conforme a lo expuesto, el concepto acusado, en cuanto señala que respecto de las pensiones anticipadas de la acepción cuarta, “no es procedente la aplicación de la exención consagrada en el Artículo 206, numeral 5 del Estatuto Tributario, por cuanto se trata de pensiones no reconocidas en los términos de la Ley 100 de 1993, ni de los pactos, convenciones o laudos que la misma ley autoriza, en concordancia con el párrafo 3º del mismo Artículo”, se encuentra acorde con las normas legales objeto de la interpretación oficial.

Asimismo, no encuentra la Sala que el concepto acusado incurra en discriminación alguna cuando advierte que se encuentra amparada por el beneficio de la exención tributaria la “jubilación anticipada”, entendida como “aquéllas sumas percibidas por los aportantes al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad del Sistema General de Pensiones en Seguridad Social, según el cual, los afiliados al mismo tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el Artículo 64 de la Ley 100 de 1993” pues está claro que en dicho Régimen se adquiere el derecho a la pensión legal que reconoce el Sistema General de Pensiones, cumpliendo los límites máximos de ahorro que señala la misma ley.



Lo cual no ocurre en las llamadas “pensiones anticipadas”, en las que el empleador continúa aportado a la entidad de seguridad social, hasta tanto ésta asuma la prestación, por haber cumplido el trabajador con los requisitos para acceder a la pensión legal.

(...)”

En efecto, acorde con el criterio jurisprudencial citado, las pensiones anticipadas hacen parte de los “planes de retiro voluntario” y son aquellas reconocidas por mera liberalidad del empleador, cuando el trabajador no cumple con los requisitos previstos para acceder a la pensión legal, por lo tanto, se encuentran por fuera del Sistema General de Pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993.

Las mismas, hacen parte de los “planes de retiro voluntario” y tienen el carácter de indemnizatorias, dado que se ofrecen a los trabajadores que no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión legal, quienes voluntariamente se acogen al plan, con el fin de dar por terminado el contrato laboral, por lo tanto, se otorgan de manera temporal y no vitalicia, puesto que la obligación pensional a cargo del empleador cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asuma de manera definitiva la pensión legal.

Así las cosas, cuando el pensionado reúna los requisitos de ley, la pensión anticipada se convertirá en pensión legal y será asumida por la entidad de previsión social a la que se encuentre afiliado, quedando por tanto a cargo del empleador la diferencia si existiere entre la mesada reconocida y la que pague la entidad de previsión social, por tratarse de una pensión compartida.

Es tal sentido, debe recordarse la obligatoriedad, durante la vigencia de la relación laboral, para el empleador y el trabajador, de efectuar las cotizaciones a los regímenes del sistema general de pensiones con base en el salario devengado, obligación que sólo cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez.

No obstante, en el caso de las “pensiones anticipadas”, la obligación de cotización no cesa para el empleador, ya que debe continuar aportado a la entidad de seguridad social a la que esté afiliado el trabajador, hasta tanto ésta asuma la prestación, por haber cumplido el trabajador con los requisitos para acceder a la pensión legal.

Por último, ha de tenerse en cuenta que el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, estableció que cuando los empleadores “por omisión” no hubieren afiliado al trabajador, les corresponderá trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que afilie, a satisfacción de la entidad administradora, la cual estará representado por un bono o título pensional.

### 3.- Análisis del caso concreto

La entidad demandante manifiesta que el derecho pensional reconocido a la demandada es ilegal, toda vez que tuvo como sustento disposiciones convencionales, sin tener en cuenta los requisitos de edad y monto establecidos en la Ley, no obstante, advierte la Sala que la pensión reconocida a la demandada Corina Martínez de Montes, no tuvo como fundamento la convención colectiva como lo indicó entidad demandante, sino la propuesta Orión de Helppower<sup>26</sup>, contenida en el acta No 003 del 10 de enero de 1992 referida al programa especial de retiro voluntario de la entidad.

Por su parte, la demandada estima que la pensión reconocida se ajusta a las normas vigentes para la fecha del reconocimiento del derecho y por ende se presume legal.

En la sentencia objeto de apelación, el Tribunal Administrativo del Atlántico, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la pensión de jubilación reconocida a la señora CORINA MARTÍNEZ DE MONTES, se presume ajustada a derecho, toda vez que la demandada adquirió su pensión en virtud del principio de favorabilidad y confianza legítima, razón por la cual, negó las pretensiones de la demanda.

#### 3.1. Hechos demostrados

Para resolver la controversia se tendrá en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, y que le permite a la Sala tener como acreditados los siguientes supuestos fácticos:

a). Edad de la demanda: La señora CORINA MARTÍNEZ DE MONTES nació el 17 de marzo de 1946, según copia de la cedula de ciudadanía visible a folio 3 cuaderno 1.

b). Vinculación laboral y tiempo de servicios. Fue nombrada el 9 de febrero de 1976 como maestra de escuela de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, según copia de orden de registro personal 0480 visible a folio 14 cuaderno 1.

Por Boletín 0136 de 1976 se registró la novedad su designación como maestra de la Subgerencia Administrativa, División de Relaciones Industriales – Departamento Bienestar Social (f. 15 del C. 2).

c). Reconocimiento pensional y régimen aplicado. A través de Resolución 195 del 17 de diciembre de 2004, el Fondo Territorial de Pensiones – Secretaría de Hacienda – Alcaldía Distrital de Barranquilla, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, por haber prestado sus servicios a la entidad en forma continua y exclusiva durante 16 años, 5 meses, y 21 días, contar con la edad requerida, (48 años de edad) y liquidada sobre el 100% del salario promedio devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta que a través de acta No 003 del 10 de enero de 1992<sup>27</sup>, se aprobó la propuesta Orion de Helppower, la cual contenía un programa especial de oportunidad de retiro voluntario. (folios 26 y 27).

Por Resolución 042 de 2005 la Alcaldía de Barranquilla – Secretaria de Hacienda – Fondo Territorial de Pensiones ordenó reconocer el retroactivo correspondiente a la señora Corina Martínez de Montes, como quiera que mediante Resolución 095 de 2004, esta no fue reconocida.

d). Disolución de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y creación del Fondo de Pasivos. En el Acuerdo 026 del 21 de octubre de 1992 el Concejo Municipal de Barranquilla declaró en disolución las Empresas Públicas Municipales de dicho distrito y ordenó proceder a su liquidación (ff. 153).

Por medio del Acuerdo 041 del 11 de noviembre de 1994, el Concejo de Barranquilla creó el Fondo de Pasivos de las E.P.M, entre otras finalidades, para pagar las prestaciones de los jubilados de la extinta empresa (ff. 173-177), entidad que, a su vez, fue liquidada por Acuerdo 006 del 24 de mayo de 1999 (ff. 126 a 129).

e) Beneficiaria del régimen de transición. Está demostrado que la demandada se encontraba cobijada por el régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1994, toda vez que para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en el orden territorial (30 de junio de 1995), contaba con 49 años de edad y más de 15 años de servicios (fs. 25 a 28)

Establecidos los anteriores supuestos fácticos, le corresponde a la Sala resolver el problema jurídico planteado.

### 3.2. Análisis Sustancial.

De acuerdo con el acervo probatorio obrante en el proceso, la Sala advierte que la Resolución No. 195 de diciembre de 2004, por la cual se reconoció la pensión de jubilación a la señora Corina Martínez de Montes, fue expedida con fundamento en el acta No 003 del 10 de enero de 1992, la cual contenía un programa especial de retiro voluntario, sin cumplir con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez.

En efecto, de las consideraciones del acto demandado se desprende lo siguiente:

“... Que según consta en acta 003 de enero 10 de 1992, se aprueba la propuesta ORION HELPPOWER, la cual contenía un programa especial de oportunidad de retiro voluntario consistente en que el trabajador que cumpliera con los requisitos de 15 años de servicio y 48 años de edad se le otorgaría una bonificación especial de mera liberalidad sin carácter de salario de \$2'500.000 y se hace acreedor además de una pensión vitalicia de jubilación equivalente al 100% del salario promedio mensual del último año a la fecha de retiro (...).”

Es claro para la Sala, que para la fecha de expedición del acto de reconocimiento pensional el 17 de diciembre de 2004 (fs. 25 al 28), la señora Corina Martínez de Montes, contaba con 48 años de edad y 16 años, 5 meses y 21 días al servicio de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, situación que denota que no cumplía con la totalidad de los requisitos señalados por el ordenamiento jurídico vigente para obtener una pensión de jubilación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demandada era beneficiaria del régimen de transición, por haber laborado más de 15 años de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le era aplicable el régimen general anterior, esto es, la Ley 33 de 1985 que exigía como requisitos para el status pensional, la edad de 55 años y un total de 20 años de servicios, los cuales no acreditaba.

Así mismo, está demostrado que el reconocimiento pensional definido mediante la Resolución 195 del 17 de diciembre de 2004, es posterior al 30 de junio de 1997, fecha límite para otorgar la convalidación según lo establecido por la sentencia C-410 de 1997 de la Corte Constitucional, por lo tanto, el reconocimiento pensional deviene en ilegal.

Ello, por cuanto no se sujetó al ordenamiento jurídico superior, pues aunque tuvo como fundamento “un plan de retiro voluntario y anticipado” denominado “la propuesta Orion de Helppower” contenido en disposiciones del orden territorial –*como así lo expresó la entidad demandante en las consideraciones del acto demandado*-, éste se produjo por fuera del límite temporal previsto por el legislador para la convalidación consagrada en el Artículo 146 de la Ley 100 de 1993, desconociendo la competencia para la regulación del sistema general de pensiones atribuida al Congreso de la República por mandato expreso de la Constitución Nacional, razón por la cual, la sentencia apelada debe ser revocada<sup>28</sup> en cuanto negó la pretensión de nulidad del acto demandado, para en su lugar, proceder a declarar la nulidad de la Resolución 195 del 17 de diciembre de 2004.

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, tratándose el presente caso de una pensión que hace parte

de un “plan de retiro voluntario”, reconocida voluntariamente por la mera liberalidad del empleador sin que el trabajador cumpliera con los requisitos previstos para acceder a la pensión legal, la misma reviste un carácter temporal y no vitalicio, puesto que la obligación pensional a cargo del empleador cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asuma de manera definitiva la pensión legal.

Es por lo anterior, que aun cuando la pensión reconocida es temporal y no vitalicia y además no se ajusta a los requisitos legales vigentes para su reconocimiento, la demandada Corina Martínez de Montes no puede ser privada de la prestación hasta tanto adquiera la pensión legal, es decir, cuando reúna los requisitos de ley, oportunidad en la cual, la pensión anticipada cesa y debe subrogarse por una pensión legal por cuenta de la entidad de previsión social a la que se encuentre afiliada la trabajadora, quedando por tanto a cargo de la entidad demandante la diferencia, si existiere, entre la mesada reconocida y la que deba pagar la entidad de previsión social.

Es este punto, conviene recordar la obligatoriedad durante la vigencia de la relación laboral, para el empleador y el trabajador, de efectuar las cotizaciones a los regímenes del sistema general de pensiones con base en el salario devengado, obligación que sólo cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez.

Por lo anterior, dado que en el presente caso, era obligación de la entidad empleadora continuar efectuando las cotizaciones a la entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliada la demandada hasta que la misma cumpliera los requisitos legales para acceder a la pensión legal, la Sala ordenará a la entidad demandante que proceda a efectuar un nuevo análisis de la situación jurídica pensional de la señora Corina Martínez de Montes, con el fin de pronunciarse sobre el derecho que le asiste al reconocimiento de la pensión legal, teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, debe aclararse que si la entidad empleadora “por omisión” no afilió a la demandada Corina Martínez de Montes a una entidad de previsión, le corresponderá trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al momento de la afiliación, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, la cual estará representado por un bono o título pensional, como se desprende del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la obligación del empleador de cotizar a la seguridad social, solo cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asuma de manera definitiva la pensión legal, con el fin de salvaguardar las prerrogativas mínimas y derechos laborales, así como la seguridad social de los trabajadores, en el marco del Artículo 53 de la Constitución Política.

Finalmente, no pasa desapercibido por la Sala que en la actualidad, la señora Corina Martínez de Montes es una mujer de la tercera edad y por ende goza de una protección especial del Estado por su situación de especial vulnerabilidad, razón por la cual se ordenará que la entidad demandante se abstenga de suspender los pagos que se le vienen realizando mensualmente por concepto de su pensión de jubilación, con el propósito de garantizar su derecho a la vida digna y seguridad social<sup>29</sup> hasta tanto defina su situación jurídica pensional con fundamento en las consideraciones que se dejaron expuestas.

- De la pretensión de reintegro de los dineros pagados por concepto de mesadas pensionales.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la pretensión de devolución de los dineros, no se accederá a la misma teniendo en cuenta que de las pruebas allegadas al plenario no se logró establecer que la señora CORINA MARTÍNEZ DE MONTES los haya recibido de mala fe.

Al respecto la Corte Constitucional ha definido el principio de la buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una «persona correcta (*vir bonus*)»<sup>30</sup>. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la «confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada»<sup>31</sup>.

Conforme con lo señalado por el Artículo 83 superior, se tiene que (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, situación que admite prueba en contrario, como lo señaló la Corte en sentencia C-071 de 2004.

En lo que se refiere a la aplicación del citado principio frente a pagos efectuados por error de la administración la Sección Segunda ha dicho<sup>32</sup> que las entidades no pueden pretender recuperar las sumas de dinero que por equivocación cuando son recibidas de buena fe, debiendo para ello, probar en la vía administrativa y/o judicial la mala fe del demandante; así lo señaló en sentencia de 21 de junio de 2007:

“Observa la Sala, que la Resolución No. 0405 de 7 de noviembre de 1991, creó a favor del demandando una situación jurídica de carácter particular y concreto, en la medida en que le reconoció el pago de una suma específica, por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación, que por lo mismo, ingresó a su patrimonio, y no obstante no corresponder a la legal, estando la Administración en la obligación de demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo; lo cierto es, que la demandante incurrió en error al

reconocer la suma que debía pagar al pensionado, equívoco en el que no tuvo participación el titular del derecho, lo que confirma, que si la Administración, fundada en su propia negligencia, pretende la devolución de las sumas pagadas en exceso, como en este caso, vulnera de manera franca el principio de la buena fe del gobernado.

Lo anterior aunado al hecho, de que en el transcurso del proceso, no se afirmó ni se demostró que el demandado hubiera incurrido en comportamientos deshonestos, en actos dolosos y de mala fe, para obtener la pensión de jubilación.

[...]

Con lo anterior, los pagos efectuados por la Universidad tienen amparo legal, porque fueron recibidos de buena fe por el jubilado y en ese orden, se considera que mal puede ahora la demandante, alegar a su favor, su propia culpa, para tratar de recuperar unos dineros, que como se advierte, fueron recibidos por una persona amparada por el principio de la buena fe [...].<sup>33</sup>

De igual manera, en sentencia de 1.º de septiembre de 2014, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación<sup>34</sup>, destacó lo siguiente:

«[...] el principio de la buena fe, que implica la convicción del ciudadano, en que el acto emanado de la administración está sujeto a legalidad y por ende no tiene que prever que sea susceptible de demanda judicial o revocatoria, pues existe una legítima confianza en la actuación pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que el principio de la buena fe señalado en el inciso segundo del Artículo 136 del Decreto 01 de 1984, incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe».

#### 5.- Conclusión:

En ese orden, lo procedente es revocar la sentencia apelada, toda vez, que la pensión de jubilación de la señora Corina Martínez, fue expedida, sin cumplir con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, pues si bien es cierto dicho reconocimiento pensional se hizo en virtud de retiro voluntario (pensión anticipada), también lo es, que este tipo de pensiones se conceden de manera temporal y no vitalicia y su reconocimiento no se encuentra dentro de las situaciones que quedaron convalidadas al tenor de lo dispuesto por el Artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Además, teniendo en cuenta que la demandada se encontraba cobijada por el régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1994, le corresponderá a la entidad demandante procederá a efectuar el análisis de la situación pensional de la demandada al tenor del régimen previsto en la Ley 33 de 1985 para definir su derecho a una pensión legal

Sin embargo, la demandada Corina Martínez de Montes no puede ser privada de la prestación hasta tanto adquiera la pensión legal, es decir, cuando reúna los requisitos de ley, oportunidad en la cual, la pensión anticipada cesa y debe subrogarse por una pensión legal por cuenta de la entidad de previsión social a la que se encuentre afiliada la trabajadora, quedando por tanto a cargo de la entidad demandante la diferencia, si existiere, entre la mesada reconocida y la que deba pagar la entidad de previsión social.

En tal sentido, la Sala ordenará a la entidad demandante que proceda a efectuar un nuevo análisis de la situación jurídica pensional de la señora Corina Martínez de Montes, con el fin de pronunciarse sobre el derecho que le asiste al reconocimiento de la pensión legal.

Teniendo en cuenta la edad de la demandada y su especial condición de vulnerabilidad, se ordenará que la entidad demandante se abstenga de suspender los pagos que se le vienen realizando mensualmente por concepto de pensión de jubilación, con el propósito de garantizar su derecho a la vida digna y seguridad social<sup>35</sup>, hasta tanto se profiera un nuevo acto administrativo sobre su derecho pensional.

#### 6.- Condena en costas

La Subsección estima que no hay lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesal, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (Artículo 171 del CCA, modificado por el Artículo 55 de la Ley 446 de 1.998).

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia la sentencia proferida el 15 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que denegó las

súplicas de la demanda presentada por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla contra la señora Corina Martínez de Montes, y en su lugar,

DECLARAR la nulidad de las Resoluciones No. 195 del 17 de diciembre de 2004 y No. 042 del 18 de marzo de 2005, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla que profiera un nuevo acto administrativo que defina la situación pensional de la demandada Corina Martínez de Montes aplicando el régimen de la Ley 33 de 1985, dentro del término de treinta (30) días, previsto por el Artículo 176 del Decreto 01 de 1984. En todo caso se advierte que no habrá lugar a suspender los pagos que se le realizan mensualmente a la demandada por concepto de pensión de jubilación, con el propósito de garantizar su derecho a la vida digna y seguridad social, hasta tanto se decida su situación pensional.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Sin condena en costas.

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

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUAREZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folio 1 y 2 de este cuaderno.
2. Corresponde a la categoría de empleada pública.
3. Se ordenó incluir en nómina a partir del mes de octubre de 2004.
4. Folio 11 del expediente.
5. Reglamentó la Ley 6 de 1945.
6. «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.»
7. Texto subrayado declarado inexecutable [Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional](#).
8. Texto subrayado declarado executable en la misma [Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional](#).
9. 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.
10. El 2 de junio de 1987, la Junta Directiva de las EPM de Barranquilla, expidió Resolución 022 en la que modificó nuevamente el Artículo 70 de los estatutos, para precisar cuáles serían los cargos que desempeñarían actividades de dirección y confianza, para ser tenidos como empleados públicos, a saber: gerente general, gerentes, subgerentes, secretaria general, jefes de oficinas, directores, jefe de división, jefes de departamento, sub-jefes, interventores, ingenieros de planta, profesionales I y II, previsión que aprobó la Alcaldía municipal por Decreto 472 de 1987.

11. En virtud de la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 11 de junio de 1991.

12. «Artículo 11. El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones:

[...]

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

13. «Artículo 57. El Artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

[...]

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

14. «Artículo 62. El Artículo 197 de la Constitución Nacional quedará así:

Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

[...]

3. Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos;»

15. Texto extraído de la sentencia del 10 de octubre de 2018, proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Rad, int.4940-2014

16. Actor: Universidad del Atlántico. No. interno: 2434-10. M.P.: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

17. Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997.

18. Estos dos eventos fueron objeto de pronunciamiento de exequibilidad a través de la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

19. Párrafo del Artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

20. En el mismo sentido ver la sentencia de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; de 4 de septiembre de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante; radicado interno No. 0699-2006; actor: Universidad del Valle del Cauca; así como también la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de 16 de febrero de 2006; C.P. doctor Tarsicio Cáceres Toro; radicado No. 2001-04783-01; actor: María Antonia Solórzano Veloza.

21. En el mismo sentido, ver sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del 10 de marzo de 2011, expediente No interno: 1889-10, Magistrado Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y de la Subsección A, del 17 de marzo del 2011, expediente No. Interno: 2069-07, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

22. En igual sentido, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del 21 de mayo de 2011, expediente Nos. Internos: 2333-10 y 1721-08, Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

23. Salvo la expresión "*o cumplan dentro de los dos años siguientes*".

24. No fue allegada al proceso la mencionada propuesta.

25. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Sentencia de 16 de agosto de 2007. radicación número: 11001-03-27-000-2005-00024-00(15398). actor: A.A.P.L. demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

26. No fue allegada al proceso la mencionada propuesta.

27. No fue allegada al proceso.

28. En similar sentido, se pronunció esta Subsección, en sentencia de 10 de diciembre de 2018, rad, 1220-2016, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

29. En tal sentido se pronunció esta Subsección A, en sentencia del 10 de diciembre de 2018, rad. 1220-2016.

30. Ver Sentencia T-475 de 1992

31. Ibídem.

32. Ver sentencias de 2 de marzo de 2000. Expediente No. 12.971. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; de 17 de mayo de 2007. Exp. 3287-05. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado

33. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente 0488-07. M.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

34. Proceso radicado 25000-23-25-000-2011-00609-02 (3130-2013), con ponencia del Consejero dr. Gustavo Gómez Aranguren.

35. En tal sentido se pronunció esta Subsección A, en sentencia del 10 de diciembre de 2018, rad. 1220-2016.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-11-21 17:27:12*