

Bucaramanga, noviembre de 2021

**HONORABLES MAGISTRADOS  
CONSEJO DE ESTADO**  
E. S. D.

**Referencia: ACCIÓN DE TUTELA**  
**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**  
**JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DE**  
**BUCARAMANGA**

-----

**GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, mayor de edad, vecino de Floridablanca (S), titular de la C.C. 91'340.291 expedida en Piedecuesta (S), actuando en mi condición de perjudicado directo, comedidamente manifiesto ante esa H. Corporación, que mediante el presente escrito entablo **ACCIÓN DE TUTELA** por vulneración al **PRINCIPIO DEL PRECEDENTE JUDICIAL**, vulneración al **PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL**, los derechos fundamentales como al mínimo vital, al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, consagrados en la Constitución Nacional los cuales fueron desconocidos por las entidades accionadas, hecho que me perjudica directamente.

#### **JURAMENTO**

Bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de la presente, manifiesto, que el suscrito no ha interpuesto acción de tutela ante otra autoridad.

#### **PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA**

Teniendo en cuenta que se constata que la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del expediente radicado N° 68001333301320160019101, adolece de un defecto sustantivo por interpretación indebida del artículo 6° de la Ley 1310 de 2009 y por desconocimiento del precedente jurisprudencial relativo a necesidad de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, la intervención del juez constitucional resulta necesaria para garantizar el debido proceso del suscrito GERARDO HERNANDEZ BARAJAS durante el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho formulada contra la Dirección de Tránsito de Bucaramanga.

El Tribunal Administrativo de Santander desconoció el precedente judicial contenido en la sentencia SU917 de 2010 de la Corte Constitucional, en el cual se indicó:

*“En efecto, desconocieron el uniforme, claro y reiterado precedente jurisprudencial de tutela en materia de necesidad de motivación para la desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera. Al ser la Corte el intérprete con autoridad de la Constitución y haberse establecido que para el respeto del debido proceso administrativo,*

*como derecho fundamental, se hacía necesaria tal motivación, la posición asumida por los jueces de instancia acarrea un franco desconocimiento de la Carta Constitucional.*

*Como fue explicado anteriormente, en estos casos se desatiende de manera abierta la ratio decidendi de la jurisprudencia, por lo demás sólida, reiterada y uniforme, que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como intérprete máximo de la Carta Política. Por lo tanto, la decisión adoptada en el curso de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia de los peticionarios y, en esa medida, la acción de tutela resulta procedente para asegurar su protección efectiva.”*

Así argumento “(..) cómo algunos de los requisitos especiales o defectos<sup>1</sup> de la acción de tutela contra providencia judicial, reconocidos por la Corte Constitucional en las sentencias C- 590 y SU-573 de 2017<sup>2</sup>, se configuran en el caso concreto. (...), a lo cual procedo de la siguiente manera:

- I. En el presente caso se configura una vía de hecho por **DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO**, que redundo en la vulneración de mis derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, por cuanto el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021, cuyos apartes me permitiré transcribir en el texto de esta demanda de tutela, incurre en una imprecisión que lo llevó a analizar el presente caso **de manera equívoca, pues interpretó en forma errónea el numeral 6° de la Ley 1310 de 2009.**

La Corte Constitucional en sentencia SU573 de 2017, señaló:

“(..) El defecto procedimental se configura cuando resultan desconocidos los artículos 29 y 228 de la Constitución. El primero se relaciona intrínsecamente con el “defecto procedimental absoluto” por vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa y de contradicción, y por desconocimiento del principio de legalidad. El segundo refiere en esencia al acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; se presenta porque el funcionario judicial incurre en un “exceso ritual manifiesto”. Estos dos escenarios se complementan pues las normas procedimentales son “un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no fines en sí mismas”<sup>3</sup>.

La importancia de salvaguardar el derecho sustancial es fundamental para la protección efectiva de los derechos fundamentales y, por consiguiente, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto ha sido objeto de extensos desarrollos jurisprudenciales. Este defecto se puede generar por la imposición de barreras procedimentales excesivas en contra del derecho material, pero también por la interpretación, aplicación y valoración normativa y probatoria, motivo por lo cual,

<sup>1</sup> Defecto orgánico, defecto procedimental absoluto o por exceso ritual manifiesto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución.

<sup>2</sup> Especialmente, el requisito que hace referencia a la relevancia constitucional tratándose de providencias proferidas por altas cortes.

<sup>3</sup> T-264 de 2009.

esta faceta del defecto procedimental se ha estudiado en concordancia con el defecto fáctico y sustantivo: (...)”

**Veamos:**

1. El Gobierno Nacional expidió la Ley 1310 de junio 26 de 2009, *“Mediante el cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”*.

En el artículo 6° se indica:

**Artículo 6°. Jerarquía.** Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.

La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico

“(…)

2. El artículo 125 de la Constitución Política indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La clasificación de los empleos de las entidades sometidas al sistema general de carrera administrativa se encuentra establecida en el artículo 5° de la Ley 909 de 2004, que prevé la regulación de las excepciones al sistema de carrera, es decir, los empleos que se catalogan como de libre nombramiento y remoción en los órdenes nacional y territorial.

Así, la clasificación de empleos es competencia **de la ley**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, no siendo viable afirmar que con la modificación del manual de funciones, se cambia el carácter de los empleos.

Teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

Mientras se surte este proceso, el Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, dispone:

**ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera.** *De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

*Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.*

3. Desde la expedición del Decreto 1083 de 2015, el cargo desempeñado por el suscrito tiene el carácter de provisional, y por tanto para la expedición de los actos demandados se requería de una especial motivación.
4. En el caso concreto se tiene que, el acto administrativo de retiro del servicio del suscrito, quien de conformidad con la Ley 1310 de 2009 **ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro** (art. 5 Ley 909 de 2004 y así se deduce del contenido del oficio N° 20164000084771 de 20 de abril de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y que se adjunta) fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), y en vigencia del Decreto 1083 de 2015 (Publicado en el Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015), razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el párrafo 2° del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse.
5. El Director de Tránsito de Bucaramanga, expidió las resoluciones impugnadas sin motivación alguna, desconociendo el precedente contenido en la Sentencia SU-917/10 de la Corte Constitucional, que indica que por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, requería de una especial motivación en su expedición.
6. Como lo ha expresado el H. Consejo de Estado, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, como el de *COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional*, de la planta de cargos de Dirección de Tránsito de Bucaramanga, es una competencia reglada, lo que quiere decir que, sólo procede por las causales

consagradas en la Constitución Política y la Ley (art. 41, parágrafo 2º ídem) y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.

7. A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.
  8. La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>4</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia tanto de la Ley 909 de 2004 como del Decreto 1083 de 2015, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte Constitucional había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Decreto. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.
  9. La consecuencia jurídica inmediata del amparo solicitado, es el reintegro del actor al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo.
- II. Por tanto, de conformidad con la sentencia C-590 de 2005 se configura al menos *uno de los vicios o defectos* que se explican en esta sentencia C-590-05.
  - III. La Corte Constitucional en sentencia SU917 de 2010, puntualizó en referencia a la necesidad de motivar los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad:

---

<sup>4</sup> La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

“(.) En este orden de ideas, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que en algunos de los asuntos objeto de revisión no existe alternativa distinta a proferir sentencia sustitutiva o de reemplazo. Lo anterior, (i) con miras a garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales prevista en el artículo 86 de la Constitución, en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (ii) atendiendo las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente al cumplimiento de sentencias de tutela; (iii) teniendo en cuenta la postura que sobre la motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad y el cumplimiento de los fallos de tutela ha adoptado en forma reiterada la Sección Segunda del Consejo de Estado; (iv) debido a que la única alternativa es anular los actos administrativos que no fueron motivados y proceder al restablecimiento de los derechos afectados; y (v) porque en últimas esta es la decisión menos lesiva para la responsabilidad del Estado Colombiano y más garantista para quienes han visto afectados sus derechos.

En consecuencia, en esos asuntos la Corte declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes<sup>5</sup> y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.(...).”

### **HECHOS**

Los hechos en que se fundamenta el desconocimiento de los derechos fundamentales, son los siguientes:

1. A través de apoderada, instauré Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra LA DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA, cuyas pretensiones fueron las siguientes:

**PRIMERO:** Que es **NULO** el artículo primero de la Resolución N° 00141 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió *“Declarar la insubsistencia el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.340.291 expedida en Piedecuesta, en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011.”*

**SEGUNDO:** Que es **NULO** el artículo Primero de la Resolución N° 142 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió *“Corregir la Resolución N° 141 del 30 de marzo de 2016, en el sentido de que la fecha de su expedición fue el día 29 de marzo de 2016 y no del 30 de marzo como quedó registrado.(..).”*

---

<sup>5</sup> Las sumas a pagar se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:  $R = R.h. \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$ ; en la que el valor presente “R” se determina multiplicando el valor histórico (R.h.), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

**TERCERO:** Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la entidad accionada deberá reintegrar al señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS** en el cargo que ocupaba, o en otro de igual o superior categoría.

**CUARTO:** Que en consecuencia y como restablecimiento del derecho la entidad accionada deberá pagar al señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones, prima técnica, vacaciones y todos los demás emolumentos que hubiere dejado de percibir, junto con todos los incrementos legales que hayan podido producirse desde la fecha en la cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo y hasta aquella en que sea efectivamente reintegrado a éste.

**QUINTO:** Que se condene a las entidades accionadas al pago de todos los perjuicios de orden moral y daño a la vida de relación, causados al señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, como consecuencia de la expedición de las Resoluciones objeto de la presente demanda.

**SEXTO:** Considerase para todos los efectos legales y especialmente, para los relacionados con el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados en **LA DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA**, por el señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, desde la fecha en la cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo hasta aquella en que sea efectivamente reintegrado al servicio.

**SEPTIMO:** La entidad demandada pagará al demandante la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden cuya existencia emerja de este asunto, sin limitaciones de índole alguna, tal y como lo estipula el artículo 16 de la Ley 446 de julio 07 de 1.998, cuyo contenido es del siguiente tenor:

“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

**OCTAVO:** La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 192 del CPACA.

**NOVENO:** Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 89, 192, 194, 195, del CPACA.

2. La Demanda correspondió por reparto al Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga, Radicado N° 2016-0191, que en decisión de primera instancia de fecha 18 de junio de 2018, resolvió:

***PRIMERO:*** *Declárase la nulidad de la Resolución 00141 de marzo 29 de 2016, mediante la que se declaró insubsistente el nombramiento del señor Gerardo Hernández Barajas y la Resolución 00142 de marzo 30 de 2016 mediante la que se*

corrigió la fecha de la Resolución 00141, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga a reconocer y pagar al señor Gerardo Hernández Barajas, a título de indemnización las sumas equivalentes a seis (6) meses de salarios y prestaciones dejadas de percibir por el demandante, a las que deberán descontarse las sumas percibidas por el demandante por concepto de la pensión reconocida por Colpensiones durante el mismo lapso de seis (6) meses, teniendo en cuenta las consideraciones expresadas en la sentencia.

**TERCERO:** Las sumas a que resulte condenada la Entidad demandada se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: CONDÉNASE** a la parte demandada en costas del proceso, en favor de la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

**QUINTO: NIEGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

Para adoptar esta decisión, razonó así el a quo:

#### **“CONSIDERACIONES**

##### **A. Problema Jurídico**

*¿Fueron expedidos con infracción de las normas superiores en que debían fundarse y falsamente motivados, los actos administrativos acusados, Resolución 00141 de marzo 29 de 2016, mediante la que se declaró la insubsistencia del demandante y Resolución 00141 de marzo 30 de 2016 mediante la que se corrigió la fecha de la Resolución 00141, desconociendo la naturaleza de carrera administrativa del cargo que ocupaba el accionante y su estabilidad laboral como pre pensionado?*

*Si se considerase nulo el acto demandado que contiene la declaración de insubsistencia del demanda, así como del acto que lo aclara, se deriva un segundo problema jurídico, encaminado a establecer si ¿es procedente disponer el restablecimiento del derecho en los términos solicitados en la demanda esto es, decretar el reintegro de un empleado público declarado insubsistente a quien le ha sido reconocida una pensión de vejez, que en la actualidad se encuentra ingresada en nómina de la entidad pensional?*

##### **“1. Tesis del Despacho:**

*A la primera pregunta responde el Despacho afirmativamente. Sin embargo, la respuesta al segundo interrogante debe ser negativa, debiéndose optar por un restablecimiento del derecho consistente en la indemnización de los daños causados al demandante.*

##### **“2. Argumentos de fondo:**

**“a. La naturaleza del cargo de Comandante de Tránsito.**



*“Como se expuso en los antecedentes de esta providencia, para la parte demandante el cargo que ocupaba el señor Gerardo Hernandez Barajas como Comandante, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, corresponde a un cargo de carrera administrativa, mientras que el apoderado de la entidad demandada sostiene que la naturaleza del cargo corresponde a uno de libre nombramiento y remoción y por ende su insubsistencia no requería motivación.*

*“Considera este Despacho que la segunda posición se deriva de una lectura fuera de contexto del artículo 6 de la Ley 1310 de 2009 según la que pareciera limitarse dentro del grupo de control vial los empleos de carrera de los agentes de tránsito pertenecientes al nivel técnico. Sin embargo para dilucidar la naturaleza del cargo de Comandante de Tránsito, no basta con una lectura de ese tipo, sino que deben interpretarse sistemáticamente las disposiciones previas por las Leyes 1310 de 2009, 909 de 2004 y el Decreto 785 de 2005, teniendo en cuenta siempre que, de acuerdo al artículo 125 de la Constitución Política, salvo los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, los empleos en los órganos y entidades del Estado son por regla de carrera administrativa.*

*“En ese sentido, debe precisar este Despacho que de acuerdo al artículo 6° de la Ley 1310 de 2009 el cargo de Comandante de Tránsito pertenece al nivel profesional y ocupa la mayor jerarquía dentro de los grupos de control vial. Sin embargo, esa jerarquía no es suficiente para otorgarle por su sola naturaleza de empleo de libre nombramiento y remoción a dicho cargo.*

*“Al respecto la Ley 909 de 2004 al clasificar los empleos públicos en su artículo 5, numeral segundo establece los criterios a tener en cuenta para considerar un empleo como de libre nombramiento y remoción y en lo que respecta al sector central y descentralizado del orden territorial establece:*

#### **CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS PÚBLICOS.**

**ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS.** Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

“2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

#### **“En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:**

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;”

*“Como se aprecia, dentro de los cargos relacionados por la norma transcrita no se enuncia el de Comandante de Tránsito, por lo que no puede considerarse bajo esos parámetros un cargo de libre nombramiento y remoción.*

*“Aunado a lo anterior, el mencionado artículo 5 establece otros criterios para determinar si un cargo debe considerarse como de libre nombramiento y remoción, al respecto el literal b) del numeral 2) prescribe:*

“b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

**“En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:**

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

**En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:**

Presidente, Director o Gerente;”

“El apoderado de la parte demandada, cimentado en el manual de funciones de la entidad, alega que las funciones asignadas al cargo de Comandante de Tránsito corresponden, a su juicio, a funciones propias de confianza y manejo. Así mismo argumenta que el cargo dependía directamente del despacho del Director de Tránsito, lo que configuraría el cumplimiento de los requisitos para que el cargo se clasifique como de libre nombramiento y remoción, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta el nivel jerárquico del cargo de comandante de tránsito, es decir el Nivel Profesional, tal como lo dispuso la Ley 1310 de 2009. Al respecto se advierte que de acuerdo al Decreto 785 de 2005 en su artículo 4.3. el nivel profesional *“agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.”*. Estas funciones corresponden a un tipo de funciones de ejecución y coordinación, pero no coinciden con las previstas por la Ley 909 de 2004 de manejo y confianza para los cargos de libre nombramiento y remoción.

“Así. Es claro para el Despacho que, al encontrarse las funciones y niveles jerárquicos de los empleos públicos establecidas por la ley, ningún acto administrativo por medio del cual se adopte un manual de funciones puede desconocerlas o contradecirlas. En ese sentido, necesariamente debe concluirse, de acuerdo a la interpretación de las normas señaladas, que el cargo de Comandante de Tránsito Código 290, Grado 1, Nivel Profesional corresponde a un empleo de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, conclusión a la que igualmente arribaron la Comisión Nacional del Servicio Civil en los dos conceptos (de abril 20 de 2014 y de 13 de abril de 2016) obrantes en el expediente, así como el Representante del Ministerio Público lo plasmó en el concepto rendido y allegado al expediente.

“Una vez aclarado este punto, debe procederse al estudio de la motivación del acto de insubsistencia, teniendo en cuenta que el cargo ocupado por el demandante corresponde a la carrera administrativa y su nombramiento en provisionalidad.

**“b. La declaración de insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad – Falsa motivación.**

*“La Honorable Corte Constitucional ha señalado, que si bien los empleados nombrados en provisionalidad no cuentan con una estabilidad comparable a la que goza una persona que acceda a un empleo público a través de un concurso de carrera administrativa, pues ese tipo de nombramiento es de carácter transitorio, no puede manifestarse que no cuenten con cierto grado de estabilidad. Por ello un empleado provisional no puede ser desvinculado del cargo sino a través de un acto motivado o que el retiro obedezca a la culminación de un proceso disciplinario o por la provisión del cargo a la persona que cumplió con los requisitos del concurso de carrera administrativa. Así, el acto de insubsistencia debe motivarse y sus motivaciones son susceptibles del control judicial en cumplimiento de derechos como el debido proceso y el acceso a la justicia y hacer efectivos los principios que rigen la función administrativa.*

**“Consecuentemente prescribe la Honorable Corte Constitucional que:**

**““En ese sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado expuso su posición, respecto de la motivación de los actos de insubsistencia de los ampleados provisionales, señalando:**

**“Lo anterior para significar que, en todo caso, el acto que declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad debe ser motivado y las razones del retiro gozan de una presunción de legalidad por propender por la mejora del servicio como esencia de la**

*función pública, sin embargo ella puede ser desvirtuada, como lo ha precisado el Honorable Consejo de Estado:*

*"Así, es claro para este Despacho que, la motivación expuesta en el acto demandado no corresponde a razones suficientes que podrían justificar la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, como es el caso del hoy demandante, por el contrario sólo se limita a justificar y exponer la discrecionalidad de la decisión sustentada en la supuesta naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo, posibilidad que fue desvirtuada supra. Al respecto el Tribunal Constitucional ha manifestado que:*

*"De acuerdo a lo expuesto, se considera que el cargo de falsa motivación de los actos acusados, considerando las razones en que se fundaron, está llamado a prosperar, debiendo consecuentemente declararse la nulidad de los mismos correspondiendo su desaparición del orden jurídico.*

*"Configura una de las causales de ilegalidad enrostradas a los actos acusados, el Despacho se relevaría de estudiar el cargo igualmente incoado denominado infracción de las normas superiores en que deberán fundarse. Sin embargo, es necesario proceder a su estudio a efectos de analizar las pretensiones que configuran el restablecimiento del derecho, en especial la procedencia del reintegro del demandante, toda vez que está necesariamente relacionado con la decisión que al respecto se adoptará.*

*"c. Los actos administrativos demandados y la infracción a las normas superiores en que debían fundarse.*

*"Al demandante, de acuerdo a la Resolución GNR 173735 de junio 12 de 2015 expedida por Colpensiones, le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de vejez, conforme a lo prescrito por la Ley 33 de 1985, por encontrarse cobijado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ahora bien, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 150 de la Ley 100, el demandante tenía derecho a permanecer en el cargo, con el fin de buscar la reliquidación del ingreso base de su pensión, hasta cumplir con la edad de retiro forzoso. Al respecto, el párrafo de la mencionada norma prescribe que "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". En ese sentido lo expresó el demandante a la entidad demandada mediante carta de julio 13 de 2015, en la que manifestó su deseo de no hacer uso del retiro del servicio hasta la edad de retiro forzoso, por resultar más beneficioso para él.*

*"Sobre el particular el Honorable Consejo de Estado ha sostenido que el reconocimiento de la pensión no procede como casual de terminación de la relación legal y reglamentaria de un empleado público cobijado por el régimen de transición, por lo que este puede permanecer en el cargo hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, por lo que el empleado, ha referido esa H. Corporación>:*

*"Tiene derecho*

*"Lo anterior a juicio del Despacho resulta suficiente para afirmar que, la declaratoria de insubsistencia de demandante, contenida en los actos acusados, desconoció en efecto las normas en que debió fundarse y por tanto resulta procedente declarar probado el cargo de ilegalidad aquí enrostrado en su contra.*

*"d. Del Restablecimiento del derecho*

*"Improcedencia del reintegro de un ex empleado público actualmente pensionado*

*"Recapitulando, el demandante, beneficiario del régimen de transición pensional y cuya pensión le fue reconocida mediante Resolución GNR 173735 de junio 12 de 2015 expedida por Colpensiones, quien lo incluye en nómina mediante Resolución 111534 de abril 21 de*

*2016 con retroactividad al 29 de marzo de 2016, había manifestado su interés en mantenerse en el cargo hasta cumplir la edad de retiro forzoso, si embargo fue declarado insubsistente por la entidad demandada de un cargo de carrera administrativa en provisionalidad sin motivación válida y sin que fuera provisto el cargo mediante concurso, siendo reemplazado por un funcionario en encargo, además con violación de normas superiores en que debía fundarse la entidad demandada al momento de expedición de los actos acusados, razones por las que procede su nulidad.*

*(...)*

*“ En este punto, no se encontraría dificultad para el Despacho en ordenar el reintegro del demandante, pues de la fotocopia de la cédula de ciudadanía aportada al expediente se constata que el mismo nació en 1957, por lo que en la actualidad no ha cumplido la edad de retiro forzoso, que actualmente por mandato de la Ley 1821 de 2016 se fija en setenta (70) años. Sin embargo, como se mencionó líneas arriba, en la actualidad el demandante ostenta la calidad de pensionado, situación que debe analizarse para efectos del reintegro deprecado por el actor.*

*“Al respecto, el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 29 modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968, prescribe:*

*El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.*

*La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.*

*“De la lectura del inciso Segundo de la norma transcrita se concluye que un empleado público retirado del servicio y con derecho a pensión no puede ser reintegrado al servicio, si no es para ocupar los cargos relacionados en ella. Así, el reintegro al cargo de Comandante de Tránsito en el que el demandante se desempeñaba, perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, en este caso del sector territorial descentralizado, no es procedente a la luz del artículo analizado, por no encontrarse dentro de los cargos enlistados en la norma estudiada. (...).*

*De otro lado, aunque no proceda el reintegro de acuerdo a lo que expuso, debe seguirse el análisis de las medidas a tomar como restablecimiento del demandante, pues si bien en la actualidad se encuentra pensionado, con inclusión en nómina y efectos reconocidos desde la desvinculación, no puede desconocerse que dicha inclusión en nómina es consecuencia de la insubsistencia contenida en los actos acusados cuya nulidad se declarará, pese a la legítima expectativa de permanecer en el cargo hasta el cumplimiento de la edad de retiro, la cual debe matizarse, pues como es reconocido en esta sentencia el nombramiento en provisionalidad en un cargo en Carrera no otorga una vocación de permanencia en el cargo más allá de su provision mediante concurso de méritos, del cual hay constancia en el expediente no ha sido surtido.*

*“Por lo anterior, debe establecerse una indemnización de los daños causados al demandante y para tal fin debe acudir a las reglas establecidas por la Honorable Corte Constitucional en su sentencia SU-556 de 2014, en la que precisó: (...)”*

3. Dentro de la oportunidad procesal legal, las partes interpusimos recurso de apelación contra esta sentencia de fecha 18 de junio de 2018, correspondiéndole su conocimiento, por reparto, al Despacho del Dr. JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, que en sentencia de segunda instancia de fecha 24 de mayo de 2021, resolvió:

**“PRIMERO: ACEPTAR** el impedimento manifestado por la Honorable Magistrada SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida el día 18 de junio de 2018 por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte actora, conforme a lo expuesto en precedencia.”

4. Razonó así el Tribunal Administrativo de Santander para adoptar esta decisión:

**“CONCLUSIONES**

**“2.1. Naturaleza del cargo del demandante.**

**“2.1.2.** Como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 2 literal b) de la Ley 909 de 2004, son empleos de libre nombramiento y remoción, los que implican especial confianza, que tengan asignadas, funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo y que **estén al servicio directo e inmediato del Director de la entidad**, siempre y cuando el empleo se encuentre adscrito al respectivo Despacho.

**“2.1.2.** Con las pruebas que reposan en el expediente encuentra la Sala que contrario a como lo consideró el Juez de primera instancia, el cargo de **COMANDANTE DE TRANSITO CODIGO 290 GRADO 1** del que fue desvinculado el demandante es de **libre nombramiento y remoción**, por las siguientes razones:

**“i)** El cargo cuenta con funciones de asesoría institucional y apoyo, como se observa en las enlistadas en el numeral 1.4. del acápite de hechos probados – **critério funcional**.

**“ii)** El cargo está al servicio directo del Director de Tránsito de Bucaramanga, entidad descentralizada del nivel territorial – Acuerdo Municipal 040 de 1971-, y además, se encuentra adscrito a dicho Despacho. **Criterio orgánico**.

**iii)** Las funciones que se encuentran asignadas al cargo se encuentran estrictamente relacionadas con el funcionamiento de la Dirección General de la entidad, al punto que dentro de estas se encuentran : a) planeación de las labores a ejecutar por los agentes de tránsito; b) implementar medidas correctivas y preventivas necesarias de acuerdo a los informes que se presenten; c) coordinar la capacitación de los funcionarios del Grupo de Control Vial; d) llevar el control estadístico de las actividades que desarrollan dichos funcionarios, así como autorizar los días compensatorios; e) llevar el control del parque automotor; f) asistir a las

reuniones que programan las diferentes entidades municipales a efectos de dar solución a los problemas de movilidad; g) dar respuesta a los requerimientos de la oficina jurídica y a las solicitudes de la comunidad; h) asistir las reuniones citadas por el sindicato.

“Así las cosas, considera la Sala que en ejercicio de dichas funciones es procedente exigir de quien lo ocupa un alto nivel de confianza - **critério subjetivo**.

“iv) No está demás señalar que la Comisión Nacional del Servicio Civil puso de presente que el mencionado cargo no ha sido ofertado para ser proveído a través de concurso de méritos.

“2.3. Legalidad del acto de insubsistencia

“2.3.1. En cuanto a la motivación de la Resolución N° 141 de 2016 – acto acusado- que la parte actora considera insuficiente, la Sala encuentra que dicha motivación se refiere precisamente a la facultad discrecional del nominador, quien por demás, y conforme a lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, no se encuentra obligado a consignar los motivos de insubsistencia, pues el cargo que ocupaba la actora de libre nombramiento y remoción.

“Así, estima la Sala que el contenido del acto demandado cumplió las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio.

“De otro lado, no media prueba que demuestre que el Director de Tránsito de Bucaramanga haya tenido en cuenta intereses particulares y caprichosos y que por tal razón se haya apartado de buen servicio.

“2.3.2. Frente a la aplicación del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la norma prevé:

“Artículo 150

“Como se indicó anteriormente, el cargo que era desempeñado por el demandante tiene la naturaleza de libre nombramiento y remoción, y por ende, se encuentra sujeto a la facultad discrecional del nominador.

“Ahora, contrario a como lo consideró el Juez de primera instancia, el párrafo del artículo 150 antes transcrito no contiene una obligación para la administración en cuanto a mantener la vinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción para mejorar su quantum pensional, pues lo que dispone es que no puede obligarse a retirarse del cargo por el hecho de habersele reconocido el derecho pensional.

“Quiere decir lo anterior, que la norma impide precisamente que el nominador pueda expedir un acto de insubsistencia basado en el reconocimiento pensional del empleado, lo que no ocurrió en este caso, pues está probado que la Resolución 141 de 2015 no tuvo como fundamento el reconocimiento pensional del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS sino la facultad discrecional de la que goza el Director de la entidad demandada.

“(..)

“3. En resumen, la Sala encuentra que i) el cargo del que fue desvinculado el demandante es de libre nombramiento y remoción; ii) la motivación del acto encuentra fundamento legal; iii) el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 no contiene una obligación para la administración de mantener la vinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción que cuenta con derecho pensional reconocido para que aumente el quantum.

“Así, se revocará la sentencia apelada para negar las pretensiones de la demanda sin que sea necesario pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte actora por sustracción de materia.

“X CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dado que se revoca en su totalidad la sentencia apelada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 365 numeral 4 del Código General del Proceso se condenará en costas en

*ambas instancias, las que serán liquidadas por conducto de la Secretaría del Juzgado de primera instancia,*

*“El a quo fijará las agencias em derecho en auto separado por parte del a quo.”*

5. Tanto el Tribunal Administrativo de Santander como el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga interpretaron en forma equivocada el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, incurriendo en una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, señalada en la sentencia SU050 de 2017: *“cuando a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable<sup>6</sup> o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”<sup>7</sup> o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) cuando no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes”*

#### **VEAMOS:**

1. El artículo 27 del Código Civil Colombiano, consagra:

*“Cuando el espíritu de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.(...)”*

2. El artículo 71, Ibídem, sobre la derogación de las leyes consagra:

*“La derogación de las Leyes podrá ser expresa o tácita. (...) Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.*

3. El párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, consagra textualmente:

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

4. La Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, *“Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”*, preceptúa:

---

<sup>6</sup> Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

<sup>7</sup> Sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

*“Artículo 1º. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.*

*“Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968.”*

*“Artículo 2º La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.*

*“Artículo 3º Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.*

*“Artículo 4º La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-Ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3.). “*

5. La Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016 **derogó** el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que preceptuaba:

*ARTICULO 31º. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto. (Conc. Art. 25 Dec. 2400/68; Art.105 Dec. 1950/73; Dec. 3135/68; Dec. 1848/68; Dec. 1045/78; Ley 71 de 1988, Decreto 1160 de 1989)*

6. EL Decreto 3074 de 1968 **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, establecía:

**ARTICULO 1.** *Modifícase y adiciónase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:*

**El artículo 29** *quedará así:*

*El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del*



*servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.*

*La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años. [Ver el Concepto del Consejo de Estado 786 de 1996](#), [Ver las Sentencias de la Corte Constitucional C-124 de 1996 y C-563 de 1997](#).*

7. El artículo 29, del Decreto Ley 2400 de 1968, "por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones", modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, **derogado** por la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016, consagraba:

*El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.*

*La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, **salvo** cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo.*

*Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años. (...)"*  
(Subrayas fuera del texto)

8. El Decreto 1950 de 1973, **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, preceptuaba:

*"La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, **salvo** cuando se trate de ocupar las posiciones de:*

- 1. Presidente de la República.*
- 2. Ministro del despacho o jefe del Departamento Administrativo.*
- 3. Superintendente.*
- 4. Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo.*
- 5. Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado.*
- 6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
- 7. Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores.*
- 8. Consejero o asesor, y*
- 9. Las demás que por necesidades del servicio determine el gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años"*

9. El artículo 120 del Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, preceptuaba:

*"El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, este obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.  
El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenara por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada **pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado v ordenado el reconocimiento v pago de la pensión por resolución en firme**"*

10. El artículo 121, ibídem, establecía:

*"La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de:*

- 1. Presidente de la Republica.*
- 2. Ministro del despacho o jefe del Departamento Administrativo.*
- 3. Superintendente.*
- 4. Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo.*
- 5. Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado.*
- 6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
- 7. Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores.*
- 8. Consejero o asesor, y*
- 9. Las demás que por necesidades del servicio determine el gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años."*

11. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias**, entre ellas el artículo 1° del Decreto 583 de 1995 "*por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial*", dispuso:

*"Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente a diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social."*

12. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias**, entre ellas el artículo 1° del Decreto 2040 de 2002, por el cual se adicionan las excepciones contempladas en el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973, establece:

*"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de **Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica**".*

13. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias**, entre ellas el artículo 1 del Decreto 4229 de 2004, por el cual se adicionan las excepciones contempladas en el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973 dispone:

*"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio en el empleo de **Subdirector de Departamento Administrativo**".*

14. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias** entre ellas el artículo 1° del Decreto 863 de 2008, por el cual se adicionan las excepciones contempladas en el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973, establece:

*"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Secretario de Despacho, Código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías"*

15. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias** entre ellas el artículo 1° del Decreto 740 de 2009, adicionó otra vez el listado de excepciones que venimos refiriendo, de la siguiente manera:

*"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Subdirector o Subgerente de establecimiento público."*

16. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias** entre ellas el artículo 1° del Decreto 3309 de 2009, adicionó nuevamente, el citado listado de excepciones, en los siguientes términos:

*"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del nivel nacional o territorial."*

17. El Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con la ponencia del Magistrado Cesar Hoyos Salazar, en concepto del 26 de marzo de 1996, radicado bajo el número 786, al resolver consulta presentada por la Gobernadora de Cundinamarca a través del Ministerio del Interior, señaló:

*"2. La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1°), y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124) **quedó derogada tácitamente por el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993.***

*El reintegro podrá hacerse si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso; cumplida esa edad sólo podrá ser reintegrada a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular. No obstante, se tendrá en cuenta la incompatibilidad establecida por el artículo 128 de la Constitución, consistente en que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley." (Las subrayas y negrillas no son del texto).*

18. Igualmente, en el régimen de ahorro individual la Ley 100 prevé:

**"ARTICULO. 65.-** Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado

*por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión".*

19. El artículo 26 del Decreto 806 de 1998, "por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional." Consagra:

**"Afiliados al Régimen Contributivo.** Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

**1. Como cotizantes:**

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país;

b) Los servidores públicos;

c) **Los pensionados** por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios;

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;

e) Los cónyuges o compañeros(as) permanentes de las personas no incluidas en el Régimen de Seguridad Social en Salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que reúnen alguna de las características anteriores. La calidad de beneficiario del cónyuge afiliado a sistemas especiales, no lo exime de su deber de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

**2. Como beneficiarios:**

Los miembros del grupo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto."

20. El artículo 19 de la Ley 4° de 1992, desarrolla el artículo 128 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

*"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:*

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-catedra; (Ver Artículos 73 y ss. Ley 30 de 1992).

e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.

f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados

**Parágrafo.** No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades".

21. Igualmente, con relación al vocablo ASIGNACION contenido en el artículo 128 de la Carta, el Consejo de Estado en Concepto de la Sala de Consulta Civil, radicado bajo el No. 1344 del 10 de mayo de 2001, con la Ponencia del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce, expreso:

*"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos por concepto de remuneración, consista Osta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador".*

22. Aplicada la regla hermenéutica contenida en el artículo 27 del Código Civil, transcrita en la parte introductoria del presente, a los textos legales referidos, es forzoso arribar a las siguientes conclusiones:

-Que las prescripciones contenidas en los artículos 29 y 31 de los Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973, **derogados** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, contenían una clausula **general de prohibición** para quien se encuentre gozando de pensión vejez, consistente en que "no podrá ser reintegrado al servicio", pero que contienen a renglón seguido, las aludidas normas, una excepción a dicha prohibición, en la cual se consagra que si se puede volver al servicio público pero **solamente** a desempeñar los cargos señalados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968. Vale decir, a los empleos de Presidente de la República, Ministro del despacho o jefe del Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo, Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera, Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores, y Consejero o asesor. Y, en idéntico sentido consagra la excepción el inciso 2° del artículo 31, ibídem, cuando señala: *"Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2° del artículo 29 de este Decreto."*

-Como las excepciones de acuerdo con los principios generales del derecho tienen aplicación restrictiva, en la praxis significaría, que una vez pensionado el empleado público, solo sería viable su reintegro al servicio, si es para desempeñar uno de los empleos señalados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, o los del artículo 121 del Decreto Reglamentario

1950 de 1973, además de los incluidos posteriormente con los decretos nacionales arriba anotados, cuales son: Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica, Subdirector de Departamento Administrativo, Secretario de Despacho, Código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías, Subdirector o Subgerente de establecimiento público, Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del nivel nacional o territorial.

23. Hasta aquí el análisis, que precede está relacionado con las disposiciones del Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

24. En este orden, se procede entonces, a incorporar para el análisis, lo señalado por el Consejo de Estado en Concepto 786 del 25 de marzo de 1996, donde al analizar las prescripciones contenidas en los artículo 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, frente al párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, conceptuó que **"La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1°), y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124), quedó derogada tácitamente por el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993.(...)"**. Y, así las cosas, fuerza concluir que el reintegro del empleado retirado con derecho a pensión, puede hacerse sin restricción, para el desempeño de cualquier empleo público de la rama ejecutiva, siempre y cuando no se haya llegado a la edad de retiro forzoso, fijada en 65 años; caso para el cual si subsistiría la restricción de acceder solo para el desempeño de los empleos excepcionados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968. Sobre éste particular, en el concepto referido, dijo también, el Consejo de Estado:

*"El reintegro podrá hacerse si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso; cumplida esa edad sólo podrá ser reintegrada a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular. **No obstante, se tendrá en cuenta la incompatibilidad establecida por el artículo 128 de la Constitución, consistente en que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.**"*

25. De otra parte, el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, fijaba en 65 años la edad de retiro forzoso de los empleados de la rama Ejecutiva y a la vez establece la prohibición de reintegrar al servicio a la persona que haya alcanzado dicha edad. Exceptuando los mismos cargos del inciso 2° del artículo 29. Por lo tanto, forzoso es concluir que las personas

llamadas a ocupar los cargos citados en el inciso 2° del artículo 29, están exceptuadas legalmente tanto de la prohibición de reintegro al servicio por tener eventualmente el status de pensionados, como de la prohibición o impedimento que genera llegar a la edad de retiro forzoso.

26. Consideramos importante resaltar que el pensionado reincorporado al servicio público, no podrá mientras dure el ejercicio de las funciones inherentes al respectivo empleo, recibir la asignación pensional correspondiente, sino aquella derivada del empleo público que desempeña. Esto en virtud de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, cuyo tenor literal es el siguiente *"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley."*
27. Con base en todo lo anteriormente expuesto, incluidas las precisiones y conclusiones contenidas en el acápite de análisis, tenemos que el suscrito no ha llegado aún a la edad de retiro forzoso y por tanto la ley le permite reintegrarse al servicio público.
28. Ahora bien, *¿Es posible que una persona que tiene reconocida mesada pensional, solicite la suspensión de la misma para continuar vinculada a una entidad pública o vincularse a otra entidad con las mismas condiciones, con el fin de no recibir doble asignación del tesoro?*

#### RESPUESTA

De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia transcrita para la ilustrar las respuestas al presente, es jurídicamente viable, solicitar la suspensión de la pensión para reintegrarse al servicio público, en los términos señalados por el Consejo de Estado, en el plurimencionado concepto, es decir, *"si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso"*.

*¿Una persona que tiene reconocida mesada pensional, se puede presentar para vincularse a cualquier tipo de empleo o solo bajo las excepciones que establece la Norma?*

#### RESPUESTA

Si como lo expuso el Consejo de Estado en el concepto de marras **"La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1°), y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124), quedó derogada tácitamente por el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993.(...)"** y **derogadas** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, .fuerza concluir que el reintegro del empleado

retirado con derecho a pensión, puede hacerse sin restricción, para el desempeño de cualquier empleo público de la rama ejecutiva, siempre y cuando no haya llegado a la edad de retiro forzoso, fijada en 70 años.

29. El término reintegro al servicio, no tiene por parte del legislador, circunscripción territorial ninguna, por tanto, es predicable de todas aquellas personas que estando pensionadas, tienen la posibilidad de reintegrarse al servicio público, debiendo para ello, solicitar la suspensión de la pensión.
30. De lo expuesto se tiene que los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia de fecha 18 de junio de 2018 proferida por el Juzgado 13 Administrativo Oral de Bucaramanga, se fundamentaron **EN NORMAS DEROGADAS**.
31. De otro lado, los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada, desconocen los **derechos adquiridos por el suscrito, derivados de pertenecer al Régimen de Transición**. Derechos también desconocidos por el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021.
32. Tanto Los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia de fecha 18 de junio de 2018 como los argumentos del Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021, desconocen el precedente contenido en las sentencias del Consejo de Estado que a continuación me permito relacionar:
- CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA - CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN - Sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-- Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07) - Actor: Alcides Borbón Suescún -Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. - Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.
  - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA - CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN - Sentencia de diez (10) de febrero dos mil once (2011).-- Radicación No. 25000 23 25 000 2004 05468 01 (1516-09) - Actor: JORGE ENRIQUE SANCHEZ RODRIGUEZ: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. - Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.
33. En estas sentencias se precisó lo siguiente:

#### *2.2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.*

*En un primer análisis, el contenido de los derechos del régimen de transición apuntan a preservar, conforme a la situación jurídica consolidada por el titular, el derecho de jubilación en cualquiera de los 3 extremos integrantes de la estructura del mismo: tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión. No obstante esta premisa básica, la*



verdad es que los tres elementos advertidos, en sí mismos describen cada uno una abundante complejidad, por lo que se hace necesario para los efectos de esta sentencia discriminar el ámbito que cobija cada uno de los mismos:

*En cuanto al fenómeno del término y forma de cotización, las variables principales que comprometen el contenido del régimen de transición suponen, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, la vigencia del régimen de transición sin importar que los aportes se hagan a distintos sistemas de cotización y en igual sentido la sentencia C-789 de 2002 que predica la invulnerabilidad del régimen de transición incluso frente a la propia voluntad del beneficiario o del titular cuando opta por variar los sistemas de cotización establecidos por las normas de seguridad social (prima media y ahorro individual).*

*Ahora, el tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el parágrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable.<sup>8</sup> La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.*

*En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso -asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional.*

*En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho*

---

<sup>8</sup> Ley 797 de 2003. Artículo 18. Modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el parágrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **INEXEQUIBLE. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2003.**

a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional mas allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados.

En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer.

Consecuencialmente y como puede apreciarse de lo expuesto, para la Sala es objetivo que el principio de inescindibilidad de régimen para efectos de la reliquidación pensional, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Constitución, ha de interpretarse de manera racional, esto es cuidando en no llegar al absurdo de, so pretexto de aplicar la inescindibilidad de un régimen, en la práctica, desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar, como suele ocurrir con ciertos sistemas de liquidación del quantum pensional, circunstancialmente más favorables en la norma actual y menos beneficiosos a la luz del régimen de transición que habilita la normatividad anterior, creando con ello una hipótesis en la que es posible reconocer que el empleado consolidó derechos a la luz de una y otra norma. En esta circunstancia es evidente que la razón de favorabilidad aconseja atenuar el principio de inescindibilidad, en función de las particularidades del régimen que in factum resulte de mejor beneficio para el trabajador.

Esta Sala ya se había pronunciado sobre el punto en sentencia de 4 de septiembre de 2003,<sup>9</sup> cuando observó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por supuesto remite en tiempo de servicio, edad y monto al régimen anterior, más en lo atinente a la liquidación optó por lo establecido en el inciso 3° ibidem por encontrar que dicho procedimiento resulta más beneficioso de aquel que emergía del régimen anterior, por lo que es evidente, que la jurisprudencia de esta Corporación no discute la posibilidad de atenuar el principio de inescindibilidad de regímenes en función de razones de favorabilidad específica, al fin y al cabo la fuente del principio en mención es la misma, es decir las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales. Claro que se trata de una flexibilidad sujeta a la aplicabilidad concurrente de las normas que constituyen o crean la circunstancia de favorabilidad, de tal modo que la inescindibilidad opera de manera plena si esta hipótesis no tiene lugar, es decir, es jurídicamente inadmisibles que so pretexto de la atenuación de este principio, expuesto en función de la favorabilidad, se llegue al extremo de mezclar regímenes especiales con regímenes genéricos, cuestión que por la mera razón lógica de la estructura del régimen jurídico es inadmisibles. En conclusión, la figura expuesta es un elemento más para reconocer el alcance y contenido del derecho pensional a la transición como una prerrogativa autónoma, cuya naturaleza jurídica participa de la jerarquía constitucional atribuida a la seguridad social.

Bajo las anteriores precisiones en cuanto al régimen de transición y el retiro del servicio por pensión de jubilación, procede la Sala a definir la situación particular del demandante, rectificando en lo pertinente la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Segunda en providencia del 27 de octubre de 2005, Expediente No. 4773-03.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Expediente No. 3636-02.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de octubre de 2005. Rad. Interno. No. 4773-03. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

34. De igual forma, tanto los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia de fecha 18 de junio de 2018 proferida por el Juzgado 13 Administrativo Oral de Bucaramanga como los argumentos del Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021, desconocen el precedente contenido en la sentencia del Consejo de Estado que a continuación me permito relacionar:

- CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - CONSEJERO PONENTE: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA - Sentencia de seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012) - Radicación No. 050012331000200406871 01.- (2389 -2001) - Actor: AMPARO DEL SOCORRO CUARTAS CUARTAS: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. - Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.

**Sentencia en la cual se precisó lo siguiente:**

*“(..) Así las cosas, a las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 o a quienes estuvieren amparados por el régimen de transición pensional, les asiste el derecho de mejorar el monto de su pensión a través de la permanencia en el servicio hasta alcanzar la edad de retiro forzoso. En efecto, el empleado tiene la expectativa de seguir vinculado con la Administración con el objetivo de mejorar sus condiciones laborales en orden a obtener una mesada pensional superior a la que se le reconocería si se retirara en forma prematura.*

*El anterior criterio armoniza con el principio de irretroactividad de la Ley, pues si se parte de la base que constituye un derecho cierto el continuar con la relación laboral hasta el momento de cumplir la edad de retiro forzoso, se quebrantaría el aludido principio si se permitiera aplicar un nuevo precepto legal a situaciones definidas conforme a la normatividad anterior; es decir que la Ley no sólo estaría rigiendo hacia futuro sino que también surtiría efectos en el pasado sin justificación alguna y en perjuicio de los destinatarios, vulnerando, a su vez, la seguridad jurídica que se erige en presupuesto indispensable para la salvaguarda de los derechos y garantías de los asociados y la convivencia en comunidad.”(…) (Subrayas fuera de texto).*

**DERECHO**

Fundo esta acción en lo preceptuado por la Constitución Nacional respecto a los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, buena fe, seguridad jurídica, acceso a la administración de justicia; Decreto 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, y demás normas concordantes y pertinentes.

## **PETICIÓN**

Con todo respeto solicito a los Honorables Consejeros se sirvan tutelar mis derechos fundamentales, al debido proceso, igualdad, buena fe, seguridad jurídica y acceso a la administración de justicia. Y en consecuencia dejar sin efectos la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Magistrado Ponente Dr. JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR, por haber incurrido en una vía de hecho por defecto procedimental absoluto y defecto sustantivo por interpretación indebida y en consecuencia, disponer que se debe expedir una nueva sentencia teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el suscrito **ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro** (art. 5 Ley 909 de 2004 y así se deduce del contenido del oficio N° 20164000084771 de 20 de abril de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y que se adjunta) fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), y en vigencia del Decreto 1083 de 2015 (Publicado en el Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015), razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse. En la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander se desconoció que el Director de Tránsito de Bucaramanga, expidió las resoluciones impugnadas sin motivación alguna, desconociendo el precedente contenido en la Sentencia SU-917/10 de la Corte Constitucional, que indica que por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, requería de una especial motivación en su expedición. Las sentencias objeto de esta acción de Tutela desconocieron mis derechos adquiridos **derivados de pertenecer al Régimen de Transición según el cual como aún no he llegado a la edad de retiro forzoso, la ley me permite reintegrarme al servicio público.**

### **DERECHO FUNDAMENTAL**

Con las actuaciones narradas, las entidades accionadas han desconocido los derechos fundamentales como debido proceso, igualdad, buena fe, seguridad jurídica, acceso a la administración de justicia consagrados en la Constitución Nacional.

**PRUEBAS**

Adjunto:

1. Sentencia de primera instancia de fecha 18 de junio de 2018 del Juzgado 13 Administrativo Oral de Bucaramanga.
2. Sentencia de segunda instancia de fecha 24 de mayo de 2021 del Tribunal Administrativo de Santander.
3. PDF de 119 páginas que contiene:
  - a. Folio 1. Resolución N° 141 de 30 de marzo de 2016.
  - b. Folio 3. Resolución N° 142 de 30 de marzo de 2016.
  - c. Folio 4. Certificado de fecha 27 de abril de 2016 expedido por la Asesora del Grupo de Gestión del Talento Humano de la entidad accionada, certificando tiempo de servicio y sueldo de mi representado.
  - d. Folio 5. Resolución N° 2014-10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES.
  - e. Folio 13. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de mi representado.
  - f. Folio 14. Oficio de 13 de julio de 2015 dirigido a la DIRECCION DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA por mi poderdante informando el reconocimiento de su pensión y manifestando su deseo de continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso , con el objeto de mejorar el quantum pensional.
  - g. Folio 15. Resolución N° 062 de febrero 21 de 2011.
  - h. Folio 22. Oficio N° 2016000084771 de 20 de abril de 2016 emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública.
  - i. Folio 25. Sentencia 1516-09 del Consejo de Estado.
  - j. Folio 30. Sentencia 2533-07 del H. Consejo de Estado.
  - k. Folio 40. Texto de la demanda em ejercicio del médio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por mi apoderada.
  - l. Folio 71. Oficio 13 de abril de 2016 emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública.
  - m. Folio 77. Alegatos de conclusión de mi apoderada.
  - n. Folio 95. Concepto del Ministerio Público.
  - o. Folio 104. Recurso de apelación de mi apoderada.
4. Concepto N° 204271 de 20 de junio de 2019 emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública

## **NOTIFICACIONES**

Indico como lugar para notificaciones las siguientes:

- El Tribunal Administrativo de Santander en la Dirección electrónica que aparece en la página de la rama judicial:

[ventanillatriadmsan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ventanillatriadmsan@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[sectribadm@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:sectribadm@cendoj.ramajudicial.gov.co)

- Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga en la Dirección electrónica que aparece en la página de la rama judicial:

[ofiserjamemorialesbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ofiserjamemorialesbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co)

- Mi dirección de correo electrónico para notificaciones:

[comandoghb@hotmail.com](mailto:comandoghb@hotmail.com)

Celular: 3175130593

Mi dirección: carrera 25 N° 36-84 Santa María de Cañaveral Torre C Apartamento 906  
Floridablanca (Santander).

Honorables Consejeros,



**GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**  
**C.C. N° 91'340.291 EXPEDIDA EN PIEDECUESTA**