



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

Consejero de Estado: Jorge Edison Portocarrero Banguera

Bogotá, D. C., seis (6) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado : 76001-23-31-000-2009-00304-01
Nº Interno : 1119-2023¹
Demandante : Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Demandado : Luis Carlos Charria
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho – Decreto 01 de 1984
Tema : Reconocimiento pensión sin requisitos legales (lesividad)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (a través de curador *ad litem*) contra la sentencia No. 138 del 28 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que accedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda²

1.1 Pretensiones

El director jurídico del Instituto de Seguros Sociales, ISS, hoy Colpensiones, en desarrollo de la facultad a él delegada mediante Resolución de nombramiento 3465 del 6 de julio de 2007, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad de su propio acto administrativo (lesividad), Resolución 13920 del 21 de diciembre de 2001, mediante la cual se concedió pensión de vejez y su respectivo retroactivo al señor Luis Carlos Charria.

¹ Expediente híbrido, parte digital disponible en: https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=760012331000200900304011100103

² Folios 66 a 73 del cuaderno 1



A título de restablecimiento del derecho, requirió que se ordene al demandado y/o eventuales beneficiarios sobrevivientes de la prestación, el reembolso del retroactivo y las mesadas ordinarias y adicionales, y demás prestaciones recibidas con ocasión de la pensión indebidamente reconocida. Así mismo, solicita que la condena sea indexada con los ajustes de valor desde la fecha del pago hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y el pago de los respectivos intereses moratorios.

Los hechos en que se fundan las pretensiones son los siguientes:

Relata que la entidad demandante reconoció pensión de vejez al demandado mediante Resolución 13920 del 21 de diciembre de 2001, en cuantía inicial de \$454.497, a partir del 23 de junio de 1997, en atención a 1.352 semanas cotizadas, ingreso base de liquidación de \$504.997, tasa de reemplazo del 90% y retroactivo pensional de \$39.454.122, el cual fue cancelado en febrero de 2002.

Expone que la gerencia nacional de historia laboral y nómina de pensionados de la vicepresidencia de pensión del ISS, realizó una auditoria selectiva de expedientes administrativos, mediante los cuales se reconocieron pensiones de vejez, encontrando que en el expediente del aquí demandado obraba historia laboral no generada por el sistema oficial del instituto.

Indica que cotejando la historia laboral que fundamentó el reconocimiento de la prestación al señor Luis Carlos Charria y la oficialmente expedida por el ISS, verificó que no contaba con las semanas válidamente cotizadas.

Por lo anterior, concluye que el reconocimiento de la pensión se efectuó de manera ilegal, dado que el asegurado tenía 64 semanas cotizadas, otorgándose una prestación a la que no tenía derecho.

Anota la entidad que a través de la Resolución 15491 del 7 de septiembre de 2007, el jefe del departamento de atención al pensionado de la seccional Valle del Cauca, abrió investigación administrativa para verificar la legalidad del reconocimiento, garantizando el debido proceso administrativo y el



principio de contradicción al señor Luis Carlos Charria, proceso al que no concurrió ni presentó pruebas.

Que mediante Resolución 12793 del 3 de octubre de 2007, el ISS, a través del funcionario respectivo, revocó directamente la Resolución No. 13920 del 21 de diciembre de 2001 que reconoció la pensión de vejez al demandado.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

De la Ley 100 de 1993, el numeral 2° del artículo 33, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Del Decreto 758 de 1990, el literal b) del artículo 12.

De la Constitución Política, el artículo 48 adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005.

La parte actora expuso que incurrió en violación a las normas legales y constitucionales cuando consideró que el demandando cumplía con el mínimo de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez.

Que el literal b) del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, establece el derecho a la pensión de vejez a las personas que cumplan 60 años o más de edad si es hombre y 55 años o más de edad si es mujer, y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o acreditar 1.000 semanas de cotización, en cualquier tiempo.

Que así mismo, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, indica como requisitos para obtener la pensión de vejez, haber cotizado un mínimo de las 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Apunta que dichas normas fueron violadas porque el demandado no cumplió con el requisito mínimo, ya que al verificar la historia laboral del señor Luis Carlos Charria se determinó que contaba con 64 semanas cotizadas; y que las 1.352 semanas que sirvieron de base para el reconocimiento pensional



no fueron realmente cotizadas al sistema general de pensiones, transgrediéndose las normas invocadas.

Que el Acto Legislativo 1 de 2005 señaló que el Estado garantizará los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, además que para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir requisitos como las semanas cotizadas o el capital necesario.

Que el ISS evitando que se continuara generando un detrimento al fondo común de naturaleza pública, revocó la resolución que reconocía la pensión con fundamento en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003.

2. Contestación de la demanda

Según auto interlocutorio del 21 de julio de 2022, proferido por la magistrada ponente del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca³, el curador *ad litem* que fue designado al demandado no contestó la demanda.

3. La sentencia de primera instancia⁴

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia 138 del 28 de septiembre de 2022, accedió a las pretensiones de la demanda (con condena en costas), para ello hace un recuento normativo y jurisprudencial referente al reconocimiento pensional sin que se hayan reunido los requisitos de ley y la devolución de las mesadas pensionales.

Estableció que la Corte Constitucional ha unificado jurisprudencia respecto al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el cual adquirió estatus de principio constitucional prioritario y transversal al salvaguardar los principios de equidad, igualdad y justicia que rigen el modelo de Estado colombiano.

Cita precedentes de la Corte Constitucional donde se establece que la figura de la revocatoria directa constituye una herramienta para la administración para ejercer control de legalidad a sus propias decisiones, siendo posible

³ Índice 73 del expediente electrónico de Samai del Tribunal

⁴ Índice 96 *ibidem*



invalidarlas, incluso sin el consentimiento del afectado; misma sentencia que determina que es compatible con la constitución, ya que la defensa del imperio de la ley es una obligación de la administración, donde en momentos le exige retirar actos contrarios a normas superiores, que no pueden continuar produciendo efectos jurídicos y generar inseguridad que ponga en entre dicho la credibilidad.

Sobre la viabilidad de la devolución de dineros, cita el inciso final del numeral 2º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que establece la posibilidad de demandar en cualquier tiempo los actos que reconozcan prestaciones periódicas, pero sin que haya lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, la cual en virtud del artículo 83 constitucional se presume frente a las actuaciones de los particulares, no obstante admitir prueba en contrario.

Que esta Corporación ha emitido pronunciamientos referentes a la devolución de lo pagado y la presunción de buena fe en pensiones reconocidas sin el cumplimiento de los requisitos legales, cuando se evidencia la mala fe con que actuó en sede gubernativa el demandado, o de forma malintencionada presenta documentos que no corresponden a la verdad para acceder a una prestación a la que no tiene derecho, lo que claramente desvirtúa la presunción constitucional y conlleva al «[...] *castigo de devolver las sumas que recibió sin tener derecho a ellas, debidamente actualizadas* [...]»

En el caso concreto, el Tribunal encontró probado que la entidad demandante reconoció al demandado pensión de vejez con base en la cotización de 1.352 semanas, no obstante, luego de investigaciones administrativas evidenció que sólo existió cotización de 64; situación que corrobora con sentencia proferida por el Tribunal de Cali, donde el caso del demandado fue uno de los múltiples en que se efectuaron reconocimientos pensionales sin tener derecho y con base en historias laborales que no fueron generadas por el ISS.

Por lo anterior, concluye que el demandado no cumplió con las semanas establecidas en la ley para acceder al reconocimiento pensional adoleciendo



el acto administrativo de falsa motivación; declarando su nulidad con la devolución de los dineros sufragados al contar con suficiente material probatorio que indica que la expedición del acto no se debió a un error de la administración, sino a la mala fe del demandado.

Por otro lado, señala que de manera oficiosa consultó la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, encontrando que la cédula de ciudadanía del accionado fue cancelada por muerte el 26 de septiembre de 2013, por lo que los efectos del fallo los aplica a sus herederos, de conformidad con el artículo 68 del Código General del Proceso.

Finalmente condena en costas a la parte vencida en el proceso, esto es al demandado, de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., al evidenciar temeridad y mala fe.

4. El recurso de apelación⁵

El curador *ad litem* de la parte demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia, para ello arguyó que no se encuentran los requisitos necesarios para configurarse la ilegalidad del acto administrativo demandado, pues se expidió con sujeción a las normas en que debía fundarse como lo es la Ley 100 de 1993, por funcionario competente, de forma regular y debidamente motivado; estimando que el acto administrativo goza de presunción de legalidad siendo legales sus efectos, y si bien la entidad alega que la pensión se otorgó con base en una historia laboral no generada por el sistema oficial del ISS, no aporta pruebas de tal afirmación, y contrario a ello reposa en el proceso la historia laboral expedida por ella donde consta un total de 1.352 semanas cotizadas por el demandado.

Por otro lado, señala el recurrente que el Tribunal analizó indebidamente la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado de conformidad con el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, ya que la Resolución No. 013920 del 21 de diciembre de 2001, no fue objeto de recursos quedando ejecutoriada según el numeral 3º del artículo 87 ibidem el 04 de enero de 2002, y que la demanda fue presentada el 26 de febrero

⁵ Índice 99 del expediente electrónico de Samai del Tribunal



de 2009, transcurridos más de 6 años luego de haber fenecido el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, operando el fenómeno de la caducidad de la acción.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 28 de abril de 2023⁶, el despacho sustanciador admitió el recurso de apelación en aplicación del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo (CCA). Así mismo, mediante providencia del 30 de junio del mismo año, dispuso correr traslado para la presentación de los alegatos de conclusión y emisión del concepto por parte del Ministerio Público⁷. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

5.1. Parte demandada⁸

Reitera los argumentos referentes a la presunción de legalidad del acto acusado y caducidad del medio de control, esgrimidos en el recurso de apelación interpuesto; con base en ello, solicita se revoque el fallo apelado y en su lugar se absuelva a su representado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La subsección es competente para conocer en segunda instancia de este proceso de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del CPACA.

2. Problema jurídico

Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si resulta jurídicamente viable confirmar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto enjuiciado. O en su defecto, es procedente su revocatoria

⁶ Folio 212 del cuaderno 1

⁷ Folio 214 ibidem

⁸ Índice 16 de Samai



por detentar la presunción de legalidad y haberse presentado la acción sin atención al término de caducidad.

Con el propósito de desatar el problema jurídico, se abordarán los siguientes aspectos: 2.1 De la presunción de legalidad de los actos administrativos, 2.2 término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el Decreto 01 de 1984, 2.3 Hechos probados; y 2.4 Caso concreto.

2.1 De la presunción de legalidad de los actos administrativos

Se ha definido en la doctrina jurídica la naturaleza de los actos administrativos como las decisiones de carácter unilateral de la administración que producen efectos jurídicos, actos que son susceptibles de examen por vía judicial por parte de esta jurisdicción a través de medios de control, como los establecidos en la otrora norma vigente artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984, o en los instituidos en la Ley 1437 de 2011. Así las cosas, estas manifestaciones de la voluntad de la administración gozan de lo que se ha denominado los atributos de los actos administrativos, como lo son la ejecutoriedad, la ejecutividad y la presunción de legalidad; esta última desencadenada del sometimiento obligatorio de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, por lo que en vía judicial se tiene la carga procesal de desvirtuar la presunción de legalidad que, *per se*, reviste al acto.

Son múltiples los pronunciamientos frente a la presunción de legalidad de los actos administrativos que ha realizado esta Corporación, los cuales se han efectuado antes y después de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, pero que siguen teniendo vigencia dado que, sustancialmente, la teoría del acto administrativo no ha sufrido variaciones significativas.

Así se ha sostenido⁹:

Los actos administrativos son válidos cuando han cumplido los requisitos establecidos por el ordenamiento

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, M.P. Rocío Araujo Oñate, expediente 81001-23-33-000-2012-00039-04.



jurídico, lo cual se traduce en que, en su expedición, la administración haya observado con rigor los elementos de competencia, objeto, forma, causa y finalidad. La conformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico se materializa en la denominada presunción de legalidad, positivizada novedosamente en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. De ahí que, no obstante el acto administrativo se presuma ajustado al ordenamiento jurídico, dicha presunción pueda ser controvertida ante el juez contencioso administrativo quien, a través de la sentencia, podrá declarar o no la nulidad del acto y, en consecuencia, desvirtuar dicha presunción demostrando la existencia de vicios en los elementos de validez del acto (falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder)

De otro lado, la eficacia de los actos administrativos se relaciona con la producción de los efectos jurídicos para los cuales fueron expedidos, es decir, que resulten oponibles a sus destinatarios. En este sentido, será la publicidad de los mismos el requisito para que puedan surtir tales efectos (publicación, comunicación o notificación). En consecuencia, su inobservancia ya no se configura como una causal de nulidad del acto, tal y como acontece en relación con los elementos de validez, sino en la ineficacia del mismo.

[...]

En la medida en que los actos administrativos produzcan efectos, se trate de actos de carácter general o particular, podrán ser controlados por el juez contencioso administrativo aún en el evento en que hayan sido derogados o revocados con posterioridad a su expedición porque, precisamente, la revocatoria impide que el acto revocado se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto administrativo tuvo eficacia, comoquiera que esta labor es del resorte exclusivo del juez contencioso administrativo. Por lo anterior, un acto administrativo revocado que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien finalmente decidirá si dicho acto revocado fue expedido en su momento observado los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad.

Consecuencia de lo precedente, es que, como toda presunción legal, la de legalidad del acto admite prueba en contrario, por lo que el Código Contencioso Administrativo, aplicable al momento de interponerse el presente medio de control, en su artículo 84 estableció las causales de



nulidad de los actos administrativos, a saber: (i) infracción de las normas en que debían fundarse, (ii) incompetencia del funcionario u organismo que expidió el acto administrativo, (iii) expedición irregular, (iv) desconocimiento del derecho de defensa y audiencia, (v) falsa motivación y (vi) desviación de poder; causales que tienen como objetivo demostrar que cada elemento que integra el acto administrativo para su existencia y validez esté conforme o no con el ordenamiento jurídico que lo gobierna, y al configurarse la causal se desvirtúa la presunción de legalidad que lo arropa.

Ahora bien, respecto a la falsa motivación se encuentra relacionada sustancialmente con el principio de legalidad, en el sentido que afecta el elemento causal del acto administrativo y el control de los hechos fundantes de la decisión; siendo la razón que da la administración y que resulta simulada, engañosa o carente de veracidad; es decir, las circunstancias de hecho y de derecho que se invocan para la expedición del acto administrativo que constituyen su motivación, no corresponde con la decisión o disfrazan los motivos reales para su expedición. Así las cosas, es necesario para su prosperidad demostrar circunstancias como: i) que los hechos tenidos en cuenta como motivos fundantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación; o ii) que la autoridad administrativa omitió hechos que sí estaban probados y de ser considerados habrían conducido a una decisión disímil.

En lo referente a los elementos que integran la falsa motivación, la sección segunda de esta Corporación ha indicado:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que índice a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado¹⁰.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, expediente (1218-2012)



En conclusión, los anteriores eventos deben encontrarse debidamente probados por el juez contencioso administrativo al momento de la declaratoria de nulidad por dicha causal, lo que conlleva al desaparecimiento del ordenamiento jurídico del acto administrativo y de sus efectos.

2.2 Término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el Decreto 01 de 1984

Es necesario el estudio del término de caducidad señalado en el Decreto 01 de 1984, a pesar de haber sido derogado por la Ley 1437 de 2011, que entró en vigencia el 2 de julio de 2012; pues al momento de impetrarse el presente medio de control, la primera era la norma que gobernaba el procedimiento contencioso administrativo.

Concretado lo precedente, encuentra la Sala que el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo (CCA), estableció la denominada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y a su vez fijó el término de caducidad en el artículo 136 *ibidem*, así:

ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.

[...]

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

[...]

7. Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición.

[...]

De lo anterior se desprende que, para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se tiene, en principio, el término de caducidad de 4 meses siguientes a su eficacia, pero establece la



norma que aquellos actos mediante los cuales se reconozcan prestaciones con el carácter de periódicas, es decir que se causan mes a mes o de manera sistemática, existe la posibilidad, tanto para la administración como para el interesado, de demandarse en cualquier tiempo; no obstante, las prestaciones pagadas de buena fe no dan lugar a recuperarse.

Por otra parte, el numeral 7° establece que cuando el actor sea una persona de derecho público que demande su propio acto, modalidad de lesividad, la caducidad ya no será de 4 meses, como se indica en el numeral 1° de la norma en cita, sino de 2 años siguientes a su expedición.

Así pues, es posible que cuando la administración demande su propio acto administrativo y este reconozca prestaciones periódicas, proceda a demandarlo en cualquier tiempo, es decir no queda sujeto al término de caducidad de 4 meses; posibilidad que no excluyó las acciones de lesividad, ya que, en suma, pretenden el imperio del orden jurídico.

2.3 Hechos probados

i) Resolución 13920 del 21 de diciembre de 2001, mediante la cual el jefe del departamento de atención al pensionado de la entidad demandante, reconoce pensión de vejez al señor Luis Carlos Charria al cumplir 60 años de edad y se efectuó su liquidación con base en 1.352 semanas cotizadas, a partir del 23 de junio de 1997; con el correspondiente retroactivo por valor de \$39.454.122 (f. 4 del cuaderno 1).

ii) Formulario de solicitud de pensión de vejez por parte del señor Luis Carlos Charria de fecha 30 de mayo de 2001, indicando como su último empleador “Correa Hnos” (f. 5 reverso del cuaderno 1)

iii) Resolución 1279 del 3 de octubre de 2007, a través de la cual el jefe de atención al pensionado del ISS, revoca la Resolución 13920 del 21 de diciembre de 2001, que reconoció la pensión de vejez al señor Luis Carlos Charria, al determinar dentro de auditoria selectiva que en el reconocimiento



de la pensión del señor Charria no obraba historia laboral generada por el sistema oficial de la entidad de previsión, que es la que contiene la información válida y veraz de los aportes de sus afiliados; que por lo anterior, se cotejó la historia laboral que reflejó los periodos reportados base del reconocimiento pensional, con la historia válidamente expedida por la gerencia nacional de historia laboral y nómina de pensionados del ISS, concluyendo que sólo contaba con 64 semanas válidamente cotizadas. Dicho acto administrativo fue notificado al señor Charria a través de citación personal y edicto, sin que se interpusiera ningún recurso, según constancia de ejecutoria. (fls. 7 a 19 del cuaderno 1)

iv) Certificación del 13 de septiembre de 2007 suscrita por el gerente nacional de historia laboral y nómina de pensionados del ISS, donde indica que revisada la información de la base de datos de la historia laboral de los afiliados a la entidad, encontró aportes a los riesgos de invalidez, vejez y muerte del señor Luis Carlos Charria con cédula de ciudadanía No. 6.050.937, equivalente a 64 semanas. También obra reporte de semanas cotizadas al ISS del mencionado señor, donde se indica como periodos pagados desde 1978/04/05 hasta 1978/05/08 (34 días) y de 1979/02/05 a 1980/03/24 (414 días); total 448 días equivalentes a 64 semanas. (fls. 29 a 31 cuaderno 1)

v) Reporte de retiro de pensión de nómina de mayo de 2007 del demandado, fecha del retiro 09/05/2007, causal irregularidad. (f. 37 cuaderno 1)

vi) Reporte de semanas cotizadas periodo 1967 – 1994 de la vicepresidencia de pensiones, del afiliado Luis Carlos Charria documento 6050937, donde se relacionan afiliaciones desde el año 1967 a 1980. (fls. 39 a 47 cuaderno 1)

vii) Relación de periodos de afiliación del demandado al ISS, desde los años 1968 a 1994, registrando un total de 1.352 semanas. (fls. 58 y 59 del cuaderno 1)

viii) Solicitud de pensión del demandado del 26 de julio de 2001, donde se anexa copia de documento de identidad (contraseña), certificado de



bautismo y resumen de historia laboral señalando 1.352 semanas cotizadas. (fls. 60 a 64 del cuaderno 1)

ix) Prueba trasladada por la magistrada sustanciadora del Tribunal¹¹, consistente en acta de proyecto aprobado del 19 de mayo de 2017, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, revisa por vía de apelación, la sentencia ordinaria 015 del 19 de diciembre de 2016, proferida el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali dentro del proceso penal adelantado en contra de varias personas debido a irregularidades en los expedientes encontrada por funcionarios del ISS, donde se habían reconocido derechos pensionales con base en la información que reposaba en la historia laboral, que difería en datos (número de semanas cotizadas, periodos, empleador, entre otros) de la que se encontraba en el sistema a nombre de los pensionados, por lo que se venían reconociendo pensiones de manera irregular.

En dicho fallo el Tribunal Superior de Cali comprobó:

En la investigación penal adelantada contra el encartado se logró determinar que Héctor Fabio Llanos Marmolejo, quien tenía una amplia experiencia en el ISS desde 1985 en el área de pensiones - liquidación-, siendo hermano del también procesado y abogado Juan de Dios Llanos Marmolejo, quien tramitó varias de las pensiones reconocidas ilegalmente, actuó como liquidador en el reconocimiento irregular de las prestaciones.

Se le relacionó con las pensiones fraudulentas reconocidas a varias personas, entre esas la de vejez a Anunciación Marmolejo, tía de los procesados Llanos Marmolejo quien claramente indicó que fue su sobrino Héctor Fabio -para quien trabajó por años en labores domésticas- quien le ofreció una pensión de vejez -pese a no haber cotizado nunca-, la cual fue tramitada por el abogado Juan de Dios Llanos Marmolejo, quien recibió el retroactivo por valor de \$55.629.762.00 -folios 149 CO 1 Y 106 CO 2-

Se identificaron además casos en los que actuó como liquidador en los que se reconoció las pensiones sin cumplir los requisitos, como son los de: Diógenes García Rojas, Velino Domínguez Arana, Omar Cortés y Agobardo Millán Libreros, quienes al unísono informaron que los retroactivos

¹¹ Índice 74 del expediente electrónico de Samai del Tribunal



fueron entregados al abogado y también procesado Juan de Dios Llanos Marmolejo.

Además de otros casos como los de **Luis Carlos Charria**, Jaime Alfredo Reyes González, Dagoberto Machado Rojas -sin una sola semana de cotización-, Leonel Mondragón Libreros -esposa de su prima-; Flor de María Torres, Aría Nancy Gordillo Díaz, Diógenes García Rojas -marido de su tía Ana Alicia Zorrilla Marmolejo-, Julián Caicedo Cuadros, Mérida Gallego Loayza, Agobardo Millán Libreros, Leonel Lozano Quintero, Yolanda Solís, Omar Cortés, Gildardo Alfonso Jaramillo Elorza, Ubaldo Antonio Sáenz, Jorge Enrique Rivera, Jenaro Peña Candelo, Marco Tulio Ospina Escobar, Noel Alberto Moncada Idárraga -esposo de su prima suya-, Alba Lucía Jiménez de Camacho, Luis Enrique Triana Llanos -familiar- , María Amparo RADICADO: 02-201.0-00193 PROCESADOS: 'LECTOR FADIO LLANOS Y OTROS Sentencia de Segunda Instancia M.P. OR.SUAN MANUEL TELLO SÁNCHEZ 75 Rodríguez Marulanda -madre de Sandra Lilibiana Ramírez Rodríguez-, Ana Beiba Libreros de Mondragón -suegra de su prima-, María Eudocia Herrera Valencia, Blanca Cecilia Grajales de Franco, todas en las cuales actuó como liquidador sin que en ninguno de los casos los mencionados tuvieran derecho. (Destaca la sala)

2.4 Caso concreto

Para resolver, encuentra la sala de decisión que, el debate en sede de apelación se circunscribe a dos circunstancias específicas: 1. Determinar si está probado dentro del expediente la causal de nulidad del acto en la medida que logre desvirtuar su presunción de legalidad. 2. El medio de control fue interpuesto dentro del término de caducidad señalado en la norma vigente al momento de interponerse la demanda, esto es Decreto 01 de 1984.

Frente al primer planteamiento del recurso de alzada halla la sala que, contrario a lo señalado por el curador del demandado, es evidente del material probatorio arrimado al expediente que el acto administrativo que reconoció el derecho pensional a su defendido adolece de falsa motivación, pues está certificado por parte del funcionario encargado del área de historia laboral y nómina que el número de semanas por él cotizadas al ISS fue de 64, inverso a las señaladas en el acto objeto de demanda, que ascienden a la suma de 1.352, información que dio lugar a motivar la decisión de la administración de manera falsa o contraria a la verdad, resaltando de sumo



la existencia de una divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que claramente incidió en la producción de un acto que reconoció un derecho por el supuesto cumplimiento de unos requisitos legales, semanas de cotización; los cuales sirvieron como fuente a la administración para proceder no solo a reconocer el derecho, sino a disponer el pago de una pensión y su respectivo retroactivo sin el cumplimiento de requisitos legales.

Esto cobra mayor relevancia, con la sentencia emitida dentro del proceso penal adelantado en contra de servidores del ISS, por delitos de uso de documento público falso, fraude procesal, peculado por apropiación en la modalidad de continuado, entre otros; donde se hallaron varias pensiones reconocidas por la entidad de manera fraudulenta, entre las cuales se encuentra la reconocida al señor Luis Carlos Charria.

Así las cosas, se encuentra debidamente desvirtuada la presunción de legalidad del acto enjuiciado, pues resalta evidente la falsa motivación del mismo, circunstancia que llevó a su posterior revocatoria directa y exclusión de nómina de pensionados del demandado, sin que se observe que en ninguno de dichos trámites administrativos haya alegado o presentado prueba alguna que desvirtuara la irregularidad en el reconocimiento pensional. Por lo precedente, en este punto el fallo del tribunal se confirma.

Haciendo referencia al segundo punto del recurso de alzada, se determina que tampoco está llamado a prosperar, dado que no le asiste razón al recurrente al indicar que las normas aplicables al presente caso son aquellas contempladas en la Ley 1437 de 2011 citadas en su recurso, preceptos que iniciaron su vigencia a partir del 2 de julio del año 2012, cuando esta acción fue interpuesta ante esta jurisdicción desde el 26 de febrero de 2009¹².

Por otro lado, en atención a las normas efectivamente aplicables, tampoco encuentra esta subsección que se haya presentado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, pues al tratarse de prestaciones periódicas, derecho pensional, bien podía efectuarlo en cualquier tiempo, siempre que se siguiera devengando la prestación. Por ello, está probado en el *dosier*

¹² Folio 74 cuaderno principal



que el retiro de nómina del accionado se produjo el 9 de mayo de 2007¹³, por lo que, si en gracia de discusión se aplicará el término de caducidad de dos años de que trata el entonces vigente numeral 7° del artículo 136 del CCA, la entidad tuvo hasta el 10 de mayo de 2009 para interponer la acción, y como se dijo, la impetró el 26 de febrero de 2009, encontrándose dentro del término.

Ahora bien, aunque en el fallo apelado el Tribunal indica en el ordinal segundo de la parte resolutive que el cobro de la condena se extenderá a los herederos del señor Luis Carlos Charria en atención al art. 68 del CGP, debe decirse que el cobro que adelante la entidad demandante se ceñirá, ineludiblemente, a las garantías propias del derecho de defensa y debido proceso frente a ellos.

Es decir, no puede entenderse que el cobro sobre los herederos obre de manera automática.

2.5 Condena en costas

Es de indicar que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., deja a disposición del juez valorar la procedencia o no de la condena en costas, examinando la actuación procesal de la parte vencida, debiendo tener certeza de su causación y que la conducta desplegada adolece de temeridad y mala fe, pues no basta el simple hecho de las resultas del proceso.

En el caso concreto, si bien es cierto que la parte demandada fue vencida, no es menos que, revisado su proceder a lo largo de la actuación de primera y segunda instancia, no se evidencia temeridad o mala fe, sino simplemente la defensa propia de sus intereses, razón por la cual no se condenará en costas en esta instancia y se revocará la condena que hiciera el tribunal *a quo*. Esto, en razón a que no puede hacerse extensiva la mala fe encontrada en la actuación administrativa y que sirvió de motivo para la declaratoria de nulidad del acto, a la actuación dentro del presente proceso, pues considera el tribunal en la parte motiva que «*Teniendo en cuenta la actitud asumida por*

¹³ Folio 37 cuaderno 1



las partes, de acuerdo con lo establecido en el y dado que se evidenció temeridad y mala fe del demandado, la Sala lo condenará en costas.»

III. DECISIÓN

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que accedió a las pretensiones de la demanda, excepto lo relacionado con la condena en costas, que se revoca.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 138 del 28 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que accedió las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, excepto lo relacionado con la condena en costas, que se revoca.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente
JORGE EDISON PORTOCARRERO BANGUERA

Firmado electrónicamente
JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS