



137

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO
RADICACIÓN
ACCIONANTE
ACCIONADA**

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
11001-3335-012-2016-00257-00
JOSE FRANCISCO MOZUCA GARZON
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
(COLPENSIONES)**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 DE 2011
ACTA 334 - 2018**

En Bogotá D.C. a los Dieciséis días de Agosto del dos mil dieciocho a las diez y treinta de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública la SALA CUARENTA de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: Dr. JAIME QUINTERO ARCILA a quien se le reconoce personería de conformidad con el poder allegado.

Parte demandada: DRA. ERIKA VANNESSA ALVAREZ PARRA cuya personería se encuentra reconocida en el expediente.

Ministerio Público: No asistió a la audiencia

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

SANEAMIENTO DEL PROCESO.

Los apoderados de las partes manifestaron no advertir ninguna irregularidad que vicie lo actuado.

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde determinar si es procedente reliquidar la pensión de jubilación que percibe el demandante, tomando como Ingreso Base de Liquidación el promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios como lo dispone la Ley 33 de 1985, o si por el contrario debe acogerse la tesis de la Corte Constitucional respecto a que en el IBL no hace parte del Régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100.

Adicionalmente, habrá de establecerse si procede reconocer doble pensión al accionante como quiera que acredita 20 años de cotizaciones en el sector privado y 20 en el sector público realizadas en lapsos diferentes.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Sobre la reliquidación pensional

El Despacho con fundamento en la Sentencia SU-230 de 2015 consideró que era ajustado a derecho dar aplicación a la interpretación de la Corte Constitucional, según la cual el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no hace parte el IBL y con fundamento en esta interpretación resolvió varios conflictos.

Posteriormente se expidió la sentencia T-615 de 2016 que propuso una interpretación sobre la vigencia de la Sentencia SU 230 de 2016, este Despacho procedió entonces en virtud del principio de favorabilidad a aplicar en las reliquidaciones pensionales la interpretación que de manera unificada tenía el Consejo de Estado sobre la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 o de regímenes especiales, para quienes se encontraban en la transición de la Ley 100 de 1993.

La anterior tesis se sostuvo hasta que se publicó el Auto 229 de 2017 de la Sala Plena de la Corte Constitucional que declara la nulidad de la sentencia T-615 de 2016, porque en virtud de la consistencia del ordenamiento jurídico, debe acatarse la Cosa Juzgada Constitucional que sobre la materia se estableció en la sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2014, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU 210 de 2017, y el Auto 326 de 2014, máxime si se tiene en cuenta que los Tribunales Administrativos se han visto obligados por vía de tutela a expedir nuevas sentencias en los casos en que desconoció el precedente Constitucional, aplicando la interpretación de la Corte Constitucional en los fallos referidos

En el caso sub examine, los presupuestos fácticos son los siguientes:

- 1. El actor trabajó antes de la vigencia de la ley 100 en el sector privado y con posterioridad en la **Fiscalía** (Conductor II de la Subdirección de*

bienes - fl.39) y en el **DAS** (Conductor 317-05 asignado al nivel central – Bogotá - fl.40), razón por la cual no es beneficiario de régimen pensional privilegiado, pues estos fueron extinguidos con esta ley, salvo algunas excepciones entre las que no está las entidades en que laboró.

2. El demandante es beneficiario del régimen de Transición General de la Ley 100 de 1993 (Art.36), porque para el 1 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de esta norma, contaba con 40 años, 5 meses y 13 días de edad. Y mantuvo este régimen de transición al superar las 750¹ semanas de cotización exigidas por el acto legislativo 001 de 2005.
3. El actor laboró más de 23 años en el sector público y más de 20 en el sector privado como se ilustra en el siguiente cuadro:

Sector Privado:	22 de febrero de 1968 hasta 26 de diciembre de 1991			5368 días equivalentes a 766.85 semanas 23 años aprox.
Sector Publico:	DAS	07/06/1993	30/06/2009	Sector Publico: 20 años 7 meses 13 días
	DAS	01/07/2009	31/12/2011	
	FISCALIA	01/01/2012	21/01/2013	
	FISCALIA	01/02/2013	31/01/2014	

4. Con la Resolución GNR N° 55837 de 24 de febrero de 2014, se reconoció pensión al actor aplicando el régimen de la Ley 33 de 1985 (fl.41-46) con una tasa de reemplazo del 75% generando una cuantía inicial pensional de \$1`259.875,00
5. En la Resolución 160826 de 30 de mayo de 2015 (fl.9-13), se realizó la comparación con los diferentes regímenes: Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 797 de 2003, Decreto 758 de 1990 estableciendo que la pensión liquidada con la ley 797 de 2003 arrojaba la cuantía más alta (\$1.086.890,00 – 79.43% tasa de reemplazo). Sin embargo, como quiera que la pensión ya reconocida era mayor \$1`259.875,00, no se modificó el régimen. (Ver cuadro comparativo folio 21 reverso)

No sobra precisar que en el presente asunto según la liquidación realizada en la Resolución 160826 de 30 de mayo de 2015 (fl.9-13), aplicando el Régimen General de los servidores Públicos previsto en la Ley 33 de 1985 y el método para establecer el ingreso base de liquidación conforme las reglas señaladas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 genera una pensión inicial de **\$ 962. 719, 00.**

¹ Contaba con 6.600 días al 7 de junio de 1993 ver folio 18

Ahora bien, considerando que en la Resolución GNR N° 55837 de 24 de febrero de 2014, con la que se le reconoció la pensión, igualmente aplicó el Régimen de la ley 33 de 1985 y arrojó un mayor valor **\$1`259.875,00** es claro para el Despacho que la entidad, para el caso de el actor aplicó una regla de liquidación más favorable que aquella que se hubiera obtenido aplicando las consideraciones de la H. Corte Constitucional en las sentencia que se ha hecho alusión.

Así las cosas, atendiendo la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 realizado por la Corte Constitucional, no es factible liquidar el ingreso base de liquidación bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985. **Consecuentemente se negarán las pretensiones de la demanda.**

2. Sobre el reconocimiento de la pensión de vejez.

Este Despacho atendiendo el fundamento fáctico del proceso advirtió que el actor al haber cotizado con aportes privados antes de la Ley 100 un total de 23 años y después de esta ley 20 años 7 meses con recursos públicos, era beneficiario del Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto reglamentario 758 del mismo año y bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, beneficiario de la Ley 33 de 1985. Esta situación genera la posibilidad del reconocimiento de dos pensiones una por las cotizaciones privadas y otra por aportes públicos, cotizados en vigencia de la Ley 100.

La compatibilidad pensional, ha sido aceptada por la jurisprudencia²³ en el entendido que con la Ley 100 los aportes dejaron de ser públicos o privados y pasaron al Sistema General de Pensiones, y sólo a partir de esta ley se prohibió la vinculación laboral de quienes disfrutaban de una pensión de vejez (salvo excepciones respecto de algunos cargos)

Bajo estas consideraciones corresponde al Juez analizar el caso concreto a fin de determinar si se encuentra en la obligación de emitir un fallo de protección constitucional.

Principio de justicia rogada

Argumenta en su defensa el apoderado de la entidad que no corresponde en este caso emitir un fallo extra petita en virtud del principio de congruencia. (fl.120-122)

Pues bien, el principio de justicia rogada tiene fundamento en la presunción de legalidad (Art. 88 de la ley 1437 del 2011), sin embargo en materia laboral

²³ sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto del 8 de mayo de 2003. radicado No. 1480. Actor: Ministro de Relaciones Exteriores. M. P.: Dra. Susana Montes de Echeverri.

no es absoluto. Así lo expuso el Consejo de Estado en la Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018, en los términos que seguidamente se extractan.

En primer lugar, debe ceder frente a derechos fundamentales de aplicación inmediata, los cuales tienen que ser protegidos aun cuando no se hayan reclamado. Trae a colación la sentencia C- 197 de 1999 en la que la Corte Constitucional realiza el estudio de exequibilidad del artículo 137 ordinal 4 del anterior CCA (replicado en el artículo 162 ordinal 4 de la Ley 1437 del 2011) que exige indicar en la demanda las normas violadas y el concepto de violación.

En segundo término el principio de congruencia debe ceder a postulados constitucionales, frente a derechos mínimos e irrenunciables, como son la vida en condiciones dignas y la seguridad social. Al efecto cita sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 sobre el contrato realidad, en la que se estableció como regla la obligación de pronunciarse sobre los aportes aun cuando no se hayan solicitado, pues lesionaría el derecho de las personas acceder a una pensión que no corresponda a la fuerza laboral que entregó al empleador.

Sobre el tema cita sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 17741-2015 del 11 de noviembre del 2015, en la que ilustra sobre la facultad excepcional que tiene el juez para decidir por fuera de los sujetos, objeto y causa fijada en materias “que importan al interés general y social por constituir bienes superiores como lo son el trabajo, la familia, las relaciones de equidad, etc”

Bajo este escenario se eleva el principio IURA NOVIT CURIA fundamentado en la obligación de buscar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y la ley (Art. 103 CPACA), en el derecho de acceso a la administración de justicia (consagrado en el preámbulo de la Constitución Política. y en su art. 229) y el deber de resolver de fondo el proceso judicial (art. 2 de la ley 270 de 1996)

En relación con la aplicación de este principio en materia pensional señaló:

48. En esas condiciones, es claro que el derecho pensional, como prestación concebida dentro del sistema de seguridad social integral, no debe considerarse ajeno a dicho principio, máxime si se tiene en cuenta su naturaleza de fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, lo que en principio faculta al juez para verificar el alcance de las pretensiones⁴, interpretar los hechos de la demanda⁵ e incluso para aplicar el régimen pensional que corresponda a los presupuestos

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, 6 de abril de 2011. Rad.: 11001-03- 25-000- 2009-00038-

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación: 52001-23-31-000-1998-00092-01(38335), actor: Agrocultivos del Pacífico y otros.

fácticos, así el citado régimen no haya sido expresamente invocado en la demanda o haya sido invocado de manera errónea.

Finalmente, determina que no se vulnera el principio del debido proceso por no haberse hecho la reclamación ante la entidad, ello por cuanto se ha pedido expresamente el reconocimiento de la prestación basada en los mismos hechos y en sede administrativa la entidad justificó la legalidad del acto, señalando que no era procedente aplicar otro régimen.

De acuerdo al pronunciamiento del Consejo de Estado la flexibilidad del principio de congruencia en materia pensional no conduce a fallos extrapetita siempre y cuando del contenido integral de la demanda y haciendo uso de la facultad de interpretación, sea posible dar alcance a la pretensión principal del actor, situación que no sucede en el presente caso por cuanto la pretensión es la reliquidación de la pensión y no un reconocimiento pensional adicional, lo que pronunciarse sobre esta materia efectivamente vulneraría el derecho de defensa de la entidad y violaría el principio de congruencia.

Facultades del Juez constitucional.

No obstante lo anterior, este Despacho estima, como ya se dijo, que el Juez de conocimiento está en la obligación de pronunciarse de manera extrapetita cuando observe la violación de derechos fundamentales que requieran protección inmediata por circunstancias que harían viable la acción de tutela.

Frente al derecho de seguridad social y reconocimiento pensional, solo puede ser concedido por vía de tutela cuando el actor sea sujeto de especial protección constitucional y se esté en presencia de perjuicio irremediable.

En el caso de autos, una vez revisado el material probatorio, el Despacho encontró que el actor no es sujeto especial protección constitucional porque solo cuenta con 64 años de edad, circunstancia que limita la competencia constitucional de esta juzgadora e impone al actor la obligación de adelantar el trámite administrativo y judicial ordinario para que se resuelva sobre este eventual derecho de manera independiente

CONDENA EN COSTAS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, correspondería condenar en costas a la parte demandante por haber sido vencida en el proceso respecto de su pretensión de reliquidar la pensión con todos los factores devengados en el último año de servicio, sin embargo el Despacho se abstendrá de hacerlo teniendo en cuenta que sobre el tema existen tesis encontradas de las altas Corporaciones de Justicia, que generaron una expectativa legítima para acceder a las pretensiones al momento de presentar la demanda.

REMANENTES DE LOS GASTOS

Por otra parte, de conformidad con lo expuesto en el artículo 8 del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de los gastos a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

SEGUNDO. SIN CONDENA EN COSTAS de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DESTINAR los remanentes de los gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación manifestando que lo sustentará dentro del término de ley.

La apoderada de la entidad no interpone recurso.

La juez


YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ

Parte demandante:

DR. JAIME QUINTERO ARCILA

Parte demandada:

DRA. ERIKA VANNESSA ALVAREZ PARRA

Secretario ad hoc:


JOSÉ CLEMENTE GAMBOA MORENO