

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Magistrado: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

**REFERENCIA:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** LUIS BENIGNO CUESTA  
**DEMANDADO:** NACIÓN - MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS  
**RADICACIÓN:** 50001-23-31-003-2010-00283-02

Encontrándose el presente asunto para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2014 por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, observa el Despacho que se presenta una falta de jurisdicción, causal de nulidad insaneable que debe ser declarada y que impide proferir decisión de fondo, teniendo en cuenta los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

Ante esta jurisdicción, el ciudadano LUIS BENIGNO CUESTA REAPIRA en calidad de representante y guardador del interdicto OSCAR JAVIER CUESTA CORTES, por intermedio de apoderado judicial, promovió acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN - MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL - INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - PENSIONES - SECCIONAL CUNDINAMARCA, con el fin de que estimen las siguientes:

#### 1. Pretensiones.

Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos: 006060 del 29 de octubre de 2009 y 018338 del 15 de junio de 2005, por medio del cual se le concedió la sustitución pensional a la señora MARINA FRANCO HENAO.

Que se suspenda el pago de la sustitución pensional que se le viene efectuando a la señora MARINA FRANCO HENAO, con el fin de evitar un perjuicio más gravoso para el interdicto OSCAR JAVIER CUESTA.

Como restablecimiento del derecho, solicita se ordene al señor Director del Seguro Social se acrecenté la sustitución pensional de OSCAR JAVIER CUESTA hasta un 50% y se

paguen debidamente indexadas las mesadas que han dejado de cancelar desde el reconocimiento de la pensión sustitutiva.

Finalmente, pretende que se reconozcan los intereses moratorios que se causen a partir del momento de la ejecutoria y se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del C.C.A.

## 2. Hechos.

Indica que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, mediante Resolución No. 018338 del 15 de junio de 2005, concedió pensión de vejez al asegurado JOSÉ MANUEL CUESTA REAPIRA.

Expone que, el señor CUESTA REAPIRA falleció el 14 de julio de 2002, por lo cual a partir del 1 de junio de dicha anualidad le fue sustituida la pensión de vejez en un 50% a favor de la señora MARIA FRANCO HENAO, en calidad de compañera permanente y el restante 50%, a los menores DIEGO ALEJANDRO FRANCO y OSCAR JAVIER CUESTA CORTES, en proporciones iguales, esto es, el 25% para cada uno respectivamente en calidad de hijos del causante.

Señala que, el demandante, en calidad de representante legal y guardador del menor OSCAR JAVIER CUESTA CORTES, apeló la resolución mediante la cual se le reconoció el 50% de la sustitución pensional a la señora MARINA FRANCO HENAO, por cuanto la beneficiaria no cumplía con los requisitos para acceder a la mencionada pensión y su solicitud estaba soportada en pruebas falsas.

Manifiesta que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES resolvió de manera negativa el recurso de apelación impetrado por el señor CUESTA REAPIRA.

Refiere que, ante la Fiscalía 11 Seccional de Villavicencio cursa investigación penal en contra de la señora MARINA FRANCO HENAO, por el delito de fraude procesal y otros.

## 3. Contestación de la demanda.

Encontrándose dentro del término legal, el apoderado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS, contestó la demanda<sup>1</sup>, señalando su oposición a las pretensiones y proponiendo como excepción previa la de falta de competencia territorial, toda vez que a quien le corresponde conocer del presente asunto es al Juez Administrativo del Circuito de Bogotá en atención a que domicilio principal de la entidad es la ciudad de Bogotá D.C. y, de otra parte, teniendo en cuenta que fue la Seccional de Cundinamarca quien reconoció la pensión y las sustituciones pensionales.

De otra parte propuso como excepciones de fondo: (i) "CADUCIDAD DE LA ACCIÓN", manifestando que las reclamaciones en lo referente al ISS parten de la Resolución No. 018338 del 15 de junio de 2005, (ii) "PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS

<sup>1</sup> fols. 72-75 del cuaderno de primera instancia

MESADAS PENSIONALES” argumentando igualmente que se reconoció la pensión en el año 2005 y a la fecha de presentación de la demanda ya se ha hecho efectivo el transcurso del tiempo que afecta las mesadas pensionales, y (iii) “FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO AL NO CITARSE COMO DEMANDADA A LA COMPAÑERA MARINA FRANCO HENAO EN LA ACCIÓN.”

#### 4. Sentencia apelada.

El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio, en decisión del 30 de septiembre de 2014<sup>2</sup>, negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que las pruebas acopiadas, en principio, son suficientes para que el ISS concediera a la señora MARIA FRANCO HENAO, la sustitución pensional en un 50% que reclamó como compañera permanente, pues la declaración extrajuicio presentada por aquella fue aceptada de manera objetiva y adecuada, en sede administrativa, toda vez que este mecanismo puede considerarse suficiente por cuanto supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto.

Expuso que el hecho de que el ISS no exigiera otros argumentos para reconocer la pensión sustitutiva que demostrara a saciedad el requisito de la convivencia, no era un argumento válido para declarar nulas las resoluciones demandadas.

Respecto a los documentos que conforman el expediente penal allegado por parte de la Fiscalía Tercera Seccional, manifestó que solo se tendrán en cuenta los documentos e informes técnicos, pues los testimonios adelantados dentro del citado proceso requieren de ratificación conforme a lo dispuesto en el artículo 229 del C.P.C., lo cual en el presente asunto no se presentó.

#### 5. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión del *a quo*, el apoderado de la parte actora, interpuso en forma oportuna recurso de apelación<sup>3</sup> solicitando que se revoque la sentencia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

Expuso que dentro del proceso penal adelantado por la Fiscalía, la señora MARINA FRANCO HENAO si tuvo conocimiento de las pruebas practicadas y la oportunidad de controvertirlas, por intermedio de su defensor, por lo tanto no es cierto que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 185 del C.P.C., no obstante, añadió que, si las mismas no pueden ser analizadas como pruebas directas, si deben tenerse en cuenta como pruebas indirectas o indiciarias, pues al analizarlas en conjunto con los demás elementos de prueba que obran en el proceso se llega a la conclusión de que efectivamente existe fundamento para decretar la nulidad de las resoluciones demandadas.

De otra parte, señaló que, la Ley 54 de 1990, modificada por el artículo 2 de la Ley 797

<sup>2</sup> Folios 194 a 202 del cuaderno principal.

<sup>3</sup> Folios 205-208 del cuaderno de primera instancia y 25-27 del cuaderno de segunda instancia

de 2005, estableció los mecanismos para la declaratoria de las uniones maritales de hecho, los cuales no acreditó la señora MARINA FRANCO HENAO, pues tan solo allegó una declaración extrajuicio de ella misma para acceder a la pensión de sobreviviente o sustitutiva.

## 6. Trámite procesal.

Mediante proveído del 09 de junio de 2017<sup>4</sup>, al reunir todos los requisitos de ley, se admitió el recurso de apelación promovido por la parte demandante, así mismo, a través de auto del 10 de octubre de 2014<sup>5</sup> se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, las cuales guardaron silencio. Por su parte el Ministerio Público emitió concepto.<sup>6</sup>

Precisado lo anterior, y teniendo en cuenta que en este proceso se resuelve la legalidad de las Resoluciones Nos. 006060 del 29 de octubre de 2009 y 018338 del 15 de junio de 2005, proferidas por el Seguro Social, mediante las cuales se concedió sustitución pensional a la señora MARINA FRANCO HENAO en calidad de compañera permanente y a DIEGO ALEJANDO CUESTA FRANCO y OSCAR JAVIER CUESTA, en calidad de hijos del causante, por el fallecimiento del asegurado JOSE MANUEL CUESTA REAPIRA, se procederá a establecer si esta jurisdicción es la competente para realizar el estudio de los actos administrativos acusados de nulidad ya que de la revisión de los reportes de las semanas cotizadas del asegurado figura como empleador el Banco Ganadero y el demandante como independiente.

## II. CONSIDERACIONES:

### 1. Hechos probados:<sup>7</sup>

1.1 Mediante resolución No. 025290 del día 18 de octubre de 2002, el Seguro Social reconoció pensión por vejez al asegurado JOSÉ MANUEL CUESTA REAPIRA, a partir del 1 de junio de 2002, en cuantía de \$1.665.444.

1.2 Según el reporte de semanas cotizadas del Seguro Social, con el empleador BANCO GANADERO le figuran las siguientes cotizaciones:

Desde	Hasta
1968/04/15	1970/01/12
1971/04/01	1980/09/02
1980/09/01	1980/09/02
1985/09/01	1994/12/31

1.3 Como independiente, esto es, como empleador CUESTA REAPIRA JOSE MANUEL, se registran los siguientes periodos:

<sup>4</sup> Folio 5 del cuaderno de segunda instancia.

<sup>5</sup> Folio 6 ibídem.

<sup>6</sup> Folios 7-13 del cuaderno de segunda instancia.

<sup>7</sup> Ver expediente prestacional contenido en CD obrante a folio 174 del cuaderno de primera instancia

Desde	Hasta
2000/09	2000/10
2001/02	2001/11

1.4 El asegurado JOSE MANUEL CUESTA REAPIRA falleció el 14 de julio de 2002.

1.5 Mediante Resoluciones No. 018338 de 15 de junio de 2005 y 6060 del 29 de octubre de 2009, se concedió sustitución pensional a la señora MARINA FRANCO HENAO en calidad de compañera permanente del fallecido CUESTA REAIRA y los hijos de éste, OSCAR JAVIER CUESTA y JOSE MANUEL CUESTA REAPIRA, actos administrativos sobre los cuales solicita su declaratoria de nulidad.

## 2. Naturaleza jurídica del Banco Ganadero.

Inicialmente, la ley 26 de 1959, definió la naturaleza jurídica del Banco Ganadero como una entidad de economía mixta con personería jurídica, en cuyo capital tendría participación el Estado y los accionistas particulares (art. 18), capital que se determinó en cien millones de pesos (\$100.000.000.00) en moneda colombiana, dividido en diez millones de acciones, de valor nominal de \$ 10.00 cada una (art. 20), de cuyo capital el Estado debió suscribir y pagar acciones en cuantía de \$ 20'000.000.00, para lo cual se autorizó abrir créditos y hacer traslados necesarios en el presupuesto de la actual y sucesiva vigencia (art. 21) y, el aporte correspondiente de los particulares, esto es los \$80'000.000.00 sería cubierto con la suscripción de acciones por parte de los ganaderos (art. 22).

En la *página web* de la entidad, como antecedente de su naturaleza jurídica, se encuentra que el Banco Ganadero *“se constituyó en junio de 1956 en el marco de la Primera Feria Exposición Agropecuaria y con el apoyo de ganaderos del país. La Ley 26 de 1959 definió la naturaleza jurídica del Banco como de economía mixta, con capital del sector oficial y el privado con el 20% y 80% en acciones respectivamente. En 1992 se modificó su naturaleza jurídica y en adelante desarrolla sus actividades como sociedad anónima. En 1996 el Banco Bilbao Vizcaya (BBV) adquirió el 34.70% del capital social, mediante martillo de venta y suscripción directa de acciones. En 1998 BBV incrementó su participación al 49,14% mediante una Oferta Pública de Intercambio (OPI); en ese mismo año modificó la razón social a BBV Banco Ganadero y en el 2000 a BBVA Banco Ganadero. En el año 2001 se realizó en EEUU y en Colombia una OPA simultánea de acciones de Banco Ganadero en virtud de la cual BBVA adquirió acciones ordinarias y con dividendo preferencial incrementando su participación al 94.16% del capital del Banco (...)”*<sup>8</sup>

Respecto al porcentaje de participación del Estado sobre el Banco Ganadero, el Consejo de Estado al realizar la revisión del reajuste de una pensión mensual vitalicia de jubilación de una persona que laboró al servicio de la citada entidad bancaria, indicó:<sup>9</sup>

<sup>8</sup> [https://www.bbva.com.co/fbin/mult/Informe\\_anual\\_2016\\_tcm1304-654279.pdf](https://www.bbva.com.co/fbin/mult/Informe_anual_2016_tcm1304-654279.pdf)

<sup>9</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Providencia de fecha 18 de noviembre de 1970. Consejero Ponente: Rafael Tafur Herren (230-CE-SEC4-1970-11-18)

"Efectivamente el Banco Ganadero está clasificado por la Ley como una Sociedad de Economía Mixta y con el porcentaje de capital oficial, que la Fiscalía anota; (20%). Estas Sociedades son "organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, "creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley." (Decreto 1050 de 1968, artículo 8o.).

General como es la disposición anteriormente transcrita, ha dejado en vigencia sin duda disposiciones como las de la Ley 151 de 1959 que permiten distinguir varios órdenes de sociedades de este tipo, ya que dentro del marco de la noción de Sociedades de Economía Mixta se agrupan entidades de índole variada, con diferentes finalidades y diverso grado y proporción de aportes del Estado subsistiendo como común característica, no obstante, la integración de su patrimonio con aportes del Estado y de los particulares y el carácter industrial o comercial de su objeto.

Tales normas permiten distinguir dos categorías de Sociedades de Economía Mixta (entidades semioficiales según su terminología), categorías a las cuales puede agregarse una tercera que surge de la propia Reforma expresada.

En efecto:

De acuerdo con la disposición del artículo 4o. de la Ley 151 de 1959 "sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados", para efectos del artículo 64 de la Constitución Nacional se entiende por: "empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado" las compañías, establecimientos bancarios, asociaciones, institutos u organismos en que la Nación, los Departamentos, los Municipios, otra y otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento (50%) o más del patrimonio o capital de la respectiva empresa o institución, como también aquellas instituciones u organismos a que se refiere el artículo 2o. de la presente Ley".

Distingue así la ley 151 dos categorías de sociedades de participación mixta: aquellas en las cuales el Estado es accionista mayoritario y otras en las cuales la participación privada es mayoritaria.

Según la participación mayoritaria o minoritaria del Estado en la composición del Capital Social, se derivan estas consecuencias:

Cuando se trate de entidades en las cuales el Estado posee el 53% o más de las acciones en las cuales está representado el capital, el control fiscal sobre ellas compete al Contralor General de la República.

En este mismo supuesto se considera que el patrimonio de esas entidades es "Tesoro Público" y por tanto, a los funcionarios a ellas vinculados se debe aplicar la incompatibilidad consagrada en el artículo 84 de la Constitución".

Son las primer grupo o categoría.

La segunda categoría la constituyen de consiguiente aquellas sociedades en que el Estado es accionista minoritario (menos del 50% del capital).

Si bien es cierto que tanto las sociedades en que el estado es accionista mayoritario como aquellas en que lo es minoritariamente apenas, en su organización y en el desarrollo de sus actividades se rigen por el Derecho Privado, no lo es menos que las del primer grupo

están sujetas a especiales controles, como se ha visto, y tienen una naturaleza especial que las aproxima a verdaderas empresas públicas con participación privada. Las del segundo grupo, por el contrario, son más típicamente empresas privadas con participación estatal.

La tercera categoría emanada de la Reforma Administrativa (artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968) es la constituida por aquéllas sociedades en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social; "Se someten – reza la disposición – al régimen previsto para las Empresas industriales y Comerciales del Estado". Esto es, al régimen de las entidades descentralizadas creadas o autorizadas por la Ley que también desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial. Conforme a las reglas del derecho privado, tienen personería jurídica, y autonomía administrativa y "capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación" especial" (artículo 6o. Decreto 3130). Por lo cual su organización y la tutela gubernativa a que están sometidos se rige por el Derecho Público.

Ahora bien:

Son empleados públicos "las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencia y Establecimientos Públicos" dice el artículo 5o. del Decreto 3)35 de 1968, agregando que, sin embargo, si trabajan "en la construcción y sostenimiento de obras públicas" son trabajadores oficiales. Como lo son también (trabajadores oficiales) de acuerdo con el 2o. inciso de la disposición " las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado"

Si bien estas Empresas han de precisar en sus estatutos " qué actividades de dirección y confianza deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

No menciona para nada esta disposición como empleados oficiales empleados públicos y trabajadores oficiales a las personas que prestan sus servicios en las Sociedades de Economía Mixta. Quizá con aplicación del artículo antes visto, 3o. del Decreto 3130 de 1968, haya de concluirse que si la participación del Estado en dichas Sociedades es del 90% o más, sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales. Pero en los otros dos grupos de Sociedades de Economía Mixta, no. Mucho menos en tratándose de entidades como el Banco Ganadero, en las que por tener el Estado una participación minoritaria, son propiamente empresas privadas con participación estatal." (sic) (Destaca el despacho)

Ahora, sobre la calidad de los trabajadores al servicio de las sociedades de economía mixta, en atención a la consulta formulada por el Ministro de Agricultura, el Consejo de Estado, señaló: <sup>10</sup>

"12. Clasificación de las sociedades de economía mixta y conclusiones.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala estima conveniente hacer una clasificación de los diversos tipos de sociedades de economía mixta y determinar sus efectos jurídicos. A ello procede en la forma siguiente:

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. 24 de noviembre 1987. Radicación número: 149

**1. Sociedades de economía mixta con participación minoritaria del Estado (Menos del cincuenta por ciento del capital social). Son empresas comerciales de carácter privado con aporte estatal.**

Aportes estatales son los que hacen la Nación, las entidades territoriales (Departamentos, Intendencias, Comisarias o Municipios) o los organismos descentralizados de las mismas personas. Cuando el aporte lo haga una sociedad de economía mixta, se entiende que hay aporte de capital público en el mismo porcentaje o proporción en que la sociedad aportante tiene, a su vez, capital público o estatal dentro de su capital social (Código de Comercio, art. 467).

**Los servidores de estas empresas son trabajadores particulares. Sus contratos se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo adicionan o reforman; sin perjuicio de lo establecido por las respectivas convenciones o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones del derecho colectivo de trabajo comprendidas en el Código Laboral.**

**2. Sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado (Cincuenta por ciento o más del capital social sin llegar al noventa por ciento). Son empresas comerciales de carácter semióficial.**

A esta clase de sociedades les es aplicable el artículo 64 de la Constitución Política y algunas normas especiales contenidas en la ley. Veamos:

Sus servidores no podrán recibir, además de su remuneración correspondiente, asignación del Tesoro Público, expresión esta última con la cual la Constitución entiende el de la Nación, los Departamentos y los Municipios; ni de empresas en que el Estado tenga parte principal. El artículo 64 constitucional establece, en efecto, la siguiente prohibición:

Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes (Subraya la Sala).

Ya el artículo 4° de la Ley 151 de 1959 había dispuesto que para efectos del artículo 64 de la Constitución Nacional se entiende por "empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado" las compañías, establecimientos bancarios, asociaciones, institutos y organismos en que la Nación, los Departamentos, los Municipios, otra y otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento (50%) o más del patrimonio o capital de la respectiva empresa o institución, como también aquellas instituciones u organismos a que se refiere el artículo 2° de la misma ley.

También cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal exceda del cincuenta por ciento (50%) del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actuaren en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros organismos públicos (Código de Comercio, art. 466).

Respecto de expropiaciones, estas podrán ordenarse con sujeción al artículo 15 del Decreto Ley 130 de 1976 y las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, cuando la Nación tengan separada o conjuntamente con otras entidades públicas el cincuenta por ciento (50%) o más de las acciones o cuotas sociales.

Qué calidad tienen las personas que prestan sus servicios en este tipo de sociedades?

**Son también trabajadores particulares, cuyos contratos se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo adicionan o reforman; sin perjuicio de lo que establezcan las respectivas convenciones colectivas o laudos arbitrales,**

*celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones del derecho colectivo de trabajo, comprendidos en el Código Laboral. Sin embargo, por expresa disposición del artículo 42 de la Ley 11 de 1986, en las sociedades de economía mixta municipales (con participación estatal mayoritaria), estos servidores son trabajadores oficiales; pero en los estatutos de estas entidades se precisarán las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos (Subraya la Sala).*

*Conviene aclarar que el término municipal, para los efectos de la Ley 11 citada, no comprende a la ciudad de Bogotá, por tener ésta el carácter de Distrito Especial no sujeto al régimen municipal ordinario.*

*3. Sociedades de economía mixta con aporte estatal igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social. Son sociedades comerciales de carácter oficial cuyo régimen jurídico es el establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado.*

*En este tipo de sociedad un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva (Código de Comercio, art. 464). Cuando en estas sociedades la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas – dispone el artículo 3º, inciso 2º del Decreto 130 de 1976 –, en el respectivo contrato social se señalará quién elige o designa su gerente y se determinarán la composición y presidencia de sus juntas directivas.*

*Por otra parte, el Decreto Ley 130 de 1976, "por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta", expresamente define en su artículo 5º que para los efectos previstos en el mismo Decreto son entidades públicas: La Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas (Subraya la Sala). De manera que la ley sólo reconoce el carácter de entidad pública a las sociedades de economía mixta pertenecientes a esta tercera clase, o sea aquellas que por tener el 90% o más del capital público, están sujetas al régimen previsto para las empresas industriales o comerciales del Estado.*

*En los estatutos de estas sociedades deberá hacerse la clasificación correspondiente de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, de conformidad con las reglas del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1969 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969. Sus servidores son empleados oficiales, para utilizar la expresión genérica que trae el Decreto últimamente citado.*

*Se concluye, por tanto, dando respuesta concreta a la consulta formulada:*

*Las personas que laboran al servicio de ALMAGRARIO S. A., sociedad de economía mixta del orden nacional en la cual los aportes estatales ascienden al setenta y cuatro punto sesenta y cuatro por ciento (74.64%), no son empleados oficiales sino trabajadores particulares;*

*En ALMAGRARIO S. A., por consiguiente, no es posible clasificar a sus servidores con fundamento en la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales." (Destaca el Despacho)*

Es oportuno precisar que lo establecido en la Ley 151 de 1959 "Sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados", a la cual hace alusión las providencias arriba citadas fue recogida por la ley 489 de 1998, vigente para la fecha en que fue reconocida la prestación al causante JOSE MANUEL CUESTA REAPIRA, la cual constituye, en la actualidad, el estatuto de la administración pública, y a través de la cual se derogaron los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976 (art. 121) que habían sido los pilares de la organización estatal derivada de la reforma constitucional de 1968.

Esta ley trae el conjunto de normas sobre la organización y el funcionamiento de las entidades del orden nacional; y sobre la integración de la rama ejecutiva el artículo 38, señaló los siguientes organismos y entidades que la integran:

*“Artículo 38º.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

1. Del Sector Central:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a. Los establecimientos públicos;

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e. Los institutos científicos y tecnológicos;

f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

*Parágrafo 1º.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. (...)* (Resalta el despacho.)

Es decir que, ante la participación estatal inicial de tan solo un 20% en la composición de su capital, el Banco Ganadero fue catalogado como una sociedad de economía mixta sometida en lo laboral al derecho privado.

Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta que a partir del año 1992, conforme se consignó en su página web, se modificó su naturaleza jurídica y en adelante desarrolló sus actividades como sociedad anónima, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el Banco era de naturaleza privada y por consiguiente el régimen pensional aplicable al mismo era el de los trabajadores particulares por ser el que se encontraba rigiendo para este sector en ese momento.

### 3. Caso concreto.

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo dispone cuáles asuntos serán de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así:

*“Artículo 82. Modificado por el art. 12, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 30, Ley 446 de 1998, Modificado por el art. 1, Ley 1107 de 2006. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por*

*el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.” (Destaca el despacho)*

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que la jurisdicción, entendida como la potestad de decidir el derecho, se concreta en la función pública de administrar justicia, artículo 116 y 228 de la Constitución Política; la cual, a pesar de no ser fraccionable como facultad estatal, se encuentra especializada por asuntos con el ánimo de imprimirle mayor dinamismo y racionalizar su prestación.<sup>11</sup>

Por otro lado, respecto a la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, el artículo 2 de la Ley 712 de 2001 (modificó el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de seguridad social), señaló:

*“Artículo 2o. Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:*

- 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.*
- 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.*
- 3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.*
- 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan. (...)” (Destaca el despacho.)*

Así las cosas, considera el Despacho que la jurisdicción ordinaria -especialidad laboral- es la competente para conocer de la presente controversia laboral que versa sobre el reconocimiento de la sustitución pensional del difunto JOSÉ MANUEL CUESTA REAPITA, toda vez que con el reporte de semanas cotizadas que obra en el expediente prestacional se acredita que el asegurado fallecido, adquirió su derecho por haber laborado con el Banco Ganadero, empresa particular, como en el desarrollo de esta providencia se estudió y, que su afiliación tuvo origen, precisamente, por la inscripción que hizo su patrono particular ante el Instituto de Seguros Sociales y, de otra parte, por los aportes que realizó como independiente, como se relacionó en los hechos probados.

<sup>11</sup> Sección Segunda, sentencia 1 de julio de 2009, Número Interno 2266-07, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.



*precisamente, por la inscripción que hizo su patrono particular ante el Instituto de Seguros Sociales. Dicha afiliación tiene como presupuesto, para la asunción del riesgo, la existencia de ese vínculo laboral, que, por tratarse de un empleado al servicio de una sociedad comercial de carácter privado, como aparece demostrado en la certificación que se acompañó en la demanda"*

Es por ello que, el hecho que el Instituto de Seguro Social haya sido una entidad oficial y que algunas de las decisiones que haya proferido en cumplimiento de las funciones que la ley le otorga, sean actos administrativos, no significa que todos ellos estén sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que sólo lo están los que emite con ocasión de una relación legal y reglamentaria entre la entidad y sus servidores, y los actos relacionados con su función específicamente administrativa, mientras que los que profiera para la liquidación de prestaciones derivadas de un contrato de trabajo, pese a ser actos administrativos, son enjuiciables ante la justicia ordinaria, toda vez que tales actos han sido excluidos de la competencia contencioso administrativa por el artículo 132 numeral 2º del C.C.A.

De conformidad con el artículo 358 del C.P.C., corresponde al juez de segunda instancia, realizar un examen preliminar del expediente repartido, en el que observará, entre otros aspectos, si *"en la primera instancia se incurrió en causal de nulidad, de oficio la pondrá en conocimiento de la parte afectada, o la declarará, y devolverá el expediente al inferior para que renueve la actuación anulada, según las circunstancias"*.

En materia de nulidades procesales el Código Contencioso Administrativo remite expresamente a lo dispuesto en la ley procesal Civil. Esta última codificación señala taxativamente las causales de nulidad dentro de las cuales se encuentra la falta de jurisdicción, entre otras:

*"ARTÍCULO 140.- El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: ( )*

*1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción"*.

Así mismo dispone, en el inciso final del artículo 144 *ibidem* que *"No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional"*; y en el artículo 146 que *"La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste ( )"* y agregó: *"( ) Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirla"*.

Desde otro punto de vista, la ley es clara frente a la imposibilidad de sanear la nulidad proveniente de la falta de jurisdicción, situación que tiene como efecto inevitable la invalidación de todo el proceso debido a que el trámite es diferente y se rigen por codificaciones distintas pero, se reitera, determina que la prueba practicada válidamente conservará su validez y eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirla.

Sobre el particular, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia del 10 de diciembre de 1997<sup>14</sup>, mediante la cual concedió la tutela y declaró “la nulidad absoluta por falta de jurisdicción, desde el auto admisorio inclusive, de todo lo actuado en el proceso ordinario promovido por Inversiones Pupo García Ltda., contra el Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Montería, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería”. La sentencia mencionada indicó:

*“La jurisdicción contencioso administrativa no puede ser habilitada por la actuación judicial de un juez civil no investido de aquella; lo cual implica que la tramitación es nula cuando la jurisdicción ordinaria tramita y falla lo que no le corresponde. ( ) el debido proceso significa un derecho a algo para la persona y ese derecho a algo es el derecho a un orden justo, que incluye, en cuanto el caso motivo de la presente tutela, el derecho a jurisdicción y, obviamente, a la jurisdicción pertinente. De no ser así se afectaría el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución, aspecto este último que fue desarrollado en la sentencia T-006 de 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.*

*( ). Si se comete la equivocación de tramitarse un asunto jurídico por la jurisdicción que no corresponde, surge la vía de hecho en cuanto se habría proferido un remedio de sentencia. ( ). En conclusión, si un funcionario de la jurisdicción ordinaria falla un proceso que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, incurre en una ostensible vía de hecho, no justificable por el silencio de las partes o por la desidia del mismo juez de plantear en cualquier instante procesal la nulidad insaneable de falta de jurisdicción (art. 144 C. de P. C., in fine). Además, la existencia de un juez competente no solamente surge del ordenamiento nacional sino de disposiciones internacionales aplicables en Colombia, con carácter prevalente (art. 93 C.P.), como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...).”*

En consecuencia, el despacho encuentra configurada la causal de nulidad procesal contenida en el literal a) del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 165 del C.C.A., según el cual el proceso es nulo “Cuando corresponde a distinta jurisdicción”; vicio que es insaneable (art. 144 CPC).

Con fundamento en lo anterior y en ejercicio de la facultad de declaración oficiosa de las nulidades insaneables (art. 145 CPC), se procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado, desde las providencias mediante las cuales se inadmitió (12 de agosto de 2010 obrante a folio 36) y admitió la demanda (31 de agosto de 2010 - visible a folio 65), y en consecuencia se ordenará que, por secretaria, se remita el expediente al juez competente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta,

#### RESUELVE:

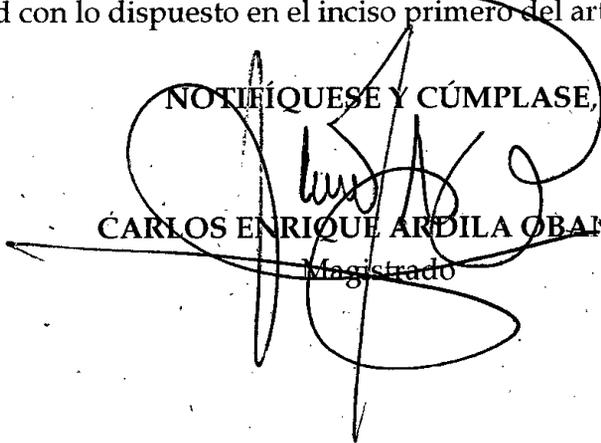
**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción, a partir de los autos proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Villavicencio, en primera instancia, el 12 y 31 de agosto de 2010, inclusive.

<sup>14</sup>Exp. T-133388. Accionante: Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Montería. Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior, por Secretaría remítase la demanda de la referencia a oficina judicial para que sea repartida entre los Jueces Laborales del Circuito de Villavicencio.

**TERCERO:** Las pruebas practicadas dentro de la presente actuación conservarán su validez y tendrán eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirlas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 146 del C.P.C.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

  
CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO  
Magistrado