



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C. primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicación: 41001 23 33 000 2018 00184 01 (1062-2022)

Demandante: Departamento del Huila

Demandado: Avelino Olaya Leyva

Temas: Reconocimiento pensional ilegal. Devolución mesadas pensionales. Ley 1437 de 2011.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

Conoce la Sala de Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado del recurso de apelación presentado por el demandado contra la sentencia del **28 de septiembre de 2021**, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila que **accedió a las pretensiones** del medio de control.



I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El Departamento del Huila, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, en la modalidad de lesividad, acudió a esta jurisdicción en procura de obtener, el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones¹

La nulidad de la **Resolución 467 de 2006**, a través de la cual el

¹ Folio 1 a 4 del expediente. La demanda fue reformada en la oportunidad señalada en el artículo 173 del CPACA, en cuanto a los fundamentos de derecho y pruebas solicitadas. Folios 106 a 117 del expediente, los cuales se incluyen en este acápite.



Departamento del Huila revocó la Resolución 971 de 14 de octubre de 2005 y reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Avelino Olaya Leyva, con fundamento en la Ley 6 de 1945, en concordancia con la Ley 33 de 1985.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) la suspensión del pago definitivo de la pensión mensual vitalicia de jubilación que se ha venido causando a favor de Avelino Olaya Leyva, (ii) que se condene al demandado a la devolución de todas y cada una de las sumas recibidas por concepto de mesadas atrasadas pensionales desde el reconocimiento de la prestación hasta que se profiera sentencia.

1.2. Fundamentos fácticos²

El 19 de abril de 2005, el señor Avelino Olaya Leyva solicitó el reconocimiento de una pensión vitalicia de jubilación, para lo cual aportó los siguientes documentos: certificado de tiempo de servicios y salarios devengados, registro civil de nacimiento, copia de su documento de identidad, certificado del seguro social de no devengar pensión, declaraciones extraprocesales.



Dentro de los documentos aportados se encuentran las siguientes constancias de historias laborales:

- ✓ Departamento del Huila 01/07/1969 al 30/09/1976
- ✓ Departamento del Huila 30/01/1977 al 30/09/1998

Con fundamento en tales documentos, el demandado contaba con 15 años de servicios para el 29 de enero de 1985, fecha de vigencia de la Ley 33 de 1985.

El demandado no aportó certificación sobre su vinculación actual al servicio, ni su afiliación al sistema de seguridad social integral en pensiones, la cual resultaba necesaria para tramitar su pensión.

² Folio 2 a 4 del expediente. Mediante auto de 18 de enero de 2019 se admitió la reforma. Folio 120 del expediente.



Por lo anterior, mediante la Resolución 971 de 2005 le fue negado el reconocimiento de la pensión de jubilación.

El 27 de octubre de 2005 el demandado interpuso recurso de «reposición»³.

Refiere la demanda que a través del Gobernador de la época y el director del Departamento Administrativo Jurídico, la entidad demandante expidió la Resolución 467 de 12 de octubre de 2006 por la cual revocó la Resolución 971 de 2005 y reconoció la pensión de jubilación, ordenando a la secretaria general realizar los trámites de liquidación.

Mediante la Resolución 1063 del 8 de noviembre de 2006, proferida por la Secretaria General del Departamento del Huila se liquidó la pensión vitalicia de jubilación conforme a lo indicado por la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios (1997 a 1998) arrojando un IBL de \$754.858 al cual se le aplicó el 75% que determinó una cuantía pensional de \$566.143, efectiva a partir del 14 de mayo de 2004, fecha de cumplimiento de 50 años de edad, suma actualizada para el año 2006 en cuantía de \$1'064.769,53. Dicha pensión estaría a cargo del Fondo territorial de Pensiones del Departamento del Huila.



Igualmente se ordenó pagar la suma de \$35'138.339 por concepto de mesadas causadas desde el 14 de mayo de 2004 al 30 de octubre de 2006, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En Auditoria Especial al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Huila, realizada por la Contraloría Departamental, se efectuaron hallazgos fiscales por reconocimientos pensionales fraudulentos, esto es, sin verificación de historias laborales, expedientes de cesantías, actos de nombramiento y posesión, ni registros de nóminas.

³ Aunque se afirma en los hechos que fue reposición, de las pruebas allegadas se observa que el recurso interpuesto fue el de apelación allegado a folio 17 del expediente.



Por lo anterior, el 19 de diciembre de 2017 la oficina de archivo departamental del Huila expidió constancia laboral del señor Avelino Olaya Leyva en la que se concluyó lo siguiente:

- ✓ Que se evidencia Resolución 1766 de 10 de diciembre de 1998 de reconocimiento de liquidación y pago de cesantías definitivas por los servicios prestados como chofer por el tiempo comprendido entre el 20 de enero de 1997 y 30 de septiembre de 1998.
- ✓ Que no registra vinculación laboral del beneficiario de la pensión con el Departamento del Huila entre el 01 de julio de 1969 y el 30 de diciembre de 1976.

El demandado aportó documentación falsa para obtener el reconocimiento de su pensión como lo fue la constancia de historia laboral que acreditaba tiempos de servicios desde 1969 hasta 1976 en la Gobernación del Huila.



En la actualidad cursa proceso penal por los delitos de peculado por apropiación, fraude procesal y uso de documento falso en procura de obtener la reparación de la totalidad del detrimento.

El señor Avelino Olaya Leyva utilizó documentación falsa que indujo en posible error a funcionarios del Departamento del Huila para obtener el reconocimiento de la prestación, lo cual ha originado un detrimento patrimonial.

1.3. Normas violadas y concepto de violación⁴

La entidad demandante citó como normas vulneradas los artículos 2, 4, 121, 122, 123 inc. 2, 209 y 230 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.

⁴ Folio 4 a 7 del expediente. La demanda fue reformada en la oportunidad señalada en el artículo 173 del CPACA, en cuanto a los fundamentos de derecho y las pruebas solicitadas. Folios 106 a 117 del expediente, los cuales se incluyen en este acápite.



Al desarrollar el **concepto de violación** adujo que la acción de lesividad está orientada a la protección del principio de legalidad en defensa de los intereses de la administración cuando quiera que un acto administrativo deviene en ilegal, es lesivo patrimonialmente, y no es posible obtener su revocatoria directa con fundamento en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011.

En este caso, el señor Avelino Olaya Leyva a quien le fue reconocida una pensión de jubilación desde 2004, con su accionar «ilegal» ha causado detrimento al Departamento del Huila, toda vez que con documentación falsa como fueron las certificaciones laborales de tiempos de servicios, indujo en error a los funcionarios de ese ente territorial para obtener el reconocimiento de la pensión sin cumplir los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985.

En escrito de reforma de la demanda, sostuvo que el demandado no cumplía los requisitos de la Ley 33 de 1985 para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, al no acreditar 20 años de servicios, por lo que sostiene que el acto demandado incurrió en el vicio de Falsa motivación, pues se aleja de la realidad fáctica ya que tuvo en cuenta certificaciones de tiempos laborados que no existieron.



1.4. Solicitud de Medida cautelar

La entidad demandante solicitó la suspensión provisional de la Resolución 467 de 2006 con fundamento en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, para lo cual adujo que el señor Avelino Olaya Leyva presentó documentación falsa que acreditó tiempo de labor inexistente, lo que provocó un error fáctico en los funcionarios de la Gobernación del Huila al momento del reconocimiento pensional, generando un detrimento patrimonial significativo y un déficit fiscal importante.

Por auto del 17 de mayo de 2018 (f. 3 C. medidas) se corrió traslado a la parte demandada, quien mediante escrito radicado el 31 de



julio de 2018 (fs. 8 a 17 C. medidas) se opuso a la prosperidad de la medida cautelar para lo cual indicó que i) es una persona de la tercera edad sujeto de especial protección, ii) la entidad reconoció y pagó la pensión desde 2006 por lo que dispuso de 12 años para revisar el expediente laboral, iii) la medida podría afectar derechos fundamentales como el mínimo vital, derecho de defensa y debido proceso, iv) la entidad demandante no probó el perjuicio irremediable consistente en la afectación al patrimonio, y v) buena fe.

En providencia de 8 de mayo de 2019⁵, el Tribunal Administrativo del Huila negó la suspensión provisional del acto acusado al considerar que no satisface el requisito sustancial del artículo 231 del CPACA, puesto que en la demanda no se realizó un elemental esfuerzo argumentativo para justificar en qué sentido la Resolución 467 de 2006 soslayaba los artículos 2, 4, 121, 122, 123-2, 209 y 230 superiores.



2. Contestación de la demanda y su reforma⁶

El señor Avelino Olaya Leyva, a través de apoderada, se opuso a las pretensiones de nulidad de la demanda pues aseguró que carecen de fundamento fáctico.

Como sustento de lo anterior, señaló que, el hecho de que no exista información sobre la vinculación del demandado entre 1969 y 1976 no es una situación que le sea imputable porque él no ha tenido responsabilidad en el manejo de la información de la Gobernación y desconoce las razones que puedan justificar el hecho de que se haya desaparecido la información sobre su tiempo de servicios, pese a que acepta que sí laboró durante 29 años, desde que tenía 15 años de edad, sin embargo aclaró que no ha efectuado aportes pensionales a ninguna administradora de pensiones pública o

⁵ Folios 31 a 33 Cuaderno de medidas cautelares.

⁶ Folios 75 a 99 del expediente y contestación a la reforma de la demanda visible a folios 124 a 149.



privada.

Aseguró que perdió durante un incendio todo su expediente pensional, razón por la que se atiende a lo aportado con la solicitud de su pensión el 19 de abril de 2005. Indicó que no aportó documentación falsa ya que las certificaciones fueron expedidas por la Gobernación del Huila, como se trata de la certificación que da fe de su vinculación desde 1969 hasta 1998, con una pequeña interrupción de 3 meses entre 1976 y 1977 y su única responsabilidad fue la de acudir a solicitar estos documentos.

Manifestó que reúne los requisitos establecidos en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, puesto que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 20 años de servicios, sin ni siquiera incluir el periodo sobre el que recae la duda, y para la fecha de la solicitud ya cumplía los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos en la Ley 33 de 1985.

Reitera que no es procedente la devolución de las mesadas pensionales causadas porque no acudió a medios fraudulentos para obtener su prestación ya que la entidad demandada tuvo tiempo suficiente para constatar su vida laboral y resolver la solicitud de reconocimiento pensional presentada el 19 de abril de 2005.

Relata que el demandado inició a laborar para la secretaria de Agricultura en una «subentidad» denominada FOMENTO como ayudante en la «Hacienda San Julián» desde el segundo semestre de 1969 cuando contaba con 15 años de edad, sitio en donde laboró hasta finales de septiembre de 1976. Afirma que *«durante su vinculación en tal entidad, sus derechos laborales fueron inciertos, pues había meses que se le pagaban, otros no, tampoco tenía acceso a un sistema de salud acorde, y no recuerda haber recibido pago de sus prestaciones sociales»*.

A partir del 30 de enero de 1977 se vinculó como chofer de obras





públicas, dependiente del Departamento del Huila, vinculación que finalizó el 30 de septiembre de 1998, época para la cual contaba con 44 años de edad y 29 años de servicios. Indicó que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 contaba con más de 16 años de servicios al Departamento, siendo beneficiario del régimen de transición que le permitía acceder a una pensión con 50 años de edad.

Destaca que en la Resolución 971 de 2005 no se pone en duda el tiempo de servicios, sino que se negó el reconocimiento pensional por no acreditar vinculación laboral actual ni afiliación al sistema de seguridad social, razón por la que apeló esa decisión, expidiéndose de esta forma la Resolución objeto de control de legalidad, la cual se basó en dos certificaciones, de 25 de febrero de 2005 y 7 de julio de 2004 que dan fe del tiempo de servicios.

Actualmente tiene múltiples obligaciones bancarias y necesidades básicas y la pensión de jubilación, aunque insuficiente, le asegura una subsistencia.



Sobre los hallazgos de la Contraloría departamental indicó que nunca tuvo conocimiento ya que no fue notificado y no se le permitió aportar documentación para aclararlos.

Siempre ha actuado de buena fe y jamás ha utilizado medios fraudulentos, ni ha falsificado documentación, por el contrario, se limitó a realizar la correspondiente solicitud y fue la misma entidad demandante quien determinó el monto, condiciones y requisitos, ni siquiera actuó a través de profesional del derecho sino a nombre propio basándose exclusivamente en las asesorías que eventualmente hubiera podido recibir de los mismos funcionarios de la Gobernación.

Por lo anterior, tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía requisitos legales, no



puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe y eso suponiendo de la existencia de un error, porque es claro que el demandado estaba en su derecho de pedir su pensión por cumplir con todos los requisitos.

Formuló las excepciones de (i) «cobro de lo no debido» porque sí acreditó los requisitos para acceder a la pensión, (ii) «buena fe», por las razones expuestas, (iii) «desprotección al adulto mayor», (iv) «inexistencia de duda durante el proceso administrativo sobre el tiempo de servicios», (v) «violación al debido proceso y falta del derecho de defensa», (vi) «desconocimiento de los requisitos para acceder a la pensión», e (vii) «inexistencia de falsa motivación o vicio del acto demandado» porque el demandado demostró todos los requisitos necesarios para acceder a la pensión.

2.1. Traslado de las excepciones

La entidad demandante se pronunció sobre las excepciones⁷ en el siguiente sentido:



Sobre el «cobro de lo no debido» adujo que dentro de los archivos de la entidad no existe ningún documento que acredite el vínculo laboral del señor Olaya Leyva con el Departamento del Huila durante los años 1969 a 1976.

Respecto a la «buena fe» indicó que existen hallazgos de la Contraloría Departamental que denotan irregularidades en el reconocimiento de pensiones, entre las cuales se encuentra la del demandado.

Sobre el «desconocimiento de requisitos legales» no está llamado a prosperar por cuanto se demostró que el demandado no acreditaba el tiempo de servicios exigido en la Ley 33 de 1985 pues

⁷ Folios 154 a 156 del expediente.



no tuvo vínculo laboral en el periodo de 1969 a 1976.

En relación con la «desprotección al adulto mayor» sostuvo que al demandado se le proporcionó un reconocimiento pensional sin tener la aptitud para ello.

Tampoco deben prosperar las restantes excepciones en la medida que el señor Olaya Leyva presentó documentos falsos para acreditar los tiempos de servicios entre los años 1969 a 1976; no procede la prescripción para obtener la devolución de sumas percibidas por quien no es beneficiario del correspondiente derecho y se encuentra en trámite el correspondiente proceso penal por los ilícitos de peculado por apropiación, fraude procesal y uso de documento falso.

3. Decisiones relevantes en el curso de la audiencia inicial⁸

El 29 de junio de 2019, el Tribunal Administrativo del Huila celebró audiencia inicial⁹ en la que decidió (i) declarar saneado el proceso (ii) diferir el análisis de las excepciones con el fondo del asunto, y (iii) fijar el litigio en los siguientes términos:



«[...] establecer la legalidad de la Resolución 467 de 12 de octubre de 2006, expedida por el Gobernador del Huila, a través de la cual le reconoció la pensión de jubilación al señor Avelino Olaya Leyva. Especialmente, precisar si entre los años 1969 y 1976 tuvo vinculación laboral con el ente territorial, de contera, si está asistido del derecho a percibir la referida prestación.

En el evento de que se nulite el acto enjuiciado, determinar si el demandado está obligado a reintegrar las mesadas canceladas[...]

Asimismo, (iv) declaró fallida la conciliación, y (v) decretó las pruebas solicitadas por las partes.

Cumplido el periodo probatorio, las partes presentaron los alegatos de conclusión en el que reiteraron los planteamientos de la

⁸ Folios 163 a 166 del expediente.

⁹ Folios 131 a 140 del expediente.



demanda y la contestación respectivamente. Folios 405 a 413 cuaderno No. 4.

4. La sentencia apelada¹⁰

El Tribunal Administrativo del Huila el 28 de septiembre de 2021 profirió fallo de primera instancia a través del cual **accedió a las pretensiones** de la demanda¹¹ y se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de la decisión sostuvo que la prueba documental aportada y practicada demuestra que el demandado no fungió en calidad de servidor del departamento del Huila durante el periodo comprendido entre 1969 y 1976, como ayudante de la Hacienda San Julián, adscrita a la Secretaría de Agricultura de Huila, puesto que en los expedientes e historias laborales que reposan en el archivo de la entidad no se encuentra ningún documento que corrobore dicha vinculación, ni la remuneración percibida.

La certificación aportada con la solicitud de reconocimiento pensional es ajena a la realidad en tanto que no laboró los tiempos allí indicados, razón por la cual el demandado no cumplía con los requisitos de la Ley 33 de 1985, y tampoco le era aplicable el régimen de transición que hizo extensivo el requisito de edad previsto en el artículo 17-b de la Ley 6 de 1945, por cuanto no



¹⁰ Índice 2 Samai.

¹¹ «PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución 467 del 12 d octubre de 2006, mediante la cual el DEPARTAMENTO DEL HUILA le reconoció una pensión de jubilación a AVELINO OLAYA LEYVA.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, ordenar al DEPARTAMENTO DEL HUILA suspender los pagos de la mesada pensional reconocida por conducto de la Resolución 467 del 12 de octubre de 2006.

Condenar a AVELINO OLAYA LEYVA a reintegrar a favor del DEPARTAMENTO DEL HUILA las sumas de dinero que hubiera percibido por concepto de la pensión de jubilación que le fue reconocida a través de la mencionada resolución (debidamente indexadas), desde que se hizo efectivo el derecho hasta que se le de cumplimiento a la suspensión anteriormente ordenada, aplicando la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- No condenar en costas.

CUARTO.- Cumplido lo anterior, se archivará el expediente previas anotaciones de rigor».



acreditaba más de 15 años de servicios para el 13 de febrero de 1985, sino escasos 8 años.

De otra parte, aunque es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por acreditar 41 años de edad para el 30 de junio de 1995, y contar con 18 años de servicios, es claro que para la fecha del reconocimiento pensional en el año 2006 no satisfacía la edad exigida en la Ley 33 de 1985 de 55 años, pues solo alcanzaba 51 años.

Por lo anterior, concluyó que con la expedición del acto objeto de control se vulneró el ordenamiento jurídico y se incurrió en falsa motivación, motivo por el cual declaró la nulidad del acto demandado.

A título de restablecimiento del derecho indicó que en el presente caso el reconocimiento irregular tuvo como origen la aducción directa por parte del peticionario de una certificación que no correspondía con la realidad y sin la cual hubiese sido imposible que alcanzara la prestación, siendo imputable a su actuación fraudulenta. En consecuencia, condenó al demandado a restituir el valor de las mesadas y retroactivos que percibió, debidamente ajustadas con fundamento en el índice de precios al consumidor.



Se abstuvo de condenar en costas con fundamento en el artículo 188 del CPACA, por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento en la modalidad de lesividad, en donde se ventila un interés público orientado a proteger el erario.

5. El recurso de apelación

El demandado¹² solicitó revocar la sentencia de primera instancia pues no obra dentro del proceso prueba que conlleve a determinar que el señor Avelino Olaya Leyva incurrió en la comisión de los

¹² Índice 2 Samai.



delitos endilgados por la entidad demandante.

Como motivos de impugnación, en síntesis, adujo que, i) no se aplicaron los principios constitucionales de *indubio pro-operario*, buena fe, mínimo vital y sujetos de especial protección; y ii) se incurrió en indebida valoración probatoria.

i) Expresó que, con fundamento en el ***principio in dubio pro operario*** las dudas generadas en el operador jurídico, deberán resolverse a favor del trabajador, principio que no se aplicó o fue indebidamente aplicado teniendo en cuenta que de la prueba testimonial traída a juicio por la entidad demandante no se puede colegir inescrutablemente que el demandado no haya laborado durante el periodo de 1969 a 1976, por cuanto se logró evidenciar que:

- a) para el año 1969 el señor Olaya Leyva no tenía documento de identificación, ni siquiera se encontraba registrado civilmente, por lo que cuando fue vinculado para trabajar con la Gobernación del Huila, su tía fue quien procedió a realizarle el registro civil de nacimiento, documento que se aportó en la demanda y que resulta ser un indicio directo.
- b) en el interrogatorio de parte rendido por el señor Avelino Olaya, se pudo notar la espontaneidad del mismo sin que pueda desvirtuarse la buena fe.
- c) el relato de la testigo de la Gobernación del Huila, resulta ser contundente al aceptar faltas y dificultades en la gestión documental de la entidad, cuando es interrogada sobre la posibilidad de que, por ser documentos de vieja data, pudiesen haberse extraviado, a lo que la misma respondió “puede que sí, pero no es normal que se pierda toda una historia laboral” y es allí donde se enmarca la situación del demandado, pues su historia laboral no se perdió en su integridad, cosa distinta es que para la fecha no se encuentra relacionada la información laboral del señor Olaya Leyva, la cual sí se aportó en su totalidad





cuando se solicitó el derecho hoy discutido, y de la cual no puede decirse que no exista si quiera rastro alguno.

Por lo expuesto, afirma que existe duda razonable que debió haber sido resuelta a favor del demandado, quien se vio afectado por la decisión de suspender su único sustento económico y de su esposa.

En lo concerniente a la **buena fe** de cara al tema de la devolución de los pagos recibidos, y en particular para el reconocimiento de prestaciones periódicas, el artículo 136 del CCA dispone que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, situación aplicable al presente caso pues el señor Olaya Leyva no accedió a su pensión de vejez a través de medios fraudulentos ni incurrió en actos dolosos y de mala fe, sino que por el contrario se limitó a realizar la correspondiente solicitud y fue la misma entidad demandante la que determinó cuál era el monto, las condiciones, y los requisitos.



Fue la administración quien incurrió en grave error de conceder el derecho a quien no reunía el requisito legal de la edad exigida, así que mal puede ahora alegar en su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe.

No obra dentro del proceso prueba que conlleve a determinar que el señor Olaya Leyva incurrió en la comisión de un delito relacionado con los punibles endilgados por la parte actora, de manera que, culpar de un punible de falsedad en un proceso contencioso administrativo sería desplazar la competencia constitucional otorgada a esta jurisdicción de cara a resolver un asunto que no se ha logrado probar. Aunado a ello, el demandado está en desventaja teniendo en cuenta sus desafortunados sucesos como lo fue el incendio en el que perdió toda su documentación personal, aspecto que no se tuvo en cuenta.

En cuanto al **mínimo vital** adujo que el señor Olaya Leyva es una



persona que en la actualidad tiene 67 años de edad y que el único ingreso económico con el que él y su esposa cuentan, es la pensión que en la actualidad percibe, actualmente tiene a su cargo muchas obligaciones bancarias que sumadas al valor para suplir sus necesidades básicas resultan insuficientes pero necesarias a su vida digna.

Conforme el ordenamiento constitucional, el juez tiene la obligación de verificar cuáles son aquellas necesidades básicas o gastos elementales de cada individuo que garanticen la salvaguarda de su derecho a la vida digna y con ello evaluar si tiene la capacidad de satisfacerlos por sí mismo, y es evidente que el Tribunal no garantizó el mínimo vital del demandado al declarar nula la Resolución por la cual le es conferida la mesada pensional.

ii) En torno a la **indebida valoración probatoria**, expuso que erró el Tribunal al afirmar que no existe documentación que sustente la vinculación laboral que existió entre el señor Olaya Leyva y el Departamento del Huila, pues de acuerdo que con las certificaciones que obran a folios 212-215 laboró para la entidad demandante desde el 01 de Julio de 1969 en el cargo de ayudante en la Hacienda San Julián, la cual se encontraba adscrita a la Secretaría de Agricultura, y posteriormente desde el 20 de enero de 1977 fue vinculado como chofer a la Secretaria de Obras Públicas, certificaciones que fueron expedidas por el señor Orlando Caviedes Charry, quien para la época era funcionario de la Gobernación del Huila, y tenía dentro de sus funciones de acuerdo con la constancia del día 27 de junio de 2018 *“Expedir constancias de tiempo de servicios de ex funcionarios”*.



Adicionalmente, tanto en la documentación que obra en el proceso como en el testimonio de la señora María Marcela Cely, quien es actual funcionaria y líder del archivo de la Gobernación del Huila se verifica que la misma expide tres certificaciones con fechas distintas en las que se informa sobre la vinculación laboral que tuvo



el señor Olaya Leyva con la entidad demandante.

Por el contrario, sí se evidencia un grave problema de diligencia y organización por parte de los funcionarios que tenían a su cargo el manejo y direccionamiento de la información laboral de los empleados de la Gobernación del Huila, adicionando lo expuesto por la actual líder de archivo de la entidad cuando se le interroga acerca de la posibilidad que al ser documentos de vieja data, puedan haberse extraviado, y es allí donde radica la diferencia en la situación del demandado, pues su historia laboral no se perdió en su integridad, entendiéndose que para el momento que nos ocupa su información laboral no se encuentra cohesionada, la cual fue aportada en su totalidad cuando se solicitó el derecho hoy discutido, no pudiendo decirse entonces que no hubiera rastro alguno.

El Tribunal se basa en una mera conjetura y a las resultas de un proceso penal que aún se encuentra en etapa de investigación y del cual no hay una decisión de fondo y en firme.



Del testimonio de la esposa del demandado, señora MARIA LUCY GARAY, que no fue tachado ni demostró querer favorecer a su cónyuge, se observa que desde el momento en que conoció al señor AVELINO, es decir, para la época entre 1969 y 1970, el mismo trabajaba en la Hacienda San Julián, testimonio que resulta coincidir con la prueba documental.

Existe además un indicio que no se puede dejar de valorar y es el hecho de que el demandado no poseía documento alguno para iniciar a trabajar, razón por la cual su tía tuvo que registrar su nacimiento en la Notaría Primera, y como se observa en las pruebas aportadas, dicho documento justamente también es del año 1969, fecha que también coincide con ese espacio de tiempo en que se dice, inició a trabajar, y para esa época contaba con apenas 16 años.



Por lo expuesto, solicitó revocar la sentencia y mantener incólume el acto demandado.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se pronunciaron en el trámite de segunda instancia como consta en el informe secretarial visible en folio 422 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 328¹⁴ del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante.



¹³«El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.[...]»

¹⁴«ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que, en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.



2. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por el demandado, le corresponde a la Sala determinar lo siguiente:

- ¿La Resolución 467 de 12 de octubre de 2006, expedida por el Gobernador del Huila, a través de la cual le reconoció la pensión de jubilación al señor Avelino Olaya Leyva se encuentra afectada de nulidad por violación del ordenamiento jurídico superior y falsa motivación, en la medida que el demandado no cumplió con el requisito de 20 años de servicios para el reconocimiento de la pensión, previsto en la Ley 33 de 1985?

Para resolver la controversia, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco normativo y jurisprudencial. Régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y (ii) análisis del caso concreto.



3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 El IBL para pensiones reconocidas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁵. Nuevo criterio

¹⁵ Esta decisión judicial cuenta con salvamento parcial de voto, con ponencia de quien se ocupa de esta providencia, donde se analizaron temas tales como las competencias constitucionales de las Cortes de cierre; los efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto y en revisión de las sentencias de tutela; la fuerza vinculante de la interpretación de la Constitución por vía de autoridad y como doctrina constitucional integradora; la doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley; el caso de las sentencias de unificación jurisprudencial; la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas, así como las sentencias SU-230 de 2015, C-258 de 2013, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018. Igualmente se analizaron los alcances y efectos de la sentencia C-258 de 2013 y los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la inescindibilidad del régimen de transición pensional y los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional. A partir de allí se concluyó que en ese caso « el "régimen de transición" previsto en la Ley 100 de 1993 protegía la expectativa legítima de la demandante de pensionarse con sujeción al régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, esto es, una pensión de jubilación liquidada conforme lo dispuso el artículo 10 de esa ley, esto es, ni más ni menos, el "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio"».



de interpretación judicial fijado en la Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Inicialmente, es oportuno recordar que con anterioridad, esta Sección en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 venía sosteniendo que no era taxativo el listado de factores salariales sobre los cuales se calcula el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, porque además, se debían tener en cuenta aquellos factores que constituían salario, independientemente de la denominación que recibieran, es decir, todos los que se cancelaran de manera habitual como retribución directa del servicio y no solamente los descritos en dicha normativa.

Luego, la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-395 de 2017, SU-023 de 2018, entre otras, destacó la relación de correspondencia que debe existir entre los aportes que hace el empleado a lo largo de su vida laboral ante el sistema general de seguridad social y los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional.



Como consecuencia de los pronunciamientos indicados, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales¹⁶, fijó una regla general y dos subreglas en relación con la aplicación del régimen de transición de la Ley 100

¹⁶ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: “[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna *fuerza vinculante*; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]”.



de 1993 y precisó que éstas se aplicarían con efectos retrospectivos «[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables».

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente:

«El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985».

La razón jurídica que sustenta la regla de interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios del régimen de transición, es la siguiente:



«85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del



Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.

[...]

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de jubilación con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables».

En cuanto a las **subreglas se tiene:**

La **primera** se refiere al periodo para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:



«Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».

La **segunda** determina «que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de jubilación de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos



sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.» Esta subregla se justifica, así:

«99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».

De acuerdo con lo anterior, la Sala Plena unificó su criterio sobre el IBL de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, específicamente, fijó dos subreglas referentes (i) al periodo que se debe tener en cuenta para liquidar el IBL de las mismas y (ii) los factores salariales que se deben observar para esos efectos.



Así, dispuso que tratándose de personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 les faltare más de 10 años para adquirir el derecho prestacional, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, de lo contrario, esto es, si faltare menos de 10 años, el IBL será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior.

De igual forma, precisó que los factores salariales a considerar son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren consagrados expresamente en la Ley.

4. Caso concreto

4.1. Hechos demostrados



a) Edad del demandado. El señor Avelino Olaya Leyva nació el 14 de mayo de 1954¹⁷ y cumplió la edad de 55 años el 14 de mayo de 2009.

b) Tiempo de servicios laborados. De acuerdo con el certificado de **19 de diciembre de 2017** visible al folio 25 del expediente, expedido por el profesional universitario de la secretaria general de la Gobernación del Huila, se tiene lo siguiente:

«Que revisados los inventarios de historia laborales, expedientes de cesantías, nóminas, se evidenció en la resolución No. 1766 del 10 de diciembre de 1998 el reconocimiento, liquidación y pago de unas cesantías definitiva, a nombre del señor AVELINO OLAYA LEYVA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.107.053 expedida en Neiva – Huila, por sus servicios prestados al departamento del Huila, como CHOFER de obras públicas por el tiempo comprendido desde el veinte (20) de enero de 1977 al treinta (30) de septiembre de 1998.

No existe información de otros tiempos laborados.

De lo anteriormente expuesto se anexa lo enunciado en once (11) folios»



Como soporte, se adjuntó la **Resolución 1766 del 1º de diciembre 1998**, mediante la cual, se reconoció al señor Avelino Olaya Leyva la suma de \$28.533.434, por concepto de cesantías definitivas por los servicios prestados al departamento como chofer, dependiente de la secretaria de Obras Públicas, desde el 20 de enero de 1977 al 30 de septiembre de 1998 (f. 25 y 26 del expediente).

El **27 de julio de 2018**, la profesional universitaria de la Secretaría General de la Gobernación del Huila certificó¹⁸ que Avelino Olaya Leyva prestó sus servicios al departamento del Huila como chofer de Obras Públicas, desde el 20 de enero de 1977 hasta el 30 de septiembre de 1998.

Sin embargo, aclaró que de acuerdo con los kárdex zafiro digitalizados ADM, éste se desempeñó como:

¹⁷ Fol. 104 cuaderno principal 1 y Folio 380 cuaderno principal 2.

¹⁸ Folio 201 del expediente.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 41001 23 33 000 2018 00184 01 (1062-2022)
Demandante: Departamento del Huila

- **Mensajero**, dependiente de la Secretaría de Educación desde el 1º de enero al 30 de diciembre de 1965. Registrando como acto de nombramiento el Decreto 243 Bis de 1995. Advirtiendo “una inconsistencia en (sic) misma tarjeta Kardex (sic), también el cargo de músico de segunda 01”.

- **Chofer, dependiente** de la Secretaría de Obras Públicas, desde el 1º de enero de 1979 al 31 de diciembre de 1984. Registrando como acto de nombramiento el Decreto 253 Bis de 1979.

Con relación a los actos de nombramiento, resalta que “se procedió a revisar el tomo No. 1 de decretos de 1965, en el cual no se registra el decreto 243 Bis.

Se observa que existe el decreto No. 243 de 1965, que hace referencia a “Por el cual se acepta una renuncia y se nombra en su remplazo (sic) al señor OCTAVIO RINCON (SIC)” (sic) como tampoco existe el 253 bis.

Se encuentra el 253 de 1979 que hace referencia a la adición del presupuesto de renta e ingresos y gastos del Departamento de la vigencia.

No registra historia laboral, expediente de cesantías, o acto administrativo a su nombre que permitan demostrar su vinculación laboral con este Ente Territorial, por el periodo por el periodo (sic) que se relaciona del Kardex (sic) zafiro”.



El 15 de agosto de 2019¹⁹, la profesional universitaria de la Secretaría General de la Gobernación del Huila certificó lo siguiente:

«no se registra información laboral del señor AVELINO OLAYA LEYVA (...) por el periodo comprendido de enero de 1969 a diciembre de 1976».

Sin embargo, aclara que de acuerdo con los kárdex zafiro digitalizados ADM, éste se desempeñó como:

«- Ayudante de la Hacienda San Julián, dependiente de la Secretaría de Agricultura, desde enero de 1975 a diciembre de 1976. Registrando como acto de nombramiento el Decreto 234 Bis.

Con relación a los actos de nombramiento, afirma que “se procedió a revisar el tomo No. 1 de decretos de 1965 y 1975, en el cual no se registra el decreto 234 Bis.

Se observa que existe el decreto No. 234 de 1965, que hace referencia a “Por el cual se reconocen unos viáticos al señor ANTONIO CASANOVA (sic) y el decreto 234 de 1975, hace

¹⁹ Folio 337 del expediente.



referencia “Por el cual se acepta una renuncia (al señor LUIS IGNACIO VELASQUEZ (SIC) GUTIERREZ (SIC) y se hace un nombramiento (al señor ANTONIO POLANIA POLANIA).

No registra historia laboral, expediente de cesantías, o acto administrativo a su nombre que permitan demostrar su vinculación laboral con este Ente Territorial, por el periodo por el periodo relacionado en el Kardex (sic) zafiro de 1969 a 1976»

d) Solicitud de reconocimiento pensional presentada por el demandado²⁰. El 19 de abril de 2005 el señor Avelino Olaya Leyva solicitó a la Secretaría de Talento Humano del Huila el reconocimiento de la pensión de jubilación, para lo cual aportó los siguientes documentos:

.- certificación laboral expedida por el profesional universitario de la Secretaría General del departamento del Huila el 25 de febrero de 2005, en donde hace constar que sirvió como ayudante en la hacienda San Julián, dependiente de la Secretaría de Agricultura del Huila, desde el 1º de enero de 1969 al 30 de diciembre de 1976 (f. 373 y 374 cuaderno principal No 2).

.- certificación laboral expedida el 7 de mayo de 2004, por el profesional universitario de la Secretaría General del departamento del Huila que informa que laboró como chofer dependiente de la extinta secretaría de Obras Públicas del Huila, del 20 de enero de 1977 al 30 de septiembre de 1998 (f. 375 a 379 cuaderno principal No. 2).



e) Acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión. A través de la **Resolución 971 de 14 de octubre de 2005²¹** el secretario general del departamento del Huila negó el reconocimiento pensional, argumentando que «no cumple con la edad requerida de los 55 años», y no «acredita a la fecha si se encuentra laborando o no, si es o no afiliado al sistema de seguridad social integral».

f) Recurso de apelación. El 27 de octubre de 2005 el demandado interpuso recurso de apelación por considerar que cumplía los requisitos de edad y tiempos de servicios. Adujo que al entrar en

²⁰ Fol. 23 del expediente.

²¹ Folios 364 a 366 del cuaderno 2.



vigencia la Ley 33 de 1985 ya contaba con más de 15 años de servicios y por esa razón conservó la prerrogativa de pensionarse con 50 años de edad (folio 363 cuaderno 2).

g) Acto de reconocimiento pensional: A través de la **Resolución 467 del 12 de octubre de 2006** visible a folios 360 a 362 del cuaderno 2, la Gobernación del Huila revocó la Resolución 971 de 2005 y reconoció la pensión a favor del demandado, con las siguientes consideraciones:

- ✓ «se encuentra acreditado el tiempo de servicio del señor Avelino Olaya Leyva con las certificaciones expedidas por la Secretaría General de fecha 25 de febrero de 2005 y 7 de julio(sic) de 2004, en las que hace constar que prestó sus servicios al Departamento del Huila, del 1 de julio de 1969 al 30 de diciembre de 1976, y desde el 20 de enero de 1977 hasta el 30 de septiembre de 1998,
- ✓ estuvo afiliado a la extinta CAPREHUILA para Seguridad Social, y a partir de julio de 1995 pasó al régimen pensional de ISS”,
- y
- ✓ a la “fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 – 29 de enero-, ya tenía más de 15 años de servicios, en lo que respecta a edad de jubilación continuará rigiéndose por la normatividad anterior, esto es, Ley 6 de 1945, art. 17, inc. b. entonces el status de pensionado lo adquiere a los cincuenta años de edad, y no a los cincuenta y cinco, como lo expresa la resolución No. 971 de 2005». (f. 14 a 17, 24 cuaderno 1).



h) Liquidación de la pensión. El 8 de noviembre de 2006, el Secretario General del departamento del Huila expidió la **Resolución 1063**²², liquidando y ordenando el pago de la pensión vitalicia de jubilación (a partir del 14 de mayo de 2004) y la suma de \$35.138.339, por concepto de mesadas causadas entre el 14 de mayo de 2004 y el 30 de octubre de 2006.

i) Hallazgo con responsabilidad fiscal. En diciembre de 2017, la Contraloría Departamental del Huila realizó una auditoría especial en el Fondo Territorial de Pensiones del Huila, para «evaluar el reconocimiento y pago de las pensiones mensuales vitalicias

²² Folios 20 a 22 del expediente.



otorgadas por dicho Fondo», encontrando inconsistencias en 28 reconocimientos pensionales efectuados entre el 2001 y el 2011, los cuales, presentaban características similares como:

«Reconocimiento de pensiones sobre la base de Decretos de nombramiento cuyo número es acompañado de la palabra “bis”; los cuales al ser verificados con el consecutivo de Decretos que reposan en el archivo central de la Gobernación no existen. Se encontró que el número del decreto registrado, correspondía a otro asunto. - El tiempo que transcurrió para la presentación de la solicitud del reconocimiento, esto es, 19, 21, 22 y 23 años después de una supuesta desvinculación laboral y/o cumplimiento de requisitos para tal fin. - Reconocimiento de mesadas atrasadas o retroactivos pensionales».

En lo relacionado con el señor Avelino Olaya Leyva, el ente fiscal advirtió (en el hallazgo 17), lo siguiente:

«Verificada la información que reposa en el Archivo General del Departamento, se logró evidenciar que del tiempo de servicio de la extinta Secretaría de Obras Públicas Departamentales, se encuentra la respectiva liquidación de cesantías, nóminas, correspondiente a este tiempo.



Situación diferente frente a los soportes del tiempo laborado como Ayudante en la Hacienda San Julián dependiente de la Secretaría de Agricultura en el periodo (1969-1976) registrados en el Certificado laboral del 25 de febrero de 2005 expedido por el Profesional responsable de esta área, teniendo en cuenta que no se encontraron (Decretos de nombramiento, actas de posesión, nóminas, expediente de cesantías), permitiendo inferir, que esta información al parecer no corresponde a la realidad, pues para su certificación se tomó como base únicamente los registros de las Tarjetas del sistema Zafiro, esto es, sin cotejar la información antes mencionada; documentos soportes esenciales que permiten evidenciar el tiempo de servicio y el cargo desempeñado por el solicitante, sin embargo, se expidió el certificado laboral y la resolución para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, como si efectivamente hubiere laborado en dicha Secretaría.

En las tarjetas del sistema Zafiro, fuente de la información para la expedición del certificado laboral, se registra que fue nombrado con el Decreto 234 Bis de enero de 1975, sin embargo al verificar estos actos administrativos en el consecutivo de Decretos que reposan en el archivo Central de la Gobernación, se logró evidenciar que estos decretos no existen, en su defecto se encontraron los Decretos Nos. 233, 234 y 235 de 1975 que



corresponden a asuntos diferentes al nombramiento como Ayudante de la Hacienda San Julián.

Revisado el contenido de la Resolución No. 467 del 12 de octubre de 2006, a través de la cual la secretaria General de la Gobernación del Huila le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación al señor Olaya Leiva (sic), se constató que este obtuvo el beneficio de pensionarse a los cincuenta (50) años, tomando como fundamento lo establecido en el artículo 17 de la ley 6 de 1945, ya que el citado funcionario al 29 de enero de 1985, contaba con más de 15 años de servicio, en aplicación de lo dispuesto en la ley 33 de 1985, régimen pensional vigente para la época de los hechos descritos.

Analizados los argumentos de la Resolución, el contenido de la historia laboral, hoja de vida y el Kardex (sic) Zafiro (sic), se colige, que el señor Olaya Leiva, no puede ser beneficiario de la ley 6 de 1945 y de la ley 33 de 1985, por cuanto en ese momento no contaba con más de 15 años de servicio, toda vez que de acuerdo con los soportes y la información evaluada, el tiempo de servicio certificado desde 1969 a 1976, donde trabajó como Ayudante de la Hacienda San Julián dependiente de la Secretaría de Agricultura, posiblemente no es real. [...]

En consecuencia se concluye que al parecer se emitió una resolución de reconocimiento pensional, sin que se cumpliera con los requisitos para ello, causando de esta manera un presunto daño patrimonial al Estado[...]



Por lo anterior, concluyó que se causó un daño patrimonial al Fondo Territorial de Pensiones que asciende a la suma de \$212.621.032 (f. 27 a 53 del expediente).

j) El 12 de agosto de 2019²³, la Fiscal 11 Seccional – Unidad Administración Pública, mediante oficio 20520-01-01-11-0267 informó que el señor Avelino Olaya Leyva es indiciado por las conductas punibles de peculado por apropiación, fraude procesal y uso de documento falso; en la indagación 410016000583201500060.

k) **Reporte de cotizaciones expedido por COLPENSIONES²⁴:** De acuerdo con el reporte expedido el 21 de agosto de 2019 por

²³ Folio 178 del expediente.

²⁴ Folios 389 y 390 del expediente.



Colpensiones, Avelino Olaya Leyva acredita 166 semanas de cotización, que se relación a continuación:

Empleador	Desde	Hasta
Secretaría de Obras Públicas Departamental	01/07/1995	31/08/1996
Secretaría de Salud Departamental	01/09/1996	31/01/1997
Secretaría de Obras Públicas Departamental	01/02/1997	30/09/1998

I) Testimonios

- ✓ **.- María Lucy Garay Pérez²⁵** (convocada por la parte demandada) cónyuge del demandado y madre comunitaria: Refiere que en los años 1969 o 1970 empezó una relación sentimental con el demandado y que él le comentó que trabajaba en una finca llamada San Julián, haciendo oficios varios. Aunque desconoce la ubicación, afirma que allí aprendió a ser “conductor”. Recuerda que en 1971 empezaron a vivir juntos y en 1977 él se vinculó en obras públicas. Destaca que depende de los ingresos del señor Avelino (provenientes de la pensión y de sus labores como mecánico). Desconoce el trámite que adelantó en la gobernación del Huila para obtener el reconocimiento pensional y la documentación que se allegó para tal fin. Tampoco da cuenta de las labores que él desempeñó con anterioridad al año 1969.
- ✓ **.- María Marcela Cely Casanova** (convocada por la parte actora), quien labora hace 29 años con el departamento del Huila, desempeñándose desde el 2016 como líder del proceso de archivo. Manifiesta que a raíz de unos hallazgos, expidió unas constancias laborales tomando como referente la documentación física que reposa en los expedientes de cesantías, historias laborales, actos administrativos, inventarios y nóminas de funcionarios. Con relación al demandado, hace referencia a las constancias expedidas en el 2017, 2018 y 2019 visibles en los folios 25, 201 y 337 del expediente); destacando que no encontró soporte de las vinculaciones que se relacionan en los kárdex. Explicó que en los mismos se registraban nombramientos antiguos (década 1950 y anteriores) y que en el año 2007 fueron digitalizados.



²⁵ Folio 402 del expediente.



No obstante, aclara que al expedir cada certificación, corroboraba la información que contienen los kárdex con la historia laboral de cada funcionario. Sostiene que en las vinculaciones laborales muy antiguas es posible que se extravíe un documento, pero es muy extraño que desaparezca toda la historia laboral, los expedientes de cesantías y pagos prestacionales (nóminas), o todos los actos administrativos de nombramiento. Incluso, advierte que aunque en el archivo reposan los expedientes de otros empleados que laboraron en la época discutida (liquidaciones prestacionales, permisos, sanciones, memorandos, actas de posesión); del señor Avelino solo se encontró lo que se certificó. Finalmente, advierte que al revisar los tomos donde se encuentran los actos administrativos de nombramiento, encontró algunos identificados con la nomenclatura y la palabra “BIS”; sin embargo, expresa que en los casos requeridos por la Contraloría Departamental, dichos actos no se encontraron (cd f. 402 cuad. 2).

m) Interrogatorio de parte²⁶:

El demandado afirmó que con el apoyo de su padre, en el año 1969 logró trabajar en una hacienda ubicada en el municipio de Yaguará (exactamente a mano izquierda de la entrada al pueblo), de la cual no recuerda el nombre. Se dedicaba a alimentar unos pescados, a traer leña y a conducir una máquina. Allí nació su inclinación hacia la conducción y la mecánica. Cuando llegaba la hora del pago, se acercaban unas personas y le entregaban una bolsita con “mil y pico de pesos” como salario por la labor diaria; nunca preguntó, ni se interesó por saber quiénes eran esas personas, incluso sostiene que no recuerda quien era el gobernador de esa época.



4.2 Análisis sustancial

4.2.1. ¿La Resolución 467 de 12 de octubre de 2006, expedida por el Gobernador del Huila, a través de la cual le reconoció la pensión de jubilación al señor Avelino Olaya Leyva se encuentra afectada de nulidad por violación del ordenamiento jurídico superior y falsa motivación, en la medida que el demandado no cumplió con el requisito de 20 años de servicios

²⁶ Folio 402 del expediente.



para el reconocimiento de la pensión, previsto en la Ley 33 de 1985?

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y del análisis crítico del material probatorio, se encuentra demostrado y no es objeto de controversia en esta instancia que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 toda vez que nació el 14 de mayo de 1954 (f. 370) y por lo tanto, para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (en el orden territorial en donde laboraba el demandado), acreditaba 41 años de edad.

Bajo tal entendimiento, siendo beneficiario del régimen de transición instituido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento pensional del demandado debía efectuarse de acuerdo con las reglas dispuestas en la Ley 33 de 1985, específicamente en lo que se refiere a: la edad para consolidar el derecho pensional (55 años); el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas (20 años) y el monto (correspondiente al 75%).



Por lo anterior, procede esta Sala a dar aplicación a la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018²⁷, referida en párrafos precedentes, que tiene valor vinculante y de obligatorio cumplimiento en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. Por lo tanto, es bajo dicha posición jurisprudencial que se analizará el asunto de la referencia dado que la providencia apelada no ha quedado ejecutoriada:

En relación con la **primera de las subreglas** fijadas en la mentada sentencia de unificación, si al empleado le faltaban menos de 10

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.



años para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, el IBL pensional será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta o el cotizado en todo el tiempo, el que fuere superior, mientras que, si le faltaban más de 10 años, será el promedio de los salarios sobre los cuales se hubiesen efectuado cotizaciones en los 10 años anteriores al reconocimiento.

Teniendo en cuenta que para el 30 de junio de 1995 el señor Avelino Olaya Leyva tenía 41 años de edad, es claro que le faltaban más de 10 años para tener derecho a la pensión, y por lo tanto, su derecho pensional, en principio, debía liquidarse con el promedio de lo devengado en los diez (10) últimos años de servicios actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, incluyendo los factores salariales que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, a efectos de estudiar el segundo de los requisitos, esto es, los veinte (20) años de servicios, del análisis crítico del material probatorio, es posible establecer que para la fecha en que solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, esto es el 19 de abril de 2005, el señor Avelino Olaya Leyva no acreditaba el tiempo de servicios requerido, pues de las certificaciones del 19 de diciembre de 2017 (f. 25), de 27 de julio de 2018 (f.201), y 15 de agosto de 2019 (f. 337), expedidas por el profesional universitario de la secretaria general de la Gobernación del Huila, se constató que:

De acuerdo con los kárdex zafiro digitalizados ADM, éste se desempeñó como:

- a) **Ayudante de la Hacienda San Julián**, dependiente de la Secretaría de Agricultura, desde enero de 1975 a diciembre de 1976. Registrando como acto de nombramiento el Decreto 234 Bis.

Sin embargo, con relación a los actos de nombramiento, se procedió a revisar el tomo No. 1 de decretos de 1965 y 1975, en el cual no se registra el decreto 234 Bis.





.-No registra historia laboral, expediente de cesantías, o acto administrativo a su nombre que permitan demostrar su vinculación laboral con este Ente Territorial, por el periodo por el periodo relacionado en el Kardex (sic) zafiro de 1969 a 1976»

.-Que revisados los inventarios de historia laborales, expedientes de cesantías, nóminas, se evidenció en la resolución No. 1766 del 10 de diciembre de 1998 el reconocimiento, liquidación y pago de unas cesantías definitiva, a nombre del señor AVELINO OLAYA LEYVA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.107.053 expedida en Neiva – Huila, por sus servicios prestados al departamento del Huila, como CHOFER de obras públicas por el tiempo comprendido desde el veinte (20) de enero de 1977 al treinta (30) de septiembre de 1998.

.- No existe información de otros tiempos laborados.

.- «no se registra información laboral del señor AVELINO OLAYA LEYVA (...) por el periodo comprendido de enero de 1969 a diciembre de 1976».

b) Chofer, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas, desde el 1º de enero de 1979 al 31 de diciembre de 1984. Registrando como acto de nombramiento el Decreto 253 Bis de 1979.

Con relación a los actos de nombramiento, resalta que “se procedió a revisar el tomo No. 1 de decretos de 1965, en el cual no se registra el decreto 243 Bis.

Se observa que existe el decreto No. 243 de 1965, que hace referencia a “Por el cual se acepta una renuncia y se nombra en su remplazo (sic) al señor OCTAVIO RINCON (SIC)” (sic) como tampoco existe el 253 bis.

De las certificaciones relacionadas es claro que el demandado no registra vinculación laboral por el periodo 1969 a 1976 y que, si bien se indicó que en los kárdex zafiro aparece un acto de nombramiento 234 Bis, dicho acto no aparece en el libro de actos de nombramientos del periodo 1965 a 1975.

La anterior información tiene sustento en la Resolución 1766 del 10 de diciembre de 1998, por la cual le fueron reconocidas las cesantías al demandado, en la cual se consignó como tiempos de servicios el periodo comprendido entre el 20 de enero de 1977 y el 30 de septiembre de 1998, así como en el reporte de cotizaciones





expedido por COLPENSIONES²⁸ el 21 de agosto de 2019 de acuerdo con el cual, se acreditan 166 semanas de cotización desde el 01 de julio de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1998.

En cuanto a los formularios de sueldos allegados a folios 202 a 211 que comprenden el periodo de enero a diciembre de 1975 y enero de 1977 a enero 20 de 1977 los mismos carecen de firma del funcionario que los expidió por lo que no es posible corroborar su otorgamiento por parte de la entidad demandante, ni su autenticidad al tenor del artículo 244 del CGP, de acuerdo con el cual, «es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, formado o cuento exista certeza respecto de la persona a que se atribuya el documento[...]».

En el recurso de apelación, el demandado sostiene que existió una **indebida valoración probatoria** en la sentencia de primera instancia, por cuanto sí existe documentación que sustenta su vinculación laboral con el Departamento del Huila para el periodo 1969 a 1976, tal es el caso de las certificaciones que obran a folios 212 a 215 que dan cuenta de su vinculación desde el 01 de Julio de 1969 en el cargo de ayudante en la Hacienda San Julián adscrita a la secretaria de Agricultura, expedida por el señor Orlando Caviedes Charry, quien para la época era funcionario de la Gobernación del Huila, y tenía dentro de sus funciones de acuerdo con la constancia del día 27 de junio de 2018 *“Expedir constancias de tiempo de servicios de ex funcionarios”*.



Al respecto, en criterio de la Sala, del análisis crítico del acervo probatorio allegado no se desprende que el demandado haya laborado en calidad de servidor público del departamento del Huila en el lapso comprendido entre 1969 a 1976, toda vez que ni en los expedientes e historias laborales que reposan en el archivo de la entidad, ni en el Fondo de Pensiones se encuentra ningún documento que sustente dicha vinculación o la remuneración que percibió.

²⁸ Folios 389 y 390 del expediente.



La certificación del 25 de febrero de 2005 expedida por el profesional universitario de la Secretaría General del departamento del Huila²⁹ a que alude el apelante, en la que se hace constar que aquel sirvió como ayudante en la hacienda San Julián, dependiente de la Secretaría de Agricultura del Huila, desde el 1º de enero de 1969 hasta el 30 de diciembre de 1976, carece de la historia laboral y de los actos de nombramiento que le den soporte a dicha información, siendo estos documentos esenciales para evidenciar el tiempo de servicio y el cargo desempeñado por el demandado.

Aunado a ello, la Contraloría Departamental del Huila, en diciembre de 2017 realizó auditoría en el Fondo Territorial de Pensiones del Huila en la cual detectó múltiples inconsistencias en 28 reconocimientos pensionales efectuados entre el 2001 y el 2011, dentro de las cuales refiere el hallazgo 17 relacionado con el señor Avelino Olaya Leyva, por las siguientes irregularidades:

- ✓ Reconocimiento de pensiones sobre la base de Decretos de nombramiento cuyo número es acompañado de la palabra “bis”; los cuales al ser verificados con el consecutivo de Decretos que reposan en el archivo central de la Gobernación no existen.
- ✓ El tiempo que transcurrió para la presentación de la solicitud del reconocimiento, esto es, 19, 21, 22 y 23 años después de una supuesta desvinculación laboral y/o cumplimiento de requisitos para tal fin.
- ✓ Reconocimiento de mesadas atrasadas o retroactivos pensionales.
- ✓ Según la información que reposa en el Archivo General del Departamento, se logró evidenciar que, del tiempo de servicio de la extinta secretaria de Obras Públicas Departamentales, se encuentra la respectiva liquidación de cesantías, nóminas, correspondiente a este tiempo.
- ✓ Situación diferente frente a los soportes del tiempo laborado como Ayudante en la Hacienda San Julián dependiente de la



²⁹ Folios 212 a 215 y 373 a 374 del expediente.



Secretaria de Agricultura en el periodo (1969-1976) registrados en el Certificado laboral del 25 de febrero de 2005 expedido por el Profesional responsable de esta área, teniendo en cuenta que no se encontraron (Decretos de nombramiento, actas de posesión, nóminas, expediente de cesantías), permitiendo inferir, que esta información al parecer no corresponde a la realidad, pues para su certificación se tomó como base únicamente los registros de las Tarjetas del sistema Zafiro, esto es, sin cotejar la información antes mencionada.

- ✓ En las tarjetas del sistema Zafiro, fuente de la información para la expedición del certificado laboral, se registra que fue nombrado con el Decreto 234 Bis de enero de 1975, sin embargo al verificar estos actos administrativos en el consecutivo de Decretos que reposan en el archivo Central de la Gobernación, se logró evidenciar que estos decretos no existen, en su defecto se encontraron los Decretos Nos. 233, 234 y 235 de 1975 que corresponden a asuntos diferentes al nombramiento como Ayudante de la Hacienda San Julián.
- ✓ Revisado el contenido de la Resolución No. 467 del 12 de octubre de 2006, a través de la cual la secretaria General de la Gobernación del Huila le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación al señor Olaya Leiva (sic), se constató que este obtuvo el beneficio de pensionarse a los cincuenta (50) años, tomando como fundamento lo establecido en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, ya que el citado funcionario al 29 de enero de 1985, contaba con más de 15 años de servicio, en aplicación de lo dispuesto en la ley 33 de 1985, régimen pensional vigente para la época de los hechos descritos.
- ✓ Analizados los argumentos de la Resolución, el contenido de la historia laboral, hoja de vida y el Kardex (sic) Zafiro (sic), se colige, que el señor Olaya Leiva, no es beneficiario de la Ley 6 de 1945 y de la ley 33 de 1985, por cuanto en ese momento no contaba con más de 15 años de servicio, toda vez que, de acuerdo con los soportes y la información evaluada, el tiempo de servicio certificado desde 1969 a 1976, donde trabajó como Ayudante de la Hacienda San Julián dependiente de la Secretaría de Agricultura, posiblemente no es real. [...]





Por lo anterior, dicho órgano de control concluyó que se causó un daño patrimonial al Fondo Territorial de Pensiones que asciende a la suma de \$212.621.032 (f. 27 a 53 del expediente).

Sobre la existencia de tales irregularidades también da cuenta la testigo **María Marcela Cely Casanova**, quien tenía una experiencia de 29 años de labores en el departamento del Huila, y desde el 2016 se desempeñaba como líder del proceso de archivo, quien relató que, a raíz de los hallazgos detectados por la Contraloría, expidió unas constancias laborales tomando como referente la documentación física que reposa en los expedientes de cesantías, historias laborales, actos administrativos, inventarios y nóminas de funcionarios.

Sostuvo la testigo que con relación al demandado, emitió las constancias de los años 2017, 2018 y 2019 visibles en los folios 25, 201 y 337 del expediente, en las que da cuenta de que no encontró soporte de las vinculaciones que se relacionan en los kárDEX, así mismo, que se registraban nombramientos antiguos de la década de 1950 y anteriores, y que para el año 2007 fueron digitalizados, pero que es extraño que se desaparezca toda la historia laboral, los expedientes de cesantías y pagos prestacionales (nóminas), o todos los actos administrativos de nombramiento, incluso, advirtió que sí reposan los expedientes de otros empleados que laboraron en la época discutida (liquidaciones prestacionales, permisos, sanciones, memorandos, actas de posesión) pero no los del señor Avelino, del que no se halló prueba sobre vinculaciones anteriores a 1977.



En ese orden, para la Sala es claro que para el **19 de abril de 2005**, fecha de la solicitud de reconocimiento pensional, el demandado no cumplía con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios, además, tampoco demostró ser beneficiario de la transición prevista en el artículo 1 parágrafo 2 ibidem, pues no es cierto que para el 13 de febrero de 1985, fecha



de entrada en vigencia de dicha norma, acreditara más de 15 años de servicios como lo manifestó en su solicitud, acompañando para tal efecto una certificación carente de soporte probatorio, pues del conjunto probatorio es posible establecer que tan solo acreditaba 8 años de servicios.

Contrario a lo sostenido por el demandado en su recurso de apelación, no es posible aplicar el principio *in dubio pro operario* pues ninguna duda existe dentro del proceso sobre la inexistente vinculación laboral durante el periodo 1969 a 1976, en la medida que dicho hecho carece por completo de sustento probatorio como lo sería la historia laboral, el acto de su nombramiento, las nóminas o constancias, los aportes a pensión, o cualquier otro documento que diera cuenta de su existencia, más aún, cuando quedó demostrado que para 1969 el señor Olaya Leyva no tenía documento de identificación y ni siquiera se encontraba registrado civilmente como lo afirmó el propio demandado en el interrogatorio de parte.



Por otra parte, aunque el demandado demostró ser beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para la fecha de su entrada en vigor en el orden territorial (30 de junio de 1995) contaba con 41 años de edad y 18 años de servicio, lo cierto es que para el **12 de octubre de 2006**, fecha de expedición de la Resolución 467, tampoco demostró haber cumplido veinte (20) años de servicios, ni la edad de 55 años para acceder a la pensión de jubilación, motivo por el cual le asiste razón al a quo al haber declarado la nulidad del acto objeto de control, en la medida que, con la expedición del acto acusado, se desconoció el ordenamiento jurídico superior en materia pensional, siendo procedente confirmar la decisión de primera instancia.

Ahora bien, es pertinente poner de presente que, por regla general, al declarar la nulidad de un acto de carácter particular y concreto, las cosas deben volver al estado en el que se encontraban antes



de que este naciera a la vida jurídica, por lo tanto, como consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución 467 del 12 de octubre de 2006 resulta procedente la cesación del pago de la pensión ilegalmente reconocida.

En lo concerniente al reintegro de las mesadas pensionales recibidas con ocasión del acto ilegal, esta Corporación ha sostenido que para que proceda el reintegro de prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, se debe probar por parte de la administración que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, es decir, que se utilizaron documentos falsos dentro de la actuación administrativa, y que ello conllevó al reconocimiento de un derecho pensional.

En ese sentido, se deberá verificar a la luz de las pruebas regularmente aportadas al proceso, si la actitud del demandado en sede gubernativa o para los efectos de la consecución del derecho, se aparta de los postulados del principio de la buena fe, y si son determinantes en el resultado final de la actuación.



Al respecto, dentro del proceso se acreditó que el demandado incurrió en conductas fraudulentas al brindar información y aportar una certificación carente de soporte probatorio en documentos esenciales para acreditar su historia laboral y actos de nombramiento, aspecto que es corroborado con el interrogatorio de parte del propio demandado, quien afirmó que «con el apoyo de su padre, en el año 1969 logró trabajar en una hacienda ubicada en el municipio de Yaguará (exactamente a mano izquierda de la entrada al pueblo), de la cual no recuerda el nombre. Se dedicaba a alimentar unos pescados, a traer leña y a conducir una máquina. Allí nació su inclinación hacia la conducción y la mecánica. Cuando llegaba la hora del pago, se acercaban unas personas y le entregaban una bolsita con “mil y pico de pesos” como salario por la labor diaria; nunca preguntó, ni se interesó por saber quiénes eran esas personas, incluso sostiene que no recuerda quien era el



governador de esa época», de lo cual se logra inferir que no se trató de una vinculación laboral como servidor público, pues no refirió acto de nombramiento, ni posesión, ni mucho menos tener la edad necesaria para una vinculación al servicio público, pues contaba con la escasa edad de 15 años, es decir, no reunía la mayoría de edad que le permitiera una vinculación laboral legal y reglamentaria con el sector público.

Es así como el reconocimiento ilegal de la pensión de jubilación, no se motivó en una errónea interpretación de la ley sino en la aducción de una certificación carente de cualquier respaldo probatorio como una historia laboral, un acto de nombramiento o cualquier otro documento soporte para su reconocimiento, documento aportado directamente por el demandado de suerte que es palmaria su actuación fraudulenta en la obtención del reconocimiento pensional.

Además, existe una evidente inmediatez entre la expedición del certificado de información laboral del 25 de febrero de 2005 (fs. 373 y 374) y la presentación de la petición el día 19 de abril de 2005 (f. 23), esta cadena de indicios, desvirtúan la buena fe del demandado y, por lo tanto, se confirmará la orden de reintegro de las prestaciones pagadas por la entidad demandada.

En criterio de la Sala, de acuerdo con la realidad procesal acreditada en este medio de control de legalidad, la actuación del demandado fue decisiva para que la administración de manera indebida le otorgara un derecho prestacional que usufructuó sin tener razón jurídica para ello.

Ahora bien, el apelante plantea como argumento en esta instancia la afectación a su mínimo vital y el de su esposa dada su avanzada edad. Al respecto, al proceso no se acompañó prueba que otorgue certeza de esa afectación, así mismo, como se indicó, el demandante nació el 14 de mayo de 1954 por lo que en la actualidad





contaría con 68 años de edad. Esta circunstancia permite inferir que aquel aún se encuentra en el rango límite de 70 años de edad para configurar una situación de retiro forzoso conforme a lo previsto por la Ley 1821 de 2016, de modo que incluso podría, si lo considera plausible, efectuar cotizaciones al sistema por 2 años más hasta completar el tiempo de servicios exigido por el ordenamiento jurídico para adquirir el estatus pensional.

Por lo expuesto, no se presentan las condiciones que involucren una afectación a la vida digna o al mínimo vital, y tampoco resulta procedente efectuar estudios *extra petita* bajo la aplicación de otros regímenes pensionales diferentes al que fue formulado en la demanda al exponer el concepto de violación.

Incluso, con la confirmación de la sentencia apelada tampoco se vulneraría el derecho fundamental a la seguridad social, toda vez que la decisión de fondo en este caso consiste en revocar el reconocimiento de la pensión de jubilación con aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985 que establecía la edad de 50 años, por no ser este el régimen aplicable, pero sin que se haya realizado pronunciamiento respecto de tal reclamación a la luz de los preceptos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



Por ello, claramente al margen de lo resuelto en esta causa judicial, lo cierto es que el demandado podría solicitar el pago de una pensión de jubilación ante la entidad demandada, o las demás competentes según el contexto jurídico que se plantee en su momento, con base en la aplicación de esta última normativa. Lo anterior cuando acredite la satisfacción de los requisitos y condiciones específicas que le sean aplicables, de acuerdo con las reglas de unificación jurisprudencial de la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018.

5. Conclusión

Conforme a lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 28 de



septiembre de 2021 que **accedió a** las pretensiones de la demanda con fundamento en las razones expuestas en la presente sentencia.

6. Condena en costas

En cuanto a la condena en costas en la presente instancia, la Subsección resalta que el presente asunto se promovió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de «lesividad» con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual se ordenó el reconocimiento de una pensión de jubilación.

En ese sentido conforme al artículo 188 del CPACA³⁰, no es procedente la condena en costas, toda vez que en este tipo de eventos en que se discute un bien jurídico público, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida en el litigio.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de septiembre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila que accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el departamento de Huila contra el señor Avelino Olaya Leyva, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia.

³⁰ **Artículo 188. condena en costas.** 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.» (subraya fuera del texto original).





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 41001 23 33 000 2018 00184 01 (1062-2022)
Demandante: Departamento del Huila

TERCERO: Efectuar las anotaciones correspondientes en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI, y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**
Consejero de Estado Consejero de Estado

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>

