



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

Cartagena de Indias D.T y C, tres (03) de Octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00045-00
Demandante	VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Tema	Devolución de retroactivo cancelado por COLPENSIONES.
Sentencia no	0187

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor VICTOR MANUEL MONDOZA CANTILLO, a través de apoderado judicial, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones Nos. 370275 de fecha 20 de Noviembre de 2015, GNR 63106 de fecha 26 de Febrero de 2016, VPB 29461 de fecha 15 de Julio de 2016, expedidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio de las cuales ordenó el reintegro del dinero que le fue pagado por concepto de retroactivo pensional al señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO.

2-Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la demandada abstenerse de cobrar al demandante cualquier suma de dinero que le fue cancelado por concepto de retroactivo pensional.

3-Condénese en costas a la parte demandada.

- HECHOS

Como fundamentos facticos del medio de control que promovió, la parte accionante, en resumen, planteó los siguientes:

Señaló, que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez por medio de la resolución GNR No. 051654 del 04 de Abril de 2013.

Indicó, que mediante la resolución GNR No. 370275 de 20 de Noviembre de 2015, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ordenó al señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO, el reintegro de unas sumas de dinero por concepto de las mesadas pensionales de los meses de Abril, Mayo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre, mesada adicional de Noviembre y Diciembre de 2013, Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo y Junio de 2014, por haber sido cobradas mientras se encontraba en servicio.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

Explicó, que el fundamento de la entidad demanda para solicitar el reintegro de los dineros es que para el momento en que se realizó los pagos antes relacionados, el demandante aún se encontraba vinculado a la Alcaldía de Cartagena, percibiendo su salario, y para COLPENSIONES, al recibir el demandante los pagos de las mesadas pensionales, quedó incurso en la prohibición contemplada en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, consistente en que no es posible recibir doble asignación del tesoro público.

Señaló, que no obstante a que en el término otorgado para ello, se presentaron los recursos de reposición y en subsidio apelación contra el acto administrativo que solicitó el reembolso de los dineros cancelados por concepto de retroactivo, solicitando que la revocatoria del mismo, en consecuencia abstenerse la demandada de cobrar las sumas dinerarias pagadas por concepto de las mesadas pensionales antes referenciadas, mediante la resoluciones GNR 63106 de fecha 26 de Febrero de 2016 y VPB 29461 de fecha 15 de Julio de 2016, se mantuvo la decisión de cobrar las sumas de dinero al señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO.

Argumentó, que los dineros que usa la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para pagar las mesadas pensionales no hacen parte del tesoro nacional, por lo cual no existe ningún motivo para que dicha entidad ordene el reintegro de las mesadas que le fueron pagadas al demandante.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES – CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas invocó los artículos 128 de la Constitución Política y 119 de la Ley 4ª de 1992.

Y como concepto de violación de las normas, indicó, luego de acuñar apartes de sentencias del Honorable Consejo de Estado y de la Honorable Corte Suprema, que *“de los fragmentos subrayados en los apartes que fueron transcritos de las sentencias en cita, se colige sin lugar a equívoco, que los fondos que son utilizados por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no pertenecen al tesoro nacional, por ende, no se actualiza la prohibición que se expresa en el artículo 128 de la Constitución Nacional y en el Art. 119 de la Ley 4ª de 1992, en el caso en discusión, y comete un error la demandada al ordenar que le sean devueltos los dineros que pagó el señor Víctor Mendoza por concepto de mesada pensional.*

Razón por la cual, al carecer de fundamento normativo lo dispuesto en os actos administrativos demandados, lo que los hace ilegales, deben ser declarados nulos, y como efecto de la revocatoria, debe la demandada abstenerse de hacer cualquier cobro de dinero a mi mandante.”

- CONTESTACIÓN

COLPENSIONES:

Pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda, según explicó, porque, al percibir el demandante una pensión de una entidad industrial y comercial del Estado, como lo es COLPENSIONES, y simultáneamente, percibir ingresos de un ente territorial, se encuentra incurso en la prohibición contemplada en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, según la cual, nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo los casos excepcionados en la Ley; y agregó, que en el caso el demandante, éste no se encuentra incurso en las excepciones señaladas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 2 de 14





97

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

Presentó las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR" y "BUENA FE".

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 07 de Marzo del 2017, admitida mediante auto del 30 de Marzo del mismo año, notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 17 de Abril de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA

Por auto del 14 de Agosto del 2017, se cita a las partes a audiencia inicial para el 03 de Octubre del 2017, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de 10 minutos.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: No asistió.

UGPP: Ratifica lo expuesto en su contestación (AUDIO)

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

Se presentaron las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR" y "BUENA FE", pero como quiera que las excepciones presentadas se centran en el debate jurídico de la presente demanda, se resolverá al momento de decidir de fondo las pretensiones deprecadas.

- PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a estudiar la legalidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones Nos. 370275 de fecha 20 de Noviembre de 2015, GNR 63106 de fecha 26 de Febrero de 2016, VPB 29461 de fecha 15 de Julio de 2016, expedidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio de las cuales ordenó el reintegro del dinero que le fue pagado por concepto de retroactivo pensional al señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

- **TESIS DEL DESPACHO**

En caso bajo estudio, colige el Despacho que, si bien, la pensión de vejez que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES dispensó al señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO no tiene carácter de asignación proveniente del Tesoro Público, su carácter de servidor público en la ALCALDÍA DE CARTAGENA lo situaban dentro de la égida de la Ley 344 de 1996, diseñada para la racionalización del gasto público.

Dicha ley, en su artículo 19, dispuso:

“ Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”

Esa preceptiva fue concebida, como un instrumento que, precisamente, evite la posibilidad de la simultánea percepción de asignación salarial y de asignación pensional por parte de los servidores públicos con derecho a pensión, ya que entroniza en una personal opción respecto de cualquiera de los dos derechos, para actuar como amortiguador económico.

De esa manera, si se opta por el continuar con la vinculación laboral, el FONDO DE PENSIONES respectivo no resultará afectado con el egreso de la mesada y contará con ese dinero para todos los efectos legales, en especial con lo relativo a las funciones solidarias; y, si se selecciona la opción pensional, se liberará un destino público que permitirá el acceso al mismo de otra persona, sin que el Estado tenga que crear un nuevo cargo para proveerla de empleo, todo lo cual se adecua al objetivo racionalizador de la ley.

Es de advertir que la preceptiva en mención fue sometida a control constitucional y, mediante la sentencia C – 584 de 1997 se avaló su exequibilidad, sin condicionamiento alguno.

Por manera que, como para hacer efectivo el goce de la pensión que le fue reconocida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, debía producirse el retiro efectivo del cargo del señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO, COLPENSIONES, al emitir las resoluciones por medio de las cuales solicita el reintegro de unas sumas de dinero canceladas al demandante por concepto de retroactivo pensional cuando aún se encontraba prestando sus servicios como servidor público, actuó conforme a derecho.

Por lo que, las anteriores razones, hacen que las pretensiones de la demanda no tengan vocación de prosperidad.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Sentencia C 584 de 1997.

“El artículo 19 de la Ley 344 de 1996





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

3. A juicio del demandante, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 viola los artículos 1, 2, 13, 16, 25, 46, 53, 58, 150 (19) y 158 de la Constitución. Los distintos cargos formulados pueden agruparse como sigue:

(a) La obligación, - impuesta por la norma estudiada -, de optar entre el derecho fundamental al trabajo o el derecho constitucional a la seguridad social, debiendo renunciar a alguno de los dos para gozar del otro, vulnera la dignidad humana (C.P. art. 1), el libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16), el derecho al trabajo (C.P. art. 25), el derecho adquirido a gozar de la pensión (C.P. art. 2 y 58), la especial protección a la tercera edad (C.P. art. 46) y los principios que, como la irrenunciabilidad a los derechos laborales, pertenecen al estatuto del trabajo (C.P. art. 53).

(b) Obligar exclusivamente a los servidores públicos, y no a los trabajadores del sector privado, a abandonar su puesto de trabajo para gozar del derecho a la pensión, implica establecer un trato diferenciado que compromete el principio de igualdad (C.P. art. 13).

(c) La Consagración de un requisito adicional para acceder a la pensión de jubilación no tiene ninguna relación con la racionalización del gasto público y, en consecuencia, la norma demandada afecta el principio de la unidad de materia (C.P. art. 158).

(d) La reglamentación de la materia pensional no puede ser establecida mediante una ley ordinaria, pues según el numeral 19 del artículo 150, es este un asunto que debe ser regulado por el gobierno, previa la fijación de criterios generales a través de una ley marco.

Procede la Corte a estudiar cada uno de los cargos formulados.

La obligación de renunciar al cargo público como requisito para gozar del derecho a la pensión de jubilación

4. La Constitución Política otorga singular relevancia al trabajo. Lo consagra como uno de los elementos fundantes del Estado Colombiano (C.P. art. 1) e instruye al poder público para que lo dote, en todas sus modalidades, de un nivel especial de protección (C.P. art. 25). Adicionalmente, si el derecho al trabajo se enmarca dentro de la esfera estatal, en principio, queda cobijado por el régimen de carrera administrativa. Como lo ha indicado la Corte, este sistema tiende a garantizar la realización efectiva de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. 209), así como a promover el derecho ciudadano a acceder, en condiciones de igualdad, al desempeño de funciones y cargos públicos. Para los efectos del presente proceso, baste indicar que los principios, valores y fines de la carrera administrativa, cualifican necesariamente el régimen laboral del servidor público y lo diferencian del estatuto aplicable a los trabajadores del sector privado. En particular, en cuanto se refiere al derecho a permanecer en un empleo público - el que según el demandante se encuentra comprometido por la norma cuestionada - el artículo 125 de la Carta Política establece que el retiro del servicio público se hará "por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley". En consecuencia, corresponde al legislador, la determinación de las causales de retiro del servicio público que no se encuentren directamente reguladas en la Constitución (C.P., artículo 150-23).

Sin embargo, la Corte ha indicado que permitir la desvinculación arbitraria de funcionarios idóneos, afecta los principios que orientan la función pública, contrariando el interés general representado en la realización oportuna, profesional y responsable de las tareas administrativas¹.

¹ SC-391 de 1993. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

De otro lado, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado expresamente en el artículo 48 constitucional, según el cual "se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social". Así mismo, ha indicado esta Corporación que el derecho constitucional a la seguridad social y, en especial, a una pensión de jubilación o de vejez, se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad (C.P. art. 1), la igualdad material (C.P. art. 13), y la especial protección de las personas de la tercera edad (C.P. art. 46).

Ahora bien, tanto el régimen de carrera administrativa como el derecho a la seguridad social, son, por expreso mandato constitucional, de configuración legal. En efecto, por regla general, corresponde al legislador definir las condiciones gracias a las cuales una persona puede acceder a los cargos o las funciones públicas, los requisitos que se deben cumplir para permanecer en los mismos y las causales de retiro. Igualmente, es la ley la encargada de establecer los términos en los cuales se adquiere un derecho prestacional, como los que integran la seguridad social. Como lo ha señalado esta Corporación, mal puede remitirse a la propia Constitución la definición de tales asuntos que, necesariamente, responden a valoraciones políticas del legislador histórico - en virtud del principio democrático -, así como a circunstancias fácticas que tienen relación con la distribución, en cada momento, de recursos públicos escasos².

Sin embargo, al configurar el régimen de carrera administrativa o el sistema de seguridad social, la ley debe respetar la importancia que la Carta otorga a los derechos constitucionales involucrados. En efecto, cuando se trata, por ejemplo, de establecer las condiciones de retiro de un cargo público o de acceso a la pensión de jubilación, el legislador debe actuar positivamente con el fin de promover y proteger los derechos constitucionales en juego y, de ninguna manera, someterlos a restricciones irrazonables o desproporcionadas.

5. En los términos descritos, compete a la Corte determinar si viola la Constitución la disposición que condiciona el ejercicio de un derecho constitucional que goza de especial protección - como el trabajo o la seguridad social -, a la renuncia - si se trata del trabajo - o a la suspensión - si se trata de la pensión - de otro derecho, de igual importancia.

Para resolver el problema planteado, es necesario separar las dos cuestiones que lo componen. Una primera se refiere a la eventual afectación del derecho al trabajo, a raíz de la disposición que establece la obligación de renunciar, como condición para gozar, inmediatamente, del derecho a la pensión. En otras palabras, la Corte debe determinar si viola el derecho al trabajo del servidor público - o el principio de estabilidad de la carrera administrativa -, la disposición que consagra, como causa de retiro, la decisión libre y autónoma de acceder al goce de la pensión de jubilación.

Adicionalmente, la norma estudiada debe ser analizada desde la perspectiva del derecho a la seguridad social. En estos términos, la cuestión relevante consiste en determinar si viola la Constitución la norma legal que establece como requisito para acceder al derecho a la pensión de jubilación la renuncia previa del cargo público.

Pese a que la Corte estudiará las dos dimensiones del problema planteado, lo cierto es que éstas poseen algunos aspectos comunes que deberán ser analizados previamente, en los apartes que siguen de esta providencia.

6. Para averiguar si una medida de orden legal, que busca reglamentar el ejercicio de derechos constitucionales es arbitraria, resulta necesario identificar (1) si ella es contraria a alguna disposición constitucional expresa, y (2) si tiene una finalidad legítima y la misma resulta adecuada, necesaria y proporcionada para el logro del objetivo que se persigue.

² SU-111 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

7. Verifica la Corte que no existe, en la Constitución, una disposición que garantice el derecho a gozar, simultáneamente, de la estabilidad en un cargo público y de la pensión de jubilación. Sin embargo, se advierte que nada en la Carta prohíbe expresamente dicha simultaneidad.

Contra esta última afirmación podría indicarse que las pensiones pueden constituir asignaciones públicas y, por lo tanto, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 128 de la C.P., son incompatibles con cualesquiera otras asignaciones públicas, como el salario. No obstante, a lo anterior podría oponerse, en primer lugar, que los recursos destinados a pensiones son recursos parafiscales que no hacen parte del presupuesto nacional y que no deben ser catalogados como "asignaciones públicas". Sin embargo, frente al eventual fracaso de este argumento, podría indicarse que el nuevo sistema de pensiones introduce una importante modificación, pues si bien el régimen solidario de prima media con prestación definida se administra mediante un fondo común de naturaleza pública, gerenciado por el ISS (art. 32 y 52 de la Ley 100 de 1993), el régimen de ahorro individual con solidaridad se compone de recursos públicos y privados (art. 59 y 60 de la Ley 100 de 1993) y, en consecuencia, resulta difícil catalogarlos como "asignaciones públicas". Por último, podría alegarse que el propio artículo 128 establece la posibilidad de que el legislador defina las excepciones al principio general antes mencionado, para lo cual, según jurisprudencia de esta Corporación, goza de amplia libertad³.

En suma, frente a la ausencia de una disposición constitucional que, de manera clara y expresa, resuelva el problema planteado, resulta indispensable aplicar los principios de interpretación que han venido siendo desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

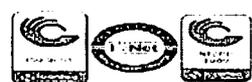
En los términos anteriores, podría señalarse que el principio de efectividad de los derechos (C.P. art. 5) indica que, prima facie, todos los derechos constitucionales deben ser garantizados, simultáneamente, en la mayor medida posible y, en consecuencia, resulta, al menos, sospechosa, la medida que somete el disfrute de uno de ellos a la renuncia o suspensión de otro.

En general, la regla planteada es indiscutible; sin embargo, ella es atemperada cuando se trata de la aplicación de derechos constitucionales de configuración legal que tienden, fundamentalmente, a la satisfacción de las mismas necesidades básicas y que exigen, para su realización, una acción positiva del Estado que puede llegar a implicar la asignación de bienes o recursos, de suyo, escasos.

El derecho a una acción estatal que involucra la adscripción de bienes limitados, como los recursos fiscales que deben soportar el costo pensional o los cargos públicos, se configura dentro de las condiciones y en los términos que el legislador considere conveniente. En consecuencia, nada obsta para que la ley pueda establecer condiciones que tiendan a la racionalización del manejo de los recursos públicos, siempre que estas sean razonables y proporcionadas respecto de la finalidad que se persigue. En estos términos, deberá la Corte identificar si la medida estudiada persigue una finalidad legítima, si es útil y necesaria para alcanzarla, y si las consecuencias positivas que puede lograr son de mayor entidad que los resultados restrictivos que, en efecto, procura.

8. La norma estudiada busca impedir que una persona pueda gozar, simultáneamente, del derecho a la estabilidad en un cargo público y de la pensión de jubilación. Con ello, se pretende liberar una de las dos fuentes de provisión de los recursos involucrados, a fin de destinarlos a satisfacer necesidades de terceras personas. En efecto, si el servidor público opta por continuar trabajando hasta cumplir la edad de retiro forzoso, se disminuye temporalmente la presión financiera sobre los fondos que deben orientarse al pago del

³ SC-133 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y ST 064 de 1995. (M.P. José Gregorio Hernández).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

pasivo laboral. Si, de otra parte, decide hacer efectiva la pensión, se libera una plaza pública que deberá ser provista por una nueva persona, en edad de trabajar.

Tanto los cargos públicos como los recursos que, hoy por hoy, se destinan al pago del pasivo pensional de los servidores públicos, constituyen bienes escasos que deben ser distribuidos con criterio de equidad y siguiendo los imperativos del principio de solidaridad. En particular, el régimen de carrera administrativa consagra una serie de disposiciones que, como la edad de retiro forzoso, definen límites al derecho de estabilidad laboral, a fin de lograr una distribución más equitativa de los cargos públicos y de patrocinar el acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública.

Esta Corporación ya ha advertido que este tipo de medidas tienden a favorecer la igualdad de oportunidades de acceso al poder político⁴ y, por contera, a promover los derechos de participación política de que trata el artículo 40 de la Carta. A este respecto, no sobra recordar que desde sus primeras decisiones, la Corte observó que el derecho a ocupar cargos públicos se encuentra estrechamente vinculado con el principio de igualdad así como con los derechos de participación política. En una de las primeras sentencias sobre este tema la Corporación indicó:

“19. En el plano de la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas la igualdad de oportunidades se traduce en el derecho a participar en el poder político y a ser respetado y tenido en cuenta con similar consideración que a las demás personas. Uno de los medios a través del cual se ejercen tales derechos políticos de igualdad es el sufragio; otro, el derecho a ocupar cargos en la administración. El postulado de la democracia participativa (CP. Preámbulo, arts. 1 y 2) inspira los derechos políticos de participación y fundamenta la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en la provisión de empleos en las entidades del Estado⁵”.

En las condiciones expuestas, considera la Corte que la norma estudiada persigue una finalidad legítima de especial importancia constitucional. En primer lugar, está destinada a racionalizar los recursos asignados al pago del pasivo laboral de los servidores públicos, a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de las necesidades básicas que la seguridad social está llamada a satisfacer. Pero busca, adicionalmente, un efecto supletorio, cual es el de aumentar las oportunidades de acceso de todas las personas, en igualdad de condiciones, a los cargos públicos.

9. No basta que la finalidad de una disposición sea legítima para avalar su adecuación al orden constitucional. Para ello, se requiere, entre otras cosas, que los medios a los cuales apela para el logro de sus objetivos sean idóneos y que no se evidencien medidas que tengan la misma utilidad pero que resulten menos gravosas para los derechos involucrados. Ciertamente, una restricción inútil o innecesaria de los bienes o derechos constitucionales, sería claramente desproporcionada y, en consecuencia, inconstitucional, pues el legislador no puede ser arbitrario o caprichoso cuando se trata de restringir derechos que la propia Constitución ha garantizado.

En el presente caso, la Corte considera que el medio escogido por el legislador para alcanzar alguno de los propósitos alternativos antes mencionados es idóneo. En efecto, es de público conocimiento la presión que el pasivo laboral - y especialmente el componente pensional - ejerce sobre las finanzas públicas. En estas condiciones, someter a los beneficiarios a una opción alternativa como la planteada en la norma, tiene el efecto real de desestimular las solicitudes de pensión y de disminuir el pasivo que por este concepto afecta

⁴ SC - 351/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁵ ST- 422 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

a las finanzas públicas. Adicionalmente, si la persona opta por acceder a la pensión, entonces la norma tendrá como resultado necesario la liberación de una plaza pública, con lo que se hace efectivo el principio de igualdad y el derecho de participación política. Adicionalmente, no se advierte que existan medidas alternativas que tengan el mismo resultado pero, sin embargo, representen un costo menor respecto de los derechos involucrados.

10. Una disposición que comporte la restricción de derechos fundamentales, no sólo debe estar orientada a lograr una finalidad legítima y resultar útil y necesaria para alcanzarla. Adicionalmente, para que se ajuste a la Constitución, se requiere que sea ponderada o estrictamente proporcional. Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional.

En las condiciones descritas, se pregunta la Corte si viola el derecho al trabajo y a los principios que ordenan el régimen de carrera administrativa, la disposición que establece, como causal de retiro inmediato, el disfrute de la pensión de jubilación.

11. Por regla general, el derecho a permanecer ejerciendo un cargo o una función pública sólo puede restringirse cuando el servidor público compromete alguno de los principios que deben orientar su gestión, como el principio de eficiencia, de igualdad o de moralidad (C.P. arts. 150-23 y 209). Sin embargo, en casos excepcionales, el legislador puede establecer causales de retiro que tiendan a promover bienes o derechos constitucionales diversos y que, de otra manera, se verían injustamente limitados. Así ocurre, por ejemplo, cuando se establece una edad de retiro forzoso⁶ para favorecer la igualdad de oportunidades y los derechos de participación política.

En el presente caso, se trata de la fijación de una causal cuya verificación depende de la elección libre del servidor público. Ciertamente, la ley le permite optar entre el derecho al trabajo o el disfrute inmediato de la pensión de jubilación. Si la persona decide seguir ejerciendo el cargo público, en nada se afecta el trabajo. Sin embargo, si prefiere acceder a la pensión queda obligado a retirarse. Debe afirmarse entonces que dicha opción restringe los alcances del derecho a la estabilidad, pero tal limitación no es más gravosa, en términos constitucionales, que el beneficio que es susceptible de alcanzar.

La restricción del derecho a la estabilidad, que opera por decisión del propio titular es, al menos, equivalente a la promoción de la igualdad que se genera al liberar una plaza pública, para que sea ocupada por un nuevo ciudadano. Este relevo, como quedó explicado, fomenta la igualdad de oportunidades y los derechos de participación política y, adicionalmente, constituye una forma eficaz de distribución del empleo público, con todas las consecuencias económicas y fiscales que ello implica. En suma, para la Corte si bien la disposición estudiada afecta el derecho al trabajo al imponer una nueva causal de retiro, esta no es desproporcionada, vale decir, se encuentra plenamente compensada por los beneficios constitucionales que genera.

12. Resta analizar la proporcionalidad de la medida desde el extremo del derecho a la seguridad social. Desde esta perspectiva, la cuestión relevante es la de estudiar si viola la Constitución, la norma legal que establece, como requisito para acceder al derecho a la pensión de jubilación, la renuncia previa del cargo público.

⁶SC - 35.1/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

En principio, corresponde al legislador la definición de los requisitos necesarios para que una persona acceda a los derechos que integran la seguridad social. Sin embargo, una limitación desproporcionada, afectaría la norma constitucional que establece este derecho. Como quedó visto, en el presente caso, la nueva condición restrictiva tiene una finalidad legítima y es útil y necesaria para alcanzarla. Queda por estudiar si es estrictamente proporcionada a los beneficios que persigue.

La norma estudiada no provoca una renuncia del derecho a la pensión de jubilación, simplemente, lo suspende hasta tanto el beneficiario decida renunciar al cargo público que ocupa o hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Mientras ello ocurre, el servidor público continúa gozando de su asignación mensual y, por lo tanto, no quedan desamparados los bienes que la pensión tiende a realizar. En los términos indicados, a juicio de la Corte, la disposición cuestionada no afecta la dimensión constitucional del derecho a una pensión de vejez o de jubilación, pues no amenaza la satisfacción de las necesidades básicas que constituyen la razón de ser de estos derechos prestacionales. La restricción se produce pues, exclusivamente, respecto de la dimensión legal de este derecho, en virtud de la cual se prohíbe la posibilidad de gozar simultáneamente de la pensión y del salario.

A juicio de la Corporación, el efecto que se produce sobre el patrimonio jurídico de los servidores públicos es inferior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr y que, como quedó explicado, se refiere a la mejor y más equitativa asignación de bienes y recursos públicos, de suyo, escasos.

Por las razones expuestas, la Corte considera que la norma no viola las disposiciones constitucionales señaladas por el actor. En efecto, en nada afecta la dignidad humana una ley que se limita a indicar que sólo cuando una persona ha decidido retirarse de su puesto de trabajo - y, en consecuencia, deja de percibir el respectivo salario -, adquiere el derecho a gozar de una asignación prestacional que le permita satisfacer sus necesidades. Adicionalmente, en lugar de afectar el libre desarrollo de la personalidad, dicha disposición lo promueve, al deferir al sujeto la posibilidad de optar por el derecho que de mejor manera realice sus intereses. Igualmente, como quedó expresado, la mencionada norma no viola ni el derecho al trabajo, ni el derecho a la seguridad social, pues las restricciones que impone son razonables y proporcionadas con vistas al logro de objetivos constitucionalmente importantes.”

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

En el caso particular, se tiene que, la parte accionante, promovió el presente medio de control, a fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ordenó el reintegro del dinero que le fue pagado al señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO por concepto de retroactivo pensional desde el mes de Abril de 2013 al mes de Junio de 2014, y para que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada abstenerse de cobrar al demandante cualquier suma de dinero que le fue cancelada por concepto de retroactivo pensional.

Siendo así las cosas, advierte este Despacho desde ya que la cuestión a decidir, es si el actor, como servidor público que fue, le asistía el derecho a disfrutar de su pensión de vejez desde el momento en que le fue reconocida la misma (fls. 14 a 19), hecho ocurrido en Abril de 2013, no obstante haber seguido laborando como servidor público para el mismo empleador hasta el mes de Junio de 2014, cuando se retiró del servicio activo.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

Al respecto, este estrado judicial, se permite traer a colación la sentencia CSJ SL4413-2014, del 02 de abr. de 2014, proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, dictada en un asunto similar al que ahora se estudia, en donde fue demandado el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y era empleadora del demandante en esa causa las Empresas Públicas de Medellín, en la que así reflexionó dicha Corporación:

"A partir de la senda de ataque que seleccionó la censura en sus 3 cargos, pueden considerarse a salvo de la impugnación: (i) A la demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto, mediante Resolución 021400 de 19 de septiembre de 2006, desde el 28 de abril de 2007; (ii) El pago de dicha pensión quedó en suspenso, hasta tanto la afiliada acreditara su retiro del servicio, y comenzó a devengar mesadas desde el 28 de abril de 2007 y (iii) a partir del mes de febrero de 2003, la actora fue desafiliada del sistema de seguridad social en pensiones.

No obstante que el Tribunal se equivocó al edificar el fallo sobre jurisprudencia ya superada por esta Sala, por ejemplo en sentencias CSJ SL, 20 de octubre de 2009, rad. 35605, y CSJ SL, 7 feb. 2012, rad. 39206, aunque fundado el cargo no deviene próspero, puesto que la Sala encontraría que conforme con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, no es viable percibir simultáneamente ingresos a título de salario y pensión, sino que la persona que se encuentre ante esa disyuntiva debe optar por uno de los derechos, en la medida en que debe prevalecer la racionalización del gasto público.

En efecto, luego de una retrospectiva histórica por la legislación relativa al problema jurídico que se debate, expuso la Sala, en sentencia CSJ SL, 23 marzo 2011, rad. 37959:

«Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:

(...).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

"m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran".

Así pues, cuando la Ley 71 de 1988 (anterior a la Carta de 1991) en cuyo artículo 2° se dice que la pensión (de jubilación por aportes) solo puede ser disfrutada desde la fecha en que el beneficiario se haya retirado definitivamente del servicio, siempre y cuando éste fuere necesario (frase alusiva a los casos exceptuados) y el artículo 2° del Decreto 2709 de diciembre 13 de 1994, al disponer, respecto de la efectividad y pago de dicha pensión que "...para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio"..., y para los demás trabajadores se requeriría "la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley", ha de entenderse que desarrollaban tanto la prohibición constitucional del artículo 64 de la Carta de 1886, la una, como la del 128 de la Carta de 1991, el otro, en cuanto a servidores públicos se refiere. Pero, como ha quedado determinado que los dineros con los que el ISS sufraga las pensiones que dispensa no provienen, en realidad, del Tesoro Público, la prohibición constitucional actual, como la de las normas de menor jerarquía que la implementan, carece de aplicabilidad en lo que a la exigencia de retiro del servicio concierne, para efectos de poder hacer efectivo el disfrute de la pensión de jubilación por aportes o del resto de pensiones, cuando sean otorgadas por el ISS. Como, obviamente, tampoco será aplicable, valga la oportunidad para asentararlo, en tratándose de pensiones otorgadas por las



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

administradoras de fondos de pensiones privados, en donde los dineros de las cuentas tampoco son de naturaleza pública.

Por otra parte, es de recordar el tenor del artículo 150 de la Ley 100 de 1993:

"Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

"Parágrafo. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso."

Contenido que acredita que el retiro del cargo no se presenta ya como una obligación para el disfrute de la pensión reconocida.

Por tanto, así como la jurisprudencia ha determinado la compatibilidad de la percepción simultánea de una pensión sufragada con dineros estatales con una otorgada por el ISS, así también podría considerarse que resultaría compatible la de un salario de empleado público (caso de la actora) con la pensión de vejez del ISS a la que tenga derecho por haber cumplido los requisitos de tiempo y edad, sin requerirse el retiro del servicio, para su disfrute, por esta sola circunstancia, ya que no se estaría en presencia de la percepción de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público, ni del ejercicio simultáneo de más de un empleo estatal, pues quien tiene la calidad de pensionado del ISS (administrador de fondo de pensiones) no ostenta carácter de servidor público, aunque los aportes pensionales hubiesen provenido de dineros oficiales."

Pero que es lo que acontece en el presente caso, que si bien, la pensión de vejez que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES dispensó al señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO no tiene carácter de asignación proveniente del Tesoro Público, su carácter de servidor público en la ALCALDÍA DE CARTAGENA lo situaban dentro de la égida de la Ley 344 de 1996, diseñada para la racionalización del gasto público.

Dicha ley, en su artículo 19, dispuso:

" Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones."

Esa preceptiva fue concebida, como un instrumento que, precisamente, evite la posibilidad de la simultánea percepción de asignación salarial y de asignación pensional por parte de los servidores públicos con derecho a pensión, ya que entroniza en una personal opción respecto de cualquiera de los dos derechos, para actuar como amortiguador económico.

De esa manera, si se opta por continuar con la vinculación laboral, el FONDO DE PENSIONES respectivo no resultará afectado con el egreso de la mesada y contará con ese dinero para todos los efectos legales, en especial con lo relativo a las funciones solidarias; y, si se selecciona la opción pensional, se liberará un destino público que permitirá el acceso al mismo de otra persona, sin que el Estado tenga que crear un nuevo cargo para proveerla de empleo, todo lo cual se adecua al objetivo racionalizador de la ley.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 12 de 14





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

Es de advertir que la preceptiva en mención fue sometida a control constitucional y, mediante la sentencia C – 584 de 1997 se avaló su exequibilidad, sin condicionamiento alguno.

Por manera que, como para hacer efectivo el goce de la pensión que le fue reconocida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, debía producirse el retiro efectivo del cargo del señor VICTOR MANUEL MENDOZA CANTILLO, COLPENSIONES, al emitir las resoluciones por medio de las cuales solicita el reintegro de unas sumas de dinero canceladas al demandante por concepto de retroactivo pensional cuando aún se encontraba prestando sus servicios como servidor público, actuó conforme a derecho.

Por lo que, las anteriores razones, hacen que las pretensiones de la demanda no tengan vocación de prosperidad.

COSTAS.-

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

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

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR".

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00045-00

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

