

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

Cartagena de Indias D.T. y C, veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021).

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2013-00212-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.</b>
<b>Demandado</b>	<b>HERNANDO CASTILLO MENDOZA</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ</b>
<b>Actuación</b>	<b>SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA</b>
<b>Tema</b>	<b>PENSIÓN CONVENCIONAL/EMPLEADO PÚBLICO</b>

Procede la Sala de Decisión N° 001 a dictar la sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP -, por conducto de apoderado especial, contra el ciudadano HERNANDO CASTILLO MENDOZA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

## I. ANTECEDENTES.

### 1.1. La demanda.

Invoca el actor las siguientes (se transcribe):

*“PRIMERA: Que se declare la Nulidad de las Resoluciones **No. 0915 del 14 de mayo de 1991**, “Por la cual se ordena reconocer y pagar pensión mensual vitalicia de jubilación a Hernando Castillo Mendoza”, proferida por el Gerente del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, de la Empresa Puertos de Colombia. Así mismo contra la resolución **No. 039276 del 31 de mayo de 1991**, “Por medio de la cual se confirma una Providencia”, contra la Resolución **No. 2107 del 26 de mayo de 1998** “Por medio de la cual se reajusta una pensión de jubilación y se reconocen unas mesadas atrasadas”, y contra la Resolución **No. RDP 10771 del 4 de octubre de 2012**, por la cual se dio cumplimiento a un fallo de tutela en sede de revisión.*

*SEGUNDA: A título de restablecimiento del derecho, condenar al señor HERNANDO CASTILLO MENDOZA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.157.091 a restituir a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP la suma correspondiente a los valores pagados con ocasión del reconocimiento de una pensión de jubilación convencional a la cual no tenía derecho por ser empleado público, mediante resolución No. 0915 del 14 de mayo de 1991 y confirmado mediante Resolución No. 39276 del 31 de mayo de 1991. De igual forma a la restitución del incremento a la mesada pensional, que fue reconocida mediante la Resolución No. 2107 del 26 de mayo de 1998, al incluir de manera ilegal en la base de cotización de la pensión ya reconocida, los salarios devengados como Diputado de la Asamblea de Bolívar. Así*

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

*mismo, a la restitución de las sumas que se le paguen con ocasión de la expedición de la Resolución RDP 010771 del 4 de octubre del 2012, por medio de la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela en sede de Revisión, proferido por la Corte Constitucional, al igual que de las mesadas que se le paguen hasta el procedimiento de la sentencia que le ponga fin al proceso."*

## 1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El señor HERNANDO CASTILLO MENDOZA ingresó a laborar a la Empresa Puertos de Colombia el 19 de septiembre de 1973, habiendo servido para esta entidad por un total de quince (15) años, tres (3) meses y doce (12) días, según certificado de liquidación. También trabajó en la Cárcel del Distrito Judicial de Cartagena, por un periodo de siete (7) años, cinco (5) meses y veintiséis (26) días, para un total de veintidós (22) años, nueve (9) meses y ocho (8) días, en entidades públicas.
- Para la fecha del retiro del señor Castillo Mendoza, esto es, el 30 de diciembre de 1990, contaba con cincuenta (50) años de edad, como quiera que nació el diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos cuarenta (1940).
- El cargo desempeñado por el señor CASTILLO MENDOZA, durante el tiempo de servicios para la Empresa Puertos de Colombia, fue el de Odontólogo, el cual en virtud del Acuerdo 0021 del 02 de septiembre de 1988, emitido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, aprobado por el Decreto 2318 del 09 de noviembre de 1988, en su artículo 2, literal b) señala que los Terminales Marítimos, son empleados públicos, entre otros, los "Gerentes, Directores .... Odontólogos"
- No obstante la calidad de empleado público del demandado, por medio de la resolución No. 0915 del 14 de mayo de 1991, se reconoció y ordenó pagar una pensión de jubilación convencional, en virtud del artículo 107 de la convención colectiva del trabajo vigente para los años 1989 – 1990 aplicable solo a trabajadores oficiales.
- Por medio de la resolución 3927 del 31 de mayo de 1991 se confirmó el reconocimiento pensional; a través de la resolución **No. 2107 del 26 de mayo de 1998** se reajustó la pensión de jubilación y se reconocieron unas mesadas atrasadas y por la Resolución **No. RDP 10771** del 4 de octubre de

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

2012, se dio cumplimiento a un fallo de tutela en sede de revisión, que dejó sin efecto la revocatoria directa.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Arguye el actor que los actos demandados violan claramente lo dispuesto en el artículo 107 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para 1989 - 1990, en la cual se establecía una pensión especial de jubilación para los trabajadores que cumplieran 20 años de servicio a la entidad y 50 años de edad; esto por cuanto, no se trata de un trabajador oficial amparado por dicha normativa. Así mismo, arguye que se viola el artículo 1 de la ley 33 de 1985 y 75 del Decreto 1848 de 1969.

### **1.4. Contestación.**

La parte demandada se opuso a las súplicas de la demanda aduciendo que el reconocimiento pensional efectuado tuvo soporte en un contrato de trabajo a término indefinido que le confirió la calidad de trabajador oficial y con ello, el derecho a percibir la prestación de que habla el artículo 107 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1989-1990.

### **1.5. Actuación procesal.**

La demanda fue presentada el día 11 de abril del 2013, correspondiéndole al despacho No. 01, el cual, mediante auto del 15 de agosto del 2013, admitió la demanda y ordenó su notificación.

La audiencia inicial se llevó a cabo el 11 de febrero del 2016 y allí fueron resueltas las excepciones previas formuladas. En la misma audiencia, al no haber pruebas que practicar, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público.

### **1.6. Concepto del ministerio público.**

El Representante del Ministerio Público en esta oportunidad recomendó la denegación de las pretensiones, argumentando que no se acreditó la condición de empleado público que reputa el ente demandante para descreer del derecho pensional otorgado conforme a la Convención Colectiva de Trabajo.

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

## **II.- CONTROL DE LEGALIDAD.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

## **III.- CONSIDERACIONES.**

### **3.1. Competencia.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 numeral 2 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia, por ser un asunto de carácter laboral que no proviene de un contrato de trabajo y cuya cuantía excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **3.2. Problema jurídico.**

Se hará el estudio de fondo en orden a establecer si le asiste o no el derecho pensional al demandado, a la luz de la citada convención colectiva de trabajo, o si es del caso declarar la nulidad del acto que con base en dicha normativa decretó el reconocimiento pensional.

Es fundamental establecer la naturaleza jurídica de la vinculación, esto es, si como lo narra la UGPP, en realidad se trataba de un empleado público y no de un trabajador oficial, sin derecho por ende, a ser beneficiario de la convención colectiva.

### **3.3. Tesis.**

Se sustentará que la Resolución 0915 del 14 de mayo de 1991, *“por medio de la cual se ordena reconocer y pagar pensión mensual vitalicia de jubilación a Hernando Castillo Mendoza”* incurrió en causal de nulidad, por trasgresión o infracción de las normas constitucionales, legales y reglamentarias en que debería fundarse, pues no se trataba de un trabajador oficial y por ende no le era aplicable el artículo 107 de la convención colectiva de trabajo.

### **3.4. Marco normativo y jurisprudencial.**

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

La Constitución Política de Colombia de 1991, establece en sus artículos 123 y 125, que:

**“ARTICULO 123.** *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”*

**“ARTICULO 125.** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.”*

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

**“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.** *Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).*

*Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.*

Se deja constancia que el texto subrayado y entre paréntesis fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-484 de 1995, de la Corte Constitucional.

Se tiene entonces que, el constituyente de 1991, recogiendo la experiencia legislativa antecedente y el régimen preconstitucional aplicable a esta materia, decidió clasificar directamente, aun cuando no de modo exhaustivo, a los servidores públicos o del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tres categorías muy generales, según se desprende de la lectura inicial del artículo 123 superior, así:

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

- Los miembros de las corporaciones públicas.
- Los empleados públicos.
- Los trabajadores oficiales.

Hacen parte de las Corporaciones Públicas, los integrantes del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales o Municipales, y de las Juntas Administradoras Locales. Son entonces servidores públicos los senadores y los representantes a la cámara, los diputados, los concejales y los ediles.

Por demás, esa claro que de la Constitución Política se desprende que los empleados públicos deben ser nombrados por la administración para ingresar al servicio (artículo 126); que se encuentran comprometidos en el ejercicio de la función en situaciones legales y reglamentarias; que deben posesionarse del cargo y prestar juramento de defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (artículo 122). Además, la regla general para el ingreso al servicio por los empleados públicos es el concurso, y su régimen de permanencia, ascenso y retiro es el de carrea administrativa (artículo 125). Para determinar el carácter de empleado público se acude entonces a los criterios de relación jurídica (relación estatutaria), al orgánico que atiende al organismo donde se encuentra ubicado y al funcional que mira la actividad que se desempeña.

Por su parte, para los trabajadores oficiales se encuentra la referencia que se hace en la Constitución al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir el legislador y que aparece mencionado en el numeral 19, literal f) del artículo 150 superior, como una de las leyes marco, lo cual da idea y fundamento para afirmar que, bajo esta categoría, los servidores públicos pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración y que las prestaciones sociales pueden mejorarse convencionalmente en el contrato, así sea por virtud del conflicto colectivo y de la negociación o de la huelga, salvo en materia de servicios públicos esenciales.

Así pues, lo cierto es que, tal y como ocurría con la Constitución de 1886, la Constitución de 1991 establece aquellas dos categorías básicas de servidores públicos a las que se refiere el transcrito artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 y a las que se les agregan, dentro del marco de la Carta Política vigente, la de los miembros de las Corporaciones Públicas y las demás que establezca la ley.

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

Por regla general el servicio público y la función administrativa, que comportan ejercicio de autoridad deben ser satisfechos y atendidos por empleados públicos y sus actos son por principio actos administrativos, expedidos para el cumplimiento de responsabilidades públicas, como las que se atienden por los ministerios, los departamentos administrativos y los establecimientos públicos en el orden descentralizado, lo mismo que las responsabilidades de inspección, vigilancia y control que se cumplen por las superintendencias en el orden central, no pueden ser dictados sino por empleados públicos, los cuales deben cubrir todo el cuadro de destinos de las entidades a las que se les asignan aquellas responsabilidades, claro esa, con algunas salvedades sobre cierto tipo de actividades relacionadas con la construcción y mantenimiento de obras públicas, en cuyo caso, por las características de la actividad, pueden negociar el régimen de remuneración, salarios y prestaciones, asumiendo entonces el carácter de trabajadores oficiales.

Por su parte, los actos de atención y de gestión de servicios públicos por entidades descentralizadas por servicios, que asumen la forma de empresas industriales y comerciales, deben ser atendidos por personal vinculado por otra modalidad que se corresponda con la figura empresarial y económica de gestión y por ello es preciso vincular a los servidores públicos por contrato de trabajo y establecer un régimen jurídico específico de garantías prestacionales mínimas, que puede ser objeto de negociación y arreglo entre la entidad y el personal.

Es por ello que, desde 1968, se ha advertido que no puede aplicarse exclusivamente el criterio orgánico, ni exclusivamente el funcional para construir el régimen de clasificación específica de los servidores públicos, y que bien podría ocurrir que por excepción en un establecimiento público se hiciese necesario atender una actividad como la de construcción y sostenimiento de obras públicas u otras equiparables a ellas con trabajadores oficiales como personal vinculado por contrato de trabajo y que, en veces, en las empresas industriales y comerciales del Estado se hiciese necesario atender determinadas actividades de confianza y dirección con personal de empleados públicos.

En el caso de los establecimientos públicos, de conformidad con el artículo 125 de la Carta Política, solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales, sin que dicha facultad pueda ser delegada a

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

estos, en sus respectivos estatutos; constituye una potestad propia del legislador, no susceptible de ser trasladada a los establecimientos públicos.

Sobre la otra excepción, es conveniente agregar que trabajadores oficiales son no solo quienes se encargan de la construcción propiamente dicha, sino igualmente, quienes se dedican a su sostenimiento, o sea a su conservación y reparación. Cabe así mismo aclarar que la condición de trabajador oficial dedicado a la construcción y sostenimiento de obras públicas puede darse en cualesquiera de los organismos a los que se refiere el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, a saber: ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos y no solamente por ejemplo en las entidades destinadas a construir obras públicas.

En el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, se advierte que el criterio adoptado para determinar la clase de vínculo con la empresa es el orgánico. De suerte que basta que se presten los servicios a una empresa calificada como tal, para que la regla general de vinculación sea la contractual laboral, es decir, la propia de los trabajadores oficiales; es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado y para determinarla siguió el legislador el criterio de la actividad, pues solo si se trata de tareas de dirección y confianza, podrá darse la vinculación estatutaria. El estatuto de la respectiva empresa debe indicar cuales de tales actividades del conjunto de todas las de dirección y confianza, deben ser desempeñadas por empleados públicos. Quiere decir lo anterior que no todos los cargos de dirección o confianza en las empresas industriales y comerciales del Estado tienen que ser desempeñados por empleados públicos; corresponde a los estatutos señalar esta situación, mediante la correspondiente clasificación.

### **De las convenciones colectivas de trabajo, respecto de los empleados públicos.**

Como lo reitera el Consejo de Estado en su copiosa jurisprudencia, el artículo 467<sup>1</sup> del Código Sustantivo del Trabajo, al definir las convenciones colectivas de trabajo, hace referencia a que estas fijan las condiciones de los contratos individuales de trabajo, por el término de sus vigencias, es decir, como instrumentos de negociación de las condiciones laborales de los trabajadores. En manera alguna, pueden ser predicables sus beneficios a servidores públicos con una relación legal y reglamentaria, como lo son

<sup>1</sup> «**DEFINICIÓN.** Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia».

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

los empleados públicos<sup>2</sup>.

De tal suerte que, aceptada la condición de empleado público, no es dable la aplicación de los beneficios laborales convencionales propios de los trabajadores, pues tales beneficios solo quedarán vigentes para el campo de las condiciones que regirán las relaciones de los contratos individuales de trabajo, que, por su naturaleza, logran un margen diferencial de vinculación respecto de los primeros servidores públicos.

### **Derecho a la negociación colectiva y sus excepciones, derechos adquiridos<sup>3</sup>.**

Los derechos adquiridos, a juicio de la Corte Constitucional, en el estudio realizado en sentencia C-314 de 2004, *“son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien lo reclama (...), es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas”*.

Por tanto, tales derechos adquiridos que son *“intangibles”*, se diferencian de las meras expectativas, pues los primeros no pueden ser desconocidos por una ley posterior, ni por las autoridades administrativas ni judiciales; en cambio, los segundos *“(…) son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador”*<sup>4</sup>.

No obstante, el Consejo de Estado<sup>5</sup> destaca el notorio contraste frente a la forma como los empleados públicos y trabajadores oficiales se vinculan a

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00416-01(4382-14)

<sup>3</sup> Los artículos 53 (inciso 5) y 58 de la Constitución Política determinan que *«La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores»*, y que *«Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores»*, en su orden. Por su parte, el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, dispone que *«Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule ó cercene»*. Referencias legales tenidas en cuenta por la Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2004.

<sup>4</sup> Así lo señaló la Corte Constitucional en fallo C-314 de 2004, en el que cita apartes de la sentencia C-453 de 2002.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00416-01(4382-14)

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

la Administración<sup>6</sup>, fruto de lo cual a estos últimos se les ha concedido el beneficio de la negociación colectiva (artículo 467 del CST), con el fin de optimizar las garantías mínimas laborales que la Constitución y la ley les concede; privilegio de negociación del cual se encuentran excluidos los empleados públicos. Diferencia que, en todo caso, hace la ley (artículo 416<sup>7</sup> del CST), por expresa autorización del artículo 55 de la norma superior, cuando *“garantiza el derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones labores, con las excepciones que señale la ley”*.

En la sentencia C-314 de 2004, la Corte Constitucional recordó lo afirmado en fallo C-110 de 1994 cuando estudió la constitucionalidad del artículo 416 del CST, en la que precisó los alcances de esa norma laboral, en el sentido de que al establecer tal restricción al derecho a la negociación colectiva frente a los sindicatos de los empleados públicos (consistente en la imposibilidad de presentar pliegos de peticiones destinados a celebrar convenciones colectivas de trabajo), no contraría la Carta Política, amén de que dicha prohibición, logra su fundamento *“en una garantía invaluable para la preservación de los intereses públicos: la integridad y continuidad del servicio”*.

Lo valioso del fallo precitado de cara al *sub lite*, deviene en que, en es esa oportunidad la Corte dejó claro, que incluso en situaciones en donde ocurre un cambio en la naturaleza jurídica del empleo, que da lugar a mudar la condición de trabajador oficial para convertirse en empleado público, la restricción de los derechos derivados de la posibilidad de negociar las condiciones laborales y prestacionales a través de convenciones colectivas, propia de los trabajadores oficiales, resultaba válida y no daba lugar a aducir derecho adquirido alguno.

*“De lo dicho se deduce entonces que los servidores públicos adscritos a las empresas sociales del Estado que adquirieron la categoría de empleados públicos y perdieron la de trabajadores oficiales, perdieron con ella el derecho a presentar pliegos de*

<sup>6</sup> En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional a través de sentencia C-314 de 2004: *«Para iniciar debe recordarse que la clasificación de empleados públicos y trabajadores oficiales fue sistematizada por el Decreto 3135 de 1968, en el marco de la reforma administrativa de ese año en Colombia. El artículo 5° de dicha normatividad establece que “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>6</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 deben ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.”

<sup>7</sup> *«Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga»*, texto subrayado declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1234 de 2005, *«[...] bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto»*.

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

*peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo.”*

### **3.5. Caso concreto.**

Lo primero que se indagará será (en aras de tratar de ser prácticos en el análisis) sobre la naturaleza jurídica de la entidad a la cual pertenecía el pensionado (Puertos de Colombia) y la de su vinculación.

Milita al folio 50 y siguientes del cuaderno No. 1, el Acuerdo 0021 del 02 de septiembre de 1988, *“por medio del cual se deroga el Acuerdo No. 011 de mayo 13 de 1987, aprobado por el Decreto 1043 de junio 5 de 1987”*.

Dicho acuerdo fue expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, en ejercicio de las atribuciones legales y estatutarias y en especial las conferidas por el artículo 26 del Decreto Extraordinario 1050 de 1968, 1174 de 1980 y 2465 de 1981 y equivale a una reforma a los estatutos orgánicos de la entidad.

De allí emerge sin duda que la empresa Puertos de Colombia se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado y que dentro de sus estatutos se clasificaron las actividades de dirección y confianza a ser desempeñadas por empleados públicos, tal y como lo dispone el artículo 5 del decreto 3135 de 1968, citado ampliamente en el acápite normativo y jurisprudencial.

En tal sentido, el artículo segundo de esa norma, permite no solo corroborar que existió un acuerdo estatutario antecedente que preveía la clasificación de empleos, el 857 de 1981, aprobado por el Decreto No. 2465 de 1981, sino la modificación a una de las disposiciones estatutarias en el contenidas, consagrándose expresamente cuáles eran los servidores que ostentaban la calidad de empleados públicos, y enunciando que, todos los demás, no especificados allí y como regla general, tenían la calidad de trabajadores oficiales.

Se puede ver allí, en la lista de quienes fueron clasificados como empleados públicos de manejo y confianza, el cargo de **“odontólogo de oficina principal (Bogotá) y odontólogo de los terminales marítimos”**.

El texto del citado acuerdo 0021 del 02 de septiembre de 1988, fue sometido a aprobación del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, tal cual lo ordena el artículo 26, literal b) del Decreto 1050 de 1968<sup>8</sup>. Se hizo la

<sup>8</sup> **“Artículo 26. De las funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Son funciones de las Juntas o Consejos Directivos:**

(...)

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

aprobación a través del Decreto No. 2318 de 1988 (fls. 54 a 56 íbidem), publicado en el diario oficial del día viernes 11 de noviembre de 1988 (fl. 57 ídem); allí se reproduce en su totalidad el texto del acuerdo aprobado, sin que exista duda de la reforma estatutaria contemplada en aquel y particularmente, en la calidad de empleados públicos de los odontólogos de la oficina Principal en Bogotá y de los Terminales Marítimos.

El señor HERNANDO CASTILLO MENDOZA, aportó, cuando recorrió el traslado de la demanda y la medida cautelar, el texto del Decreto 287 del 20 de enero de 1991, haciendo ver que operó otra reforma a los estatutos de la empresa Puertos de Colombia (fls. 403 a 407 Cdo. No. 2).

En efecto, se trató del Decreto Nacional 287 de 1991 “por el cual se aprueban los Acuerdos números 0016 y 0018 de 1990, originarios de la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, Colpuertos, que modifican los estatutos de la entidad”.

Ese decreto, en sus artículos 1 y 2, aprobó la reforma a los estatutos de la entidad, realizada por los acuerdos 0016 del 9 de octubre de 1990 y 0018 del 26 de noviembre de 1990, adoptados por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia.

El decreto permite ver que se incorporó en su texto la totalidad de los dos acuerdos referidos, el primero de ellos, esto es, el 0016 del 09 de octubre de 1990, lo que dispuso fue la modificación del acuerdo 857 de 1981 aprobado por el Decreto 2465 de 1981 y del 0021 del 2 de septiembre de 1988, aprobado por el Decreto 2318 del 9 de noviembre de 1988, es decir, aquellos con que se principió el análisis *supra*.

La reforma se contrajo, en lo que respecta al acuerdo 0016 del 09 de octubre de 1990, a modificar nuevamente el artículo 38 del acuerdo 857 de 1981, respecto a la clasificación de los servidores de manejo y confianza que ostentaban la calidad de empleados públicos, quedando el texto de la norma de la siguiente manera:

*“Artículo 38. Las personas que trabajan al servicio de la Empresa con las excepciones que a continuación se precisan son trabajadores oficiales vinculadas a ellas por contrato de trabajo. Son empleados públicos de libre nombramiento y remoción, además del Gerente General, las personas que desempeñan los siguientes cargos:*

*a) En la Oficina Principal (Bogotá):*

---

*b) Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno;”*

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

*Subgerentes, Jefes de Oficina, Secretario General, Asistente de la Gerencia General, Director Financiero, Jefes de División, Jefe de Suministro, Asesores, Asistentes, Coordinadores, Auditores, Jefe de Sección de Personal, Abogados, Médicos, **Odontólogos**, Ingenieros, Arquitectos, Jefe de Supervisión Administrativa Laboral, Supervisor, Administrativo Laboral, Evaluador de Programas Estadísticos, Analista de Investigaciones Económicas, Experto en Seguridad General.*

*b) En los Terminales Marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta, Tumaco.*

*Gerentes, Directores, Jefes de Oficina, Secretarios Generales*

*-Terminales-, Jefes de Departamento, Jefes Administrativos de Servicios Médicos, Jefes de Sección III de Registro y Control de Personal, Jefes de Sección III de Caja, Jefes de Sección III de Cobranzas, Jefes de Sección III de Facturación, Jefes de Sección III de Control Entrada y Salida, Médicos, **Odontólogos**, Abogados, Ingenieros, Supervisores Administrativos Laborales, Almacenistas. Pilotos Prácticos, Jefe de Sección Administrativa (Terminal Marítimo de Tumaco), Jefe de Sección de Operaciones y Mantenimiento (Terminal Marítimo de Tumaco), Capitán, Draga Colombia (Terminal Marítimo de Barranquilla), Jefe de Ingenieros -Draga Colombia (Terminal Marítimo de Barranquilla), Primer Ingeniero - Draga Colombia (Terminal Marítimo de Barranquilla), Primer Oficial - Draga Colombia (Terminal Marítimo de Barranquilla).*

Así pues, según esta reforma, los servidores que desempeñaban el cargo de odontólogo, tanto en la Oficina Principal de Bogotá, como en los terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Tumaco, siguieron conservando su naturaleza de empleados de manejo y confianza y por ende de, empleados públicos.

El señor HERNANDO CASTILLO MENDOZA, se vinculó a la Empresa Puertos de Colombia, desde el día 19 de septiembre de 1975, como bien lo indica el contrato de trabajo aportado (fl. 408 cuaderno No. 2) y lo expuso este en la contestación de la demanda, hasta el 30 de diciembre de 1990, para un total de 15 años, 3 meses y 12 días de labor. Todo esto se aviene a lo relatado en la demanda y resulta armónico con lo que indica la resolución 0915 del 14 de mayo de 1991 (resolución pensional) y la certificación emitida por el Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo de Cartagena (fl. 42 cuaderno No. 3).

El cargo que desempeñaba al servicio de la Empresa Puertos de Colombia, según se deduce, tanto de la demanda como la contestación, y esto en armonía con el contrato de trabajo aportado (fl. 408 y ss cdno. No. 2) y lo expuesto en sede de tutela por el propio actor era el de "odontólogo del Terminal Marítimo de Cartagena; por lo que no hay duda que el ingreso se dio el 19 de septiembre de 1975, a la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de Cartagena, en el cargo de odontólogo y dicho vinculo permaneció vigente hasta el 30 de diciembre de 1990, fecha en la cual renunció para entrar a disfrutar de su pensión de jubilación.

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

Pues bien, como se advirtió atrás, en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, el criterio adoptado para determinar la clase de vinculación con la empresa, por regla general es el orgánico, según el cual, basta que se presten los servicios a una empresa calificada como tal, para que la vinculación sea la contractual laboral, es decir, la propia de los trabajadores oficiales; no obstante lo cual, de manera excepcional, tal y como lo dispone el inciso segundo del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, se puede ostentar la calidad de empleado público al interior de estas empresas según el criterio de la actividad, si se trata de tareas de dirección, manejo y confianza, establecidas por vía de los estatutos de la entidad, como en efecto ocurrió en el *sub lite*.

Y es que, con todo y que el señor CASTILLO MENDOZA se vinculó a través de un contrato laboral en calidad de odontólogo del Terminal Marítimo de Cartagena, en el año 1975, lo cierto es que, a partir de la reestructuración de la entidad, adoptada con el acuerdo 0021 del 02 de septiembre de 1988, aprobado mediante el Decreto Nacional 2318 del 09 de noviembre de 1988, se dio una modificación en la naturaleza jurídica de la labor desempeñada, convirtiéndose esta en una labor de confianza y manejo, lo que supone la calidad de empleado público. Así incluso fue ratificado con la posterior reestructuración de la entidad, adoptada mediante el acuerdo 0016 del 09 de octubre de 1990, aprobado por el Decreto Nacional 287 del 28 de enero de 1991, luego en tal sentido es el criterio funcional y de la actividad el que permite en el caso concreto suponer, que se trata de un empleado público del que se predica que su vinculación es legal y reglamentaria.

De tal suerte que, para el caso analizado, el señor HERNANDO CASTILLO MENDOZA cuando le fue concedida la pensión de jubilación mediante la Resolución 0915 del 14 de mayo de 1991, no ejercía un empleo propio de trabajador oficial.

Queda entonces por averiguar, y dado que hay claridad respecto de la naturaleza jurídica de la entidad y la de la vinculación, lo concerniente a la situación pensional, de cara a lo consagrado en la resolución 0915 del 14 de mayo de 1991 (acto demandado).

A través de esta resolución, la Gerencia del Terminal Marítimo de Cartagena, con el visto bueno de la Caja Nacional de Previsión Social, el 14 de mayo de 1991 le reconoció una pensión al señor HERNANDO CASTILLO MENDOZA, por haber satisfecho los requisitos establecidos en el

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

artículo 107 de la convención colectiva de trabajo vigente para el momento, derecho que reconoció a partir del 31 de diciembre de 1990.

La convención colectiva de trabajo, aportada en medio magnético por el extremo activo vía auto de mejor proveer, en su artículo 7, establece:

**"ARTICULO 7**

**PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

*Todo trabajador que haya prestado sus servicios a la empresa, durante veinte (20) años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la firma de la presente convención y cuente con cincuenta (50) años de edad, tendrá derecho a gozar de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al ochenta por ciento (80%) del promedio mensual de los salarios devengados por el peticionario durante el último año en que prestó sus servicios, con base en lo estipulado en la presente convención. Para este efecto, ninguna persona podrá superar el tope máximo 17.5 salarios mínimos mensuales legales.*

*La pensión será exigible una vez se hayan llenado los requisitos de la edad y tiempo de servicio estipulados en este artículo.*

**PARAGRAFO PRIMERO**

*Para efectos de la pensión de que trata ese artículo, aquellos trabajadores que ingresen a la Empresa Puertos de Colombia, con posterioridad al 31 de diciembre de 1985, deberán prestar veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos a la Empresa Puertos de Colombia y contar con cincuenta y cinco (55) años de edad.*

*Los trabajadores que ingresen a partir de la firma de la presente convención se les liquidara la pensión con el setenta y seis por ciento (76%) de su salario promedio.*

*El trabajador que se retire y tenga derecho a pensión, será incluido en la nómina de jubilados una vez se produzca la resolución en el respectivo Puerto u Oficina de Conservación de Obras de Bocas de Ceniza, que le reconozca el derecho."*

Así pues, conforme al marco normativo expuesto y la relación probatoria efectuada, resulta oportuno concluir que la aludida convención colectiva no podía aplicarse al caso del demandante, puesto que si bien es cierto que este en algún momento tuvo la calidad de trabajador oficial en la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, caso en el que sería destinatario de aquella, conforme al artículo 107 citado, también lo es que desde el viernes 11 de noviembre de 1988 (fecha de publicación del decreto 2318 del 09 de noviembre de 1988, aprobatorio del acuerdo de reestructuración 0021 del 02 de septiembre de 1988), adquirió la condición de empleado público, tal y como viene de discernirse, motivo por el cual se debe aplicar para su relación laboral la normativa general dictada para esta clase de servidores públicos y no la convención colectiva de trabajo deprecada, ya que esa figura está

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

prohibida para ese tipo de vinculación laboral, de acuerdo con el artículo 416 del CST.

Con mayor razón lo dicho, si se tiene en cuenta que se trata de una convención colectiva negociada por los trabajadores miembros de los sindicatos de los Terminales Marítimos de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta y la Oficina de Conservación de Obras de Bocas de Ceniza, firmada el 28 de julio de 1989, con vigencia para los años 1989 y 1990, según se desprende de su texto, es decir, inició a regir tiempo después de que el señor CASTILLO MENDOZA adquiriera la condición de empleado público por la primera de las reformas estatutarias analizadas, condición que no varió, sino que se ratificó, a partir de reforma de estatutos contemplada en el acuerdo 0016 del 09 de octubre de 1990, aprobado por medio del Decreto 287 del 28 de enero de 1991.

De manera pues que, al sustentarse la resolución 0915 del 14 de mayo de 1991 (resolución pensional) en el artículo 107 de la convención colectiva analizada, para a partir de allí determinar el régimen pensional a aplicar al señor CASTILLO MENDOZA, como en efecto se hizo, evidentemente se incurrió en causal de nulidad, por trasgresión o infracción de las normas constitucionales, legales y reglamentarias en que debería fundarse, pues no se trataba de un trabajador oficial, lo que deviene determinante para elegir el régimen pensional convencional y por ende, no le era aplicable el artículo 107 de la convención colectiva de trabajo que regula el derecho pensional de carácter convencional.

Además, la Sala estima pertinente aclararle al demandado que el hecho de pertenecer a un determinado régimen laboral (y con mayor razón haber pertenecido) no constituye un derecho adquirido, pues hay lugar a admitir la máxima universal de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y en ese orden, el señor CASTILLO MENDOZA como empleado público, no debe quedar amparado por la convención colectiva de trabajo, por lo que se evidencia que, contrario a lo por el esbozado, no se trasgredió esa garantía constitucional. Por ello no es de recibo que se pretenda justificar la adquisición de un derecho, a partir del contenido del artículo 2º del Acuerdo 0016 de 1990 (la segunda reforma de estatutos analizada).

Y es que, no se olvide que la Corte Constitucional, en fallo C-314 de 2004<sup>9</sup> (citado en el acápite normativo y jurisprudencial), determinó que los

---

<sup>9</sup> En la que referenció las posturas adoptadas por esa Corporación en sentencias C-168 y C-262 de 1995, C-209 de 1997, C-478 de 1998 y C-453 de 2002.

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

derechos adquiridos, tanto de orden prestacional como salarial, consignados en las convenciones colectivas, rigen y siguen vigentes solo para quienes, producto de la redefinición del régimen laboral decretada en el marco de una reestructuración administrativa, **hayan continuado como trabajadores oficiales,** cosa que en el *sub lite* no ocurrió.

Así las cosas, conforme al análisis realizado, se concluye que es ilegal la decisión contenida en la resolución 0915 del 14 de mayo de 1991, “*por medio de la cual se ordena reconocer y pagar pensión mensual vitalicia de jubilación a Hernando Castillo Mendoza*”, y en tal virtud se declarará su nulidad.

Respecto de las Resoluciones 039276 del 31 de mayo de 1991 y 2107 del 26 de mayo de 1998 (también demandadas) la Sala se abstiene de pronunciamiento, dado que, la primera no fue aportada con la demanda y tampoco durante el trámite y no se conoce cuál es su contenido y la segunda, trata de la reliquidación de una pensión de jubilación adquirida por el señor CASTILLO MENDOZA mediante la Resolución de fecha 26 de marzo de 1991 (según su texto), es decir, no se trata de la reconocida en la resolución 0915 del 14 de mayo de 1991; en todo caso, debe entenderse que la nulidad del acto primigenio decretada en esta providencia necesariamente vincula a los actos de él derivados.

Finalmente, debe advertirse que la nulidad acá declarada no comprende la Resolución No. RDP 010771 del 04 de octubre del 2012 (otro de los actos demandados), por cuanto esta trata del acto administrativo proferido para dar cumplimiento a un fallo de la Corte Constitucional (T – 477 del 2011) que en su momento fue emitido para corregir la transgresión a los derechos fundamentales del señor CASITLLO MENDOZA, asociada al trámite administrativo de revocatoria directa adelantado por la demandante sin la autorización del titular o sin mediar orden judicial, en circunstancias que no limitan ni impiden este pronunciamiento, al punto que esta sentencia se convierte en la orden judicial que en su momento extrañó la Corte Constitucional en su estudio sobre la decisión de revocatoria.

Resta solo dilucidar si en consecuencia de la nulidad acá decretada, procede el restablecimiento del derecho en los términos propuestos en la demanda.

La consecuencia de la nulidad del acto particular, por regla general, es retrotraer las cosas al estado inicial, de manera que se entienda que la decisión extinguida del ordenamiento positivo por ilegal o inconstitucional, nunca existió.

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

Sin embargo, tratándose de casos donde se discuten prestaciones periódicas, y principalmente cuando la pretensión de restablecimiento es el reembolso o la devolución de sumas de dineros pagadas y no debidas, la ley se ha encargado de cualificar la manera en que ello es posible.

En efecto, el literal c) del numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, expresamente consagra que, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad, no habrá lugar a la recuperación de las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; ello, guardando correspondencia con lo que venía dispuesto en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, y principalmente con la presunción contenida en el canon 83 de la Constitución Política.

Así las cosas, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares y de las autoridades, supuesto al que se ajusta el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Por lo anterior, en orden de hacer viable el reembolso de las sumas de dinero perseguidas en esta demanda, la UGPP debió dirigir su acción en demostrar no solo la ilegalidad del reconocimiento contenido dentro del acto demandado, sino también, en acreditar que la obtención de tal derecho por parte del demandado se hizo con desconocimiento de los postulados de la **buena fe**, que como se sabe de antemano son presumibles.

No obstante, esta carga no fue debidamente asumida por la demandante, pues en el plenario no existen pruebas que evidencien la mala fe del accionado, razón por la cual resulta improcedente la recuperación de las sumas pagadas por virtud del acto acusado, así hubiere sido decretada su nulidad por desconocer los preceptos normativos a que debió sujetarse.

### **3.6. Condena en costas.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso, cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido avante en sus pretensiones.

Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

Sin embargo; como quiera que las pretensiones prosperan parcialmente, aplica la regla prevista en el artículo 365 numeral 5, caso en el cual el juez podrá abstenerse de imponerlas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 001, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución 0915 del 14 de mayo de 1991, “*POR MEDIO DE LA CUAL SE ORDENA RECONOCER Y PAGAR PENSIÓN MENSUAL VITALICIA DE JUBILACIÓN A HERNANDO CASTILLO MENDOZA*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Por lo considerado, no hay lugar a ordenar la devolución de prestaciones periódicas.

**TERCERO: SIN CONDENA** en costas.

**CUARTO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente, de conformidad con las tablas de retención documental aprobadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS,**

  
**MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**  
(Ponente)





**Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2021**



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-23-33-000-2013-00212-00

**JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**