



178

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

PROCESO:
RADICACIÓN
ACCIONANTE:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
No. 110013335-012-2015-00395-00

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-
UGPP**

ACCIONADOS:

JAIRO CESAR CARRILLO GELVES

**AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011
ACTA No.472 -18**

En Bogotá D.C. a los cinco (05) días del mes de diciembre de dos mil dieciocho (2018) siendo las nueve y treinta de la mañana (09:30 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario Ad Hoc constituyó en audiencia pública en la sala 28 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: Dra. MAYRA ALEJANDRA AGUILAR SARMIENTO a quien se le reconoce personería jurídica en la audiencia

Parte demandado: DR. FERNANDO JOSE TOVAR CORRALES

No asiste representante del Ministerio Público

Decisión notificada en estrados

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones Finales
7. Juzgamiento

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso.

Como ninguna de las partes advierte la existencia de irregularidades, ni tampoco las observa el Despacho, queda agotada esta etapa de saneamiento.

Decisión notificada en estrados.

CUESTION PREVIA

En audiencia inicial llevada a cabo el día 19 de octubre de 2017 este Despacho determinó que en la expedición del acto demandado no intervino el Ministerio de Hacienda, de manera que para controlar la legalidad de su validez no se requería la intervención de esa entidad; sin embargo se tendría como tercero interesado.

La anterior decisión fue sujeta de recurso de apelación el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda el día 10 de agosto del presente año, confirmando la providencia impugnada bajo los siguientes argumentos:

“Situación que permite establecer claramente que no existe una relación jurídica material, única e indivisible que deba resolverse de manera uniforme para la cuestión litigiosa entre los sujetos que integran la parte pasiva y que imponga la comparecencia obligatoria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”¹

EXCEPCIONES PREVIAS.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público propuso en su escrito de contestación la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (folio 143), solicitando que se le desvinculara del proceso.

Dado que ya se resolvió que el Ministerio no funge como parte dentro del proceso sino como tercero interesado, se estará a lo resuelto en providencia anterior.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

De conformidad con la demanda, las pruebas allegadas al proceso el Despacho encuentra probados los siguientes hechos:

<p style="text-align: center;">JAIRO CESAR CARRILLO GELVEZ c.c 13.240.075 NACIÓ 02 de agosto de 1950 (folio. 41)</p>
<p style="text-align: center;">ESTATUS PENSIONAL 02 de agosto de 2005 (folio. 37)</p>
<p style="text-align: center;">LABORÓ Según la resolución No. 2235 de 16 noviembre de 2005 el accionante prestó sus servicios al INCORA desde el 24 de octubre de 1972 (folio 27) y según resolución 2391 se le aceptó renuncia a partir del 28 de noviembre de 2005 (folio 31)</p>
<p style="text-align: center;">ACTOS</p> <ul style="list-style-type: none">• Resolución 2235 de 16 de noviembre de 2005 (folio 27-28): Reconoció la pensión de jubilación al accionante en la forma prevista en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir con el promedio cotizado mensualmente que corresponde al tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 1995 al 30 de septiembre de 2005, actualizando anualmente con la variación del índice de precios al consumidor.• Resolución 204 de 30 de enero de 2005 (folio 34 a 35): No accedió al recurso de reposición y dispuso confirmar en todas sus partes la resolución No. 2235 del 16 de noviembre de 2005.

¹ Folios 166 a 172 del expediente

<ul style="list-style-type: none"> • Resolución 745 de 07 de marzo de 2013 (folio 60 a 63): Establece que al actor le era aplicable el régimen de transición de la ley 100 de 1993 por lo cual se encontraba debidamente calculado el monto de la pensión con el 75% del Ingreso Base de Cotización. Sin embargo según sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, la liquidación debía realizarse con el 75% de lo devengado por el trabajador <u>durante su último año de servicios</u>, acopiando como ingreso base de liquidación todas las sumas que el servidor hubiere recibido de forma habitual y periódica como salario. Por lo anterior modificó el artículo primero de la resolución 2235 del 16 de noviembre de 2005.
ACTO DEMANDADO (folio 83) Resolución 745 de 07 de marzo de 2013 (folio 60 a 63)
RÉGIMEN APLICADO Ley 33 de 1985

El Despacho advierte que en el presente caso el litigio se contrae a determinar si el acto administrativo que reliquidó la pensión del actor podía estar condicionado a la aprobación de un cálculo actuarial y si procede su nulidad en razón a que se tuvieron en cuenta los factores salariales del último año de servicios dejando de lado el régimen de transición contenido en la ley 100 de 1993 bajo la actual interpretación jurisprudencial.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten sobre los hechos tenidos como probados anteriormente por el Despacho.

El apoderado del demandado establece que la fijación del litigio debe ir encaminado a establecer si el acto demandado se ajustó al precedente jurisprudencial que para entonces estaba vigente

Decisión notificada en estrados.

CONCILIACIÓN

De conformidad con el artículo 161 del CPACA y el parágrafo 10º del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, se da paso para fórmula de arreglo.

La demandada no presenta parámetros conciliatorios, por lo tanto el Juzgado se abstiene de proponer formula alguna.

En consecuencia de lo anterior, damos por agotada la etapa de conciliación, y como quiera que no existan solicitudes de medidas cautelares por resolverse continua con la siguiente etapa.

Decisión notificada en estrados.

DECRETO DE PRUEBAS

DOCUMENTALES

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda. Las partes no solicitaron la práctica de pruebas adicionales.

Decisión notificada en estrados

ETAPA DE ALEGACIONES FINALES

Procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes.

La intervención de los apoderados, queda registrada en la videograbación de la audiencia.

Decisión notificada en estrados

SENTENCIA

Teniendo en cuenta que hasta esta etapa procesal no se advierte vicio o irregularidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a dictar la correspondiente sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho advierte que en el presente caso el litigio se contrae a determinar si el acto administrativo que reliquidó la pensión del actor podría estar condicionado a la aprobación de un cálculo actuarial y si procede su nulidad en razón a que se tuvieron en cuenta los factores salariales del último año de servicios dejando de lado el régimen de transición contenido en la ley 100 de 1993 bajo la actual interpretación jurisprudencial

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A través del artículo 2º del Decreto 4986 de 2007 se determinó que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocería las pensiones que estaban a cargo del INCORA en Liquidación:

“ARTÍCULO 2o. Para efectos de lo dispuesto en el Decreto 1292 de 2003, en sus artículos 28, 29 y 32, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá las pensiones que estaban a cargo del Incora en Liquidación, para lo cual se subrogará en la administración del contrato de Fiducia que el Incora en Liquidación celebre para administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor.

De conformidad con el artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, el Incora en Liquidación transferirá a la Fiduciaria los activos líquidos necesarios para el pago del componente del pasivo estimado en el cálculo actuarial correspondiente a los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público al momento de aprobar el cálculo actuarial, deberá aprobar también el porcentaje de gastos de administración, sin que dicho porcentaje pueda superar el 4%.

El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el Incora en liquidación, deberán acordar la entrega de la información y documentación que se requiere para el buen desarrollo de esta función, teniendo en cuenta el contrato que se realice con la Fiduciaria."

Posteriormente el decreto 2796 de 2013 estipuló que las competencias del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia serían asumidas por la UGPP:

"Artículo 1. Asignación de competencias. A partir del 30 de noviembre de 2013, las competencias asignadas al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante el artículo 2° del Decreto 4986 de 2007, serán asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social 'UGPP'.

(...)

Artículo 3. Cuotas Partes Pensionales. La administración de las cuotas partes pensionales por cobrar y por pagar, reconocidas con posterioridad a la fecha de traslado de las competencias indicadas en el artículo 2° del Decreto 4986 de 2007 al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, así como las posteriores al traslado de la función de que trata el artículo 10 del presente Decreto a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), estará a cargo de esta Unidad."

REGIMEN DE LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS

El Decreto 254 de 2000 por medio del cual se "expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional" regula lo concerniente al régimen laboral y pensional de los empleados de la entidad suprimida:

ARTÍCULO 9°.-Derechos adquiridos por los pensionados de las entidades cuya liquidación se ordene. *Son derechos adquiridos por los pensionados, aquellos que hacen parte de su patrimonio por haber satisfecho los requisitos legales exigidos, aunque no se hubiese proferido el acto que declare su exigibilidad.*

ARTÍCULO 10°.-Cálculo actuarial. *Cuando una entidad del orden nacional, que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, entre en proceso de disolución y liquidación, deberá entregar el respectivo cálculo actuarial, el cual deberá estar elaborado teniendo en cuenta las instrucciones técnicas que para el efecto imparta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y requerirá para su validez, la aprobación del mismo.*

ARTÍCULO 11°.-Reconocimiento de las pensiones. *El reconocimiento de las pensiones que se encuentren a cargo del órgano cuya liquidación se determine, estará a cargo de la entidad que señale el decreto que ordene su liquidación, la cual podrá desempeñar la mencionada función directa o indirectamente mediante convenio, según se disponga en el mismo decreto.*

Para tal efecto, el órgano en liquidación deberá entregar a la entidad que se determine, los documentos, archivos magnéticos con los equipos correspondientes y demás información laboral que sirvió de fundamento al cálculo actuarial y que será el soporte para la creación de la base de datos necesaria para la elaboración de la nómina de pensionados.

En todo caso, será responsabilidad de la entidad a la cual el decreto que ordene la liquidación asigne la función de reconocimiento, la elaboración de nóminas de pensionados y la ubicación oportuna de los recursos para su pago por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional, Fopep, de conformidad con los cronogramas previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

CALCULO ACTUARIAL

El Consejo de Estado ha definido el cálculo actuarial en diferentes providencias de la siguiente manera:

“El cálculo actuarial es un procedimiento que, con fundamento en matemáticas financieras, permite proyectar en términos económicos, el valor presente de un pago o una serie de pagos a realizar, vitalicios o temporales, derivados de obligaciones contempladas en la ley². En el caso concreto, corresponde al valor actual de las cotizaciones que ha debido efectuar un empleador, en razón del vínculo laboral que tuvo con su empleada por un determinado lapso de tiempo.”³

“En efecto, el cálculo actuarial es una estimación que se hace del valor de los aportes pensionales del trabajador, que el empleador omitió efectuar. Ese cálculo o estimación debe ser incorporado a la historia laboral del trabajador, información que luego se ve reflejada en el bono pensional y, finalmente, incide en la liquidación de la pensión.”⁴

NORMAS QUE RIGEN LA PENSIÓN

La Ley 100 de 1993 instauró un Sistema de Seguridad Social que derogó la mayoría de regímenes pensionales anteriores a su vigencia, el nuevo régimen modificó los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que deben cumplir las personas para pensionarse y dispuso en su artículo 36 el régimen de transición a que se acogerían aquellos que cumplieran con los requisitos:

“ARTICULO. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. El texto

² www.superfinanciera.gov.co. Concepto 2010023626-001 del 21 de mayo de 2010.

³ Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, Bogotá, D.C., primero (01) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00081-00(C), Actor: Fondo De Previsión Social Del Congreso De La República, Fonprecon.

⁴ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-33-35-007-2013-00627-01(AC), Actor: UNION DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA MARITIMA Y FLUVIAL – UNIMAR, Demandado: MINISTERIO DEL TRABAJO Y OTROS

subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995.

*Inciso declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.*

*Inciso declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.*

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO.- *Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1°) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."*

La liquidación de la pensión le corresponde a la entidad administradora de pensiones y para reconocerla o reliquidarla está sujeta a las normas que establezca el legislador:

LEY	REQUISITOS	APLICACIÓN CON EL REGIMEN DE TRANSICION DE LEY 100 DE 1993
6 de 1945	<i>50 años de edad sin distingo de sexo</i>	No aplica <i>Se aplica por transición de la ley 33 de 1985. Por ello la liquidación del IBL se hace con todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicio.</i>
	<i>Se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año de servicios</i>	
	<i>20 años de servicios continuos o discontinuos para el Estado.</i>	
33 de 1985	<i>Se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año de servicios</i>	<i>Se liquida con el 75 % de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios o cuando faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciera falta para ello.</i>
	<i>55 años de edad sin distingo de sexo</i>	<i>Mantiene la edad y tiempo de servicios</i>
	<i>20 años se servicios públicos</i>	<i>Se liquida con los factores salariales los contemplados en el decreto 1158 de 1994, frente a los cuales haya cotizado.</i>
Ley 32 de 1986	<i>20 años de servicio continuos o discontinuos sin tener en cuenta la edad</i>	<i>Se liquida con el 75 % de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios o cuando faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciera</i>

		<i>falta para ello</i>
<i>71 de 1988 o pensión por aportes</i>	<i>55 años de edad para mujeres y 60 para hombres</i>	<i>Se liquida con el 75 % de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios o cuando faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para ello.</i>
	<i>Se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año de servicios</i>	<i>Mantiene la edad y tiempo de servicios</i>
	<i>20 años de servicios, entre públicos y privados</i>	<i>Se liquida con los factores salariales los contemplados en el decreto 1158 de 1994 frente a los cuales haya cotizado.</i>
<i>Acuerdo 049 de 1990, regulado por el Decreto 758 del mismo año</i>	<i>55 años de edad para mujeres y 60 para hombres</i>	<i>Mantiene la edad y tiempo de servicios</i>
	<i>Mínimo 500 semanas dentro de los últimos 20 años, o 1000 en cualquier tiempo</i>	<i>El monto depende del número de semanas cotizadas, con un mínimo del 45% y un tope máximo de 90%</i>
	<i>El monto de la pensión oscila entre el 45 % al 90% de acuerdo al número de semanas cotizadas.</i>	<i>Los factores salariales para liquidar son los contemplados en el decreto 1158 de 1994 frente a los cuales haya cotizado.</i>
	<i>Aplica para trabajadores que cotizaron al ISS, pero también permite acumular tiempos públicos según sentencia SU 769 de 2014</i>	<i>Se liquida con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios o cuando faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para ello,</i>

CASO CONCRETO

El señor JAIRO CESAR CARRILLO GELVEZ nació el día 02 de agosto de 1950 (folio 41) y laboró en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCORA a partir del 24 de octubre de 1972 (folio 26) y hasta el 28 de noviembre de 2005 (folio 31).

A través de la resolución 2235 de 2005 el instituto Colombiano de Reforma Agraria le reconoció pensión de jubilación en la forma prevista en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, con el promedio cotizado mensualmente durante los últimos 10 años, que correspondió al tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 1995 al 30 de septiembre de 2005, actualizado anualmente con la variación del índice de precios al consumidor.

Posteriormente, mediante resolución 745 de 2013 el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Ferrocarriles Nacionales de Colombia fue liquidada) reliquidó la pensión tomando como factores salariales el promedio de lo devengado durante el último año de servicios, condicionando el pago del nuevo valor a la aprobación del cálculo actuarial por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Según la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) el Ministerio de Hacienda no aprobó el cálculo actuarial (folio 88), (se anexa como documento probatorio oficio que le fue remitido por el Ministerio folio 80 a 81 –faltan páginas del oficio).

Las pretensiones del actor plasmadas en el escrito de demanda van dirigidas a que se declare la Nulidad del Acto Administrativo contenido en la resolución No. 745 del 07 de marzo de 2013, expedida por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, mediante la cual se reliquidó una pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la demandada en referencia, aduciendo que se expidió sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas que regulan la materia.

Aunado a lo anterior, solicita se ordene devolver todas y cada una de las sumas de dinero recibidas en exceso por concepto de la reliquidación mencionada en la pretensión de nulidad.

Acto Administrativo condicionado

Arguye la parte actora como fundamento principal de la demanda, que al haberse cumplido la condición a que estaba sujeto el acto se produjo su resolución.

Este cargo debe ser despachado desfavorablemente por cuanto el acto de reliquidación pensional no podía ser condicionado de la manera en que lo hizo el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia a la aprobación de un cálculo actuarial, por las siguientes razones:

Tal como se expuso en la parte considerativa del presente fallo al hablar de cálculo actuarial se hace mención al valor de las mesadas futuras que deberá pagar un ente a favor de las personas que hayan adquirido un derecho, con base en los estudios actuariales:

“El cálculo actuarial por su parte, representa el valor presente de todas las mesadas futuras que el ente económico deberá cancelar a favor de personas que tengan o vayan a adquirir ese derecho, cuyo valor se debe reconocer al cierre del periodo con base en estudios actuariales.”⁵

En este caso, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia en liquidación, debió determinar el monto de sus obligaciones a través de un cálculo actuarial y enviarlo para su aprobación al Ministerio De Hacienda y Crédito Público; posteriormente ese cálculo y sus documentos de soporte debieron ser entregados a la entidad que asumió las funciones de la liquidada, UGPP, para que con fundamento en él realice los respectivos pagos.

Este procedimiento interadministrativo, impone a las entidades el deber de cuidado para que de manera coordinada puedan responder por las obligaciones pensionales, Bajo este entendido se observa que a través del oficio, incompleto, que se allega al expediente a folio 80, el Ministerio de Hacienda le advierte a Ferrocarriles: “Afirma el fondo que el Ministerio ha decidido no aprobar dichos reconocimientos, cuando lo cierto es que ni siquiera la cartera ha podido figurarse una decisión por falta de presentación del correspondiente cálculo actuarial.

⁵ Consejo de Estado, Bogotá D. C., seis (6) de diciembre del año dos mil siete (2007), MAGISTRADA PONENTE: DRA BEATRIZ MARTÍNEZ QUINTERO, DEMANDANTE: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP, EXPEDIENTE: 2006-01004.

Nadie mejor que el Director del Fondo para saber que ese tema puntual se ha tratado cuando menos en dos oportunidades. En el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la que por primera vez se trató el tema y se le instruyó para que antes de tomar cualquier decisión, llevara a cabo las estimaciones actuariales acerca del monto que tendría dicho incremento en las mesadas para todo el grupo potencialmente beneficiario de la reliquidación, de forma que las conclusiones respectivas deberían presentarse al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para hacer las coordinaciones del caso.” (subrayado fuera del texto).⁶

De manera que ha debido la administradora de pensiones agotar previamente la estimación del cálculo actuarial antes de expedir el acto de reliquidación y no reconocer un derecho sujetándolo a una condición resolutoria ajena a la ley.

Efectivamente de acuerdo a nuestra legislación la determinación de la pensión no depende de ningún cálculo actuarial sino de las normas legales previamente establecidas para su reconocimiento y reliquidación; por lo tanto, conforme quedó definido en la providencia de 19 de octubre de 2017, que resolvió sobre la falta de legitimación en la causa propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el acto de reliquidación de la pensión expedido por ferrocarriles obedece a una relación laboral sustancial que mantuvo el señor CARRILLO GELVEZ con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCORA y que posteriormente asumió Ferrocarriles Nacionales de Colombia, relación en la que no puede tener injerencia el Ministerio de Hacienda.

Bajo esta perspectiva el acto que crea o modifica el derecho pensional es de tipo simple, esto es, no puede ser sujeto a voluntades ajenas de quienes son parte de la relación sustancial, y menos a condición resolutoria, motivo por el cual no prospera este cargo.

IRREGULARIDADES DEL ACTO

Como segundo tema a resolver se procede a estudiar el sustento propuesto por el actor frente a la afirmación de que el acto es ilegal por falta del cumplimiento de requisitos.

El Juzgado advierte que el accionante no incorpora de manera expresa las razones de su pretensión, sin embargo del texto de la demanda es posible establecer que el incumplimiento de requisitos a que alude es la indebida aplicación del régimen de transición de la ley 100 de 1993, por ello, mediante un ejercicio de interpretación y atendiendo el deber de resolver el litigio, se procede a revisar el acto demandado a efecto de establecer si efectivamente se reliquidó la pensión de jubilación del actor en los términos que ordena la ley.

Es del caso establecer que el tema que nos convoca ha sido resuelto por el Consejo de Estado mediante sentencia de Unificación reciente por medio de la cual se dispone que no es posible entrar a estudiar la legalidad del acto, cuando ya ha sido

⁶ Folio 80 vto. del Expediente

objeto de un proceso litigioso y que en estas circunstancias debe darse prevalencia a la cosa juzgada en virtud del principio de seguridad jurídica.

“La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.”⁷

De acuerdo a la sentencia de unificación en cita adiada a 28 de agosto del presente año, el acto de reliquidación que expidió la entidad en el caso del señor JAIRO CESAR CARRILLO GELVEZ si puede ser objeto de control de legalidad, para lo cual resulta oportuno traer a colación las reglas jurisprudenciales previstas en dicha sentencia:

“Es indiscutible que la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, en cuanto a:

- *La edad para consolidar el derecho: 55 años*
- *El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas: 20 años*
- *El monto: 75%*

Para el cálculo del monto pensional, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

La aplicación del régimen de transición para la actora, conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, significa que la liquidación de su pensión, efectuada por la entidad demandada, aplicando la tasa de reemplazo equivalente al 75% sobre el IBL señalado en el párrafo anterior se ajustó a derecho; razón por la cual no procedía la reliquidación pensional con el fin de tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al Sistema.

Para responder el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, la Sala establece que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, como lo pretende la actora.”⁸

⁷ Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018), Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación⁷, Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁸ *Ibidem*

Comoquiera que el caso del señor JAIRO CESAR CARRILLO GELVEZ tiene identidad de presupuestos fácticos al analizado por el Consejo de Estado -como beneficiario del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993-, le asistía el derecho a que su pensión se liquidara con el 75% de conformidad con lo previsto en la ley 33 de 1985, sin embargo, la liquidación del IBL debió realizarse bajo las normas de la ley 100 y el decreto 1458 de 1994, esto es, los factores salariales a tener en cuenta para el Ingreso Base de Cotización no eran los devengados en el último año de servicios del accionante tal como se manifestó la reliquidación de la pensión de jubilación, sino los devengados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión y frente a los cuales se realizó cotización.

Corolario de lo anterior la resolución No. 745 de 07 de marzo de 2013 fue expedida en contravía del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y por esta razón es procedente declarar su nulidad.

No está llamada a prosperar la pretensión referente a que se ordene el reintegro de las sumas canceladas en virtud del acto de reliquidación, pues de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de estado, debe desvirtuarse la buena fe de la demandada, y en el sub judice no se acredita que para obtener el acto de reliquidación de la pensión gracia haya acudido al uso de algún medio fraudulento con el cual hizo incurrir en error a la administración para la expedición del acto administrativo.

Resta anotar que la vigencia de una jurisprudencia diferente al momento de expedir el acto no puede ser considerada en virtud de la teoría del derecho viviente que sirvió a los altos Tribunales para modificar la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, argumento con que se da respuesta a las alegaciones del apoderado.

CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado⁹, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho considera que en el presente proceso no debe imponerse condena en costas por las razones esbozadas en precedencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el

⁹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987).A

180

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 lo consignado 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. DECLÁRAR la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 745 de 07 de marzo de 2013, mediante el cual se reliquida la pensión de jubilación al señor **JAIRO CESAR CARRILLO GELVES** identificado con cédula de ciudadanía No. 13.240.075.

SEGUNDO. NO PROCEDE el reintegro de las sumas canceladas en virtud del acto de reliquidación por las razones esbozadas en esta decisión.

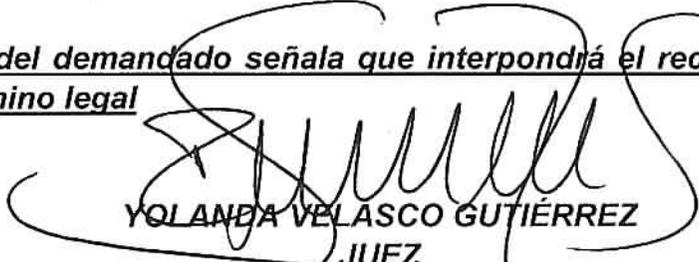
TERCERO. ORDENAR dar aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO. NO CONDENAR en costas al demandado por las razones expuestas en la providencia.

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

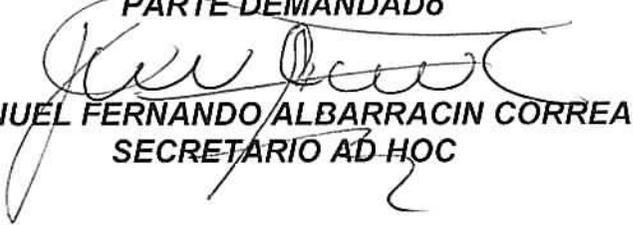
DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. Las partes cuentan con el término de ley para interponer los respectivos recursos.

El apoderado del demandado señala que interpondrá el recurso de apelación dentro del término legal


YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ


MAYRA ALEJANDRA AGUILAR SARMIENTO
PARTE DEMANDANTE


FERNANDO JOSE TOVAR CORRALES
PARTE DEMANDADO


MANUEL FERNANDO ALBARRACIN CORREA
SECRETARIO AD-HOC