



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

272

Tunja, 16 DIC 2015

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **José Joaquín Daza Rojas**
Demandado: Municipio de Páez
Expediente: 15001 3333 003 2012 00109 01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 14 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor José Joaquín Daza Rojas, en ejercicio de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo mediante el cual el Municipio de Páez, negó el reconocimiento pensional al actor.

I. Antecedentes

1.1. Demanda (f. 2 a 8 c1).

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor José Joaquín Daza Rojas a través de apoderado judicial, pidió a la justicia administrativa declarar la nulidad del Oficio No. 282 AMP de 6 de diciembre de 2010, por medio del cual se negó el reconocimiento de una pensión de jubilación,

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene al Municipio de Páez a: i) que se expida un acto administrativo mediante el cual el demandado reconozca y pague un pensión de jubilación al demandante; ii) que se condene al demandado a pagar las mesadas pensionales desde que el demandante cumplió la edad para el reconocimiento, hasta la fecha en que se profiera la sentencia, y que además, se siga pagando de allí en adelante; iii) al pago de los intereses moratorios de las sumas reconocidas a la máxima tasa legalmente permitida; iv) a que las sumas reconocidas sean actualizadas de acuerdo al IPC; v) a que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA; vi) que se

condene al demandado a pagar las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T.¹; y vii) a que se condene en costas a la demandada.

1.2. Fundamentos de hecho (f. 2 a 5 c1).

Indicó el demandante que, ingresó a laborar con el Municipio de Páez, como alcaide y citador, el 1º de mayo de 1978, y que el 6 de junio de 1993 fue despedido sin justa causa.

Manifestó que dentro del extremo laboral, el demandado no le hizo cotizaciones para pensión. Por lo tanto, al contar con más de sesenta (60) años y haber laborado por más de diez (10) años, al servicio del demandado, éste, debe pagarle la pensión sanción de jubilación o vejez, ya que nunca lo afilió para hacer cotizaciones para pensión, además, señaló que fue despedido sin justa causa.

Adujo que si el Municipio de Páez, se niega a pensionarlo, por lo menos debe pagar las cotizaciones dejadas de hacer, en el tiempo que duró la relación laboral, a una entidad autorizada para tal fin, con el propósito de alcanzar su pensión.

1.3. Fundamentos de Derecho (f. 4 a 6 c1).

Como normas violadas se señaló las siguientes disposiciones: artículos 1, 2, 13, 25, 40 numeral 7º, 53, 125 y 315 de la Constitución Política, artículo 74 y 75 del Decreto 3135 de 1968; y artículo 84 del Decreto 01 de 1984.

Los artículos reseñados de la Constitución Política, los explicó desde una óptica eminentemente laboral, indicando que los actos acusados desconocieron los derechos del poderdante a la dignidad humana (artículo 1), pues no se le garantizaron sus derechos laborales; que se incumplió con uno de los fines estatales (artículo 2), al no garantizar la efectividad de los derechos al trabajo y a la igualdad; la igualdad (artículo 13), porque no se dio el principio de igualdad real y material, ya que el demandado no ha respetado los derechos laborales y con esto discrimina al demandante; al acceso a desempeñar cargos públicos (artículo 40); a todos los principios y derechos consagrados en el artículo 53; la obligación de que tienen todos los alcaldes de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley (artículo

¹ Artículo 64, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; y, artículo 65, de la indemnización por falta de pago.

273

315), pues por el contrario, se violaron los derechos laborales del demandante con la expedición del acto acusado.

El artículo 74 y 75 del Decreto 3135 de 1968, en cuanto que el demandante celebró contratos laborales con el demandado y la norma citada indica, que cuando el trabajador no este afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, ya sea porque esta última entidad no asuma el riesgo de vejez, o por la omisión del empleador, "el trabajador que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador o para sus sucursales o subsidiarias durante quince (15) años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha en que cumpla los sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido."

El artículo 84 del Decreto 01 de 1984, por cuanto en el acto administrativo demandado, la Administración actuó con falsa motivación y desviación del poder, debido a que el demandante estaba cobijado por la Ley 27 de 1992, en consecuencia, adquirió derechos de carrera administrativa.

1.4. La Contestación (f. 47 a 58 c1).

La Entidad Territorial demandada se opuso a los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, indicando, que si bien, es cierto que el demandante prestó sus servicios al Municipio de Páez, desde el 1º de mayo de 1978 al 6 de junio de 1993, señaló, que no hubo despido injusto o sin justa causa; por el contrario, manifestó que el Municipio de Páez expidió el Decreto No. 05 de 1993, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento efectuado al demandante, acto administrativo que surtió todos su efectos, se presume legal, y que al día de hoy conserva plenamente su validez, pues en el tiempo previsto para solicitar su revisión en sede judicial no se censuró.

De otro lado, adujo, que operó el fenómeno jurídico de caducidad, ya que el acto demandado se expidió el día 6 de diciembre de 2010, la parte actora solicitó la audiencia de conciliación prejudicial el día 31 de marzo de 2011, luego, el 25 de mayo de 2011 se expidió la constancia que la declaró fallida y, posteriormente, el día 12 de octubre de 2012 fue presentada la demanda, superándose, así, ampliamente el término de los cuatro meses, previsto en el literal d, del numeral 2, del artículo 164 del CPACA.

Señaló como excepciones de fondo: la de caducidad de la acción, conforme lo dicho en precedencia; ineptitud de la demanda, porque de un lado, el demandante solicita un reconocimiento pensional a causa de un despido injustificado, sin embargo, en el acto administrativo demandado solo le estaba brindado información de un acto que se encuentra en firme, es decir, sobre el Decreto No. 05 de 1993, mediante el cual se declaró insubsistente al demandante; ineptitud sustantiva de la demanda, ya que también se debió demandar el acto administrativo que generó toda la controversia, por la declaratoria de la insubsistencia al demandante -Decreto No. 05 de 1993-.

Como excepciones previas, señaló: i) que no existe un reconocimiento de la pensión sanción de jubilación, a la luz del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, pues la desvinculación del demandante se dio por virtud del Decreto No. 05 de 1993, acto administrativo que no se demandó, y, que entonces, sigue gozando de plena validez; y ii) que no existe falsa motivación, ya que en el acto acusado la administración brindó una información por virtud del derecho de petición invocado, lo que no significa que éste acto administrativo haya resuelto el asunto, pues la controversia se dio en el Decreto No. 05 de 1993, acto que no fue acusado.

Advirtió que el acto administrativo que declaró la insubsistencia del cargo, es diferente al acto administrativo que se demanda, es decir, entre los dos no hay identidad de procedimiento, por lo tanto, manifestó que no se puede utilizar el derecho de petición presentado en el año 2010 para revivir un término dentro de una controversia que expiró en el año de 1993, ya que como lo ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado², una solicitud sobre los mismos hechos, fuera del término para interponer recursos contra una decisión o cuando esta se encuentre en firme, deberá tenerse como una solicitud de revocatoria directa, por lo que su contestación no puede tenerse como un acto administrativo enjuiciable ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de allí que deba declararse la ineptitud sustantiva de la demanda.

1.5. Alegatos de conclusión.

1.5.1. Parte demandante. (f. 149 a 150 c1).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección "B". Exp. 2500002325000200108534-01 (0841-05). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

274

Indicó que se demostró que el demandante laboró al servicio del demandado el tiempo suficiente, para que la entidad territorial le reconozca una pensión de jubilación; que al no realizar la entidad demandada los aportes correspondientes a pensión tiene que reconocerla y pagarla desde cuando surgió el derecho y hasta cuando se dicte sentencia, y de allí en adelante; que para todo efecto, se debe entender que la destitución del demandante fue injustificada; que ante la eventualidad de que la demanda presentada dentro del asunto, no reúna los requisitos que la ley establece, se garantice el derecho sustancial y los derechos fundamentales a la seguridad social, la vida en condiciones dignas, y a la salud, que radican en el demandante.

1.5.2. Parte Demandada (f. 163 a 170 c1).

Reiteró la procedencia de la ineptitud sustantiva de la demanda, en tanto, que el acto administrativo acusado, solo da fe de unos hechos ocurridos en el pasado, ya consolidados dentro de otro acto administrativo -Decreto No. 05 de 1993-, que por el paso del tiempo, ya no es objetable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por otro lado, señaló que el demandante, no cumple con los requisitos para sea acreedor de la pensión de jubilación por despido injusto, contemplada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, ya que no se pudo establecer en el proceso que el despido haya sido injusto. Igualmente, resaltó que la norma antes mencionada sólo aplica para trabajadores oficiales, y que el demandante estuvo vinculado con la entidad demandada a través de una relación legal y reglamentaria.

1.5.3. Ministerio Público. No presentó alegatos de conclusión.

II. La Sentencia Impugnada (f. 191 a 203 c2)

Accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, declaró la nulidad del Oficio No. 282 AMP de 6 de diciembre de 2010, expedido por el Alcalde Municipal de Páez.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó al Municipio de Páez que reconozca, liquide y pague al demandante, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que tiene derecho, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1730 de 2001, de acuerdo con los siguientes argumentos:

En primer lugar, fijó el problema jurídico en determinar si el acto acusado se encuentra viciado por falsa motivación y, en consecuencia, que el Municipio de Páez reconozca y pague al demandante sanción de jubilación, de conformidad con el Decreto 1848 de 1969.

Estableció otro problema jurídico a resolver, en caso que el anterior resultara negativo, de la siguiente forma: determinar si al Municipio de Páez, le asiste la obligación legal, de realizar las deducciones para fines pensionales y remitir los valores correspondientes al Instituto de los Seguros Sociales, o si por el contrario, debe reconocer y pagar al demandante una indemnización sustitutiva.

Indicó que como hechos probados en el expediente se estableció que el demandante, i) laboró al servicio del Municipio de Páez, durante un periodo de 15 años, 1 mes y 5 días, desde el 2 de mayo de 1978 hasta el día 6 de junio de 1993; ii) durante el período que prestó los servicios a la entidad territorial no se realizaron los descuentos referentes a la cotización para pensión; y iii) que de conformidad con el registro civil obrante a folio 10, el demandante nació el 12 de febrero de 1947.

Manifestó que la pensión por despido injusto, se encuentra regulada en el artículo 8º por la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, de lo que determinó, que estas normas solo aplican para trabajadores oficiales, y que probatoriamente se estableció que el demandante ejerció como servidor público.

Precisó, que si bien, la demanda no se encaminó a demostrar si el demandante fue despedido sin justa causa, lo cierto es que tampoco existen elementos que permitan llegar a esa conclusión. Al respecto, profundizó en que mediante las Leyes 61 de 1987 y 27 de 1992, se permitió la inscripción extraordinaria de servidores públicos en carrera administrativa, si se acreditaban unos requisitos para cumplir con tal fin, así que, como no se acreditó ninguna situación al respecto por parte del demandante, no se puede concluir que el despido fue sin justa causa, ya que sobre él no recaían derechos de carrera administrativa.

Por otro lado, indicó que el demandante, manifestó que no ser prosera la pretensión del reconocimiento de la pensión sanción por despido injusto, subsidiariamente, solicitó que el Municipio de Páez, sea condenado al pago de los aportes pertinentes, dejados de hacer ante el Instituto de los Seguros Sociales, previo a decidir sobre éste asunto, adujo el a quo que el demandante, es

beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entonces por ello, beneficiario del régimen previsto en la Ley 33 de 1985 en materia de pensión, sin embargo, destacó que no cumple con los requisitos previstos en la ley para acceder a la pensión, es decir, que tiene la edad, pero le falta tiempo de cotización.

Ahora bien, contando con que el demandante tiene más de 67 años, y le faltan 5 años de cotización aproximadamente para acceder a la pensión dentro del régimen previsto en la Ley 33 de 1985, disponer que la entidad demandada realice las cotizaciones a una entidad autorizada para tal fin, hace nugatorio el derecho a la seguridad social, pues con la edad que tiene el demandante, el tiempo que le falta de cotización y la muy probable imposibilidad de seguir cotizando al sistema, a pesar de no haber sido solicitado en la demanda, el a quo dispuso que como condena se le pague al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

La justificación de la decisión anterior, la soportó en jurisprudencia de la Corte Constitucional³ y del Consejo de Estado⁴, en la cual se ha rebatido el concepto de justicia rogada, para el caso de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, señalando además que el rol del juez contencioso administrativo, debe ir más allá de la mera formalidad expresada en la demanda o su concepto de la violación, para declarar la vulneración de derechos fundamentales cuando lo advierta en el transcurso del proceso.

III. El Recurso de Apelación (f. 207 a 209 c2).

La parte demandada inconforme con la decisión de primera instancia, presentó recurso de apelación contra la sentencia de 14 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, solicitando su revocatoria total, con base en los siguientes argumentos:

Adujo que el acto principal dentro de esta controversia es el Decreto 05 de 6 de junio de 1993, ante el cual el demandante no agotó vía gubernativa; además, se

³ Corte constitucional. Sentencia T-553 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 10 de febrero de 2011. Exp. 76001°2331000200602053-01 (0448-10) C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

trata de un acto administrativo que produjo efectos, y que al día de hoy sigue vigente, ya que nunca fue afectada su validez.

Reiteró que estando en firme, como ha sostenido a lo largo del proceso, el Decreto 05 de 6 de junio de 1993, no puede la administración resultar condenada al pago de ninguna suma de dinero, más cuando, el acto administrativo que se declaró nulo con la sentencia recurrida, se dio en cumplimiento del derecho de petición brindando una información, pero no era el acto administrativo que definió la situación al demandante, pues ese acto es justamente el Decreto 05 de 6 de junio de 1993.

IV. Alegatos de Conclusión en Segunda Instancia.

4.1. Parte demandante No presentó alegatos de conclusión.

4.2. Parte Demandada (f. 241 a 244 c2).

Reiteró que la declaratoria de insubsistencia que recayó sobre el demandante, expresada mediante el Decreto 05 de 6 de junio de 1993, es una decisión en firme, de la cual nunca se desvirtuó la presunción de legalidad; así mismo, indicó que en la sentencia recurrida se estableció que no hubo elementos para afirmar que el despido hubiera sido injusto, en consecuencia, la condena hecha por el a quo a la administración resulta ajena a lo demostrado en el proceso.

Finalmente, advirtió que la declaratoria de nulidad del acto administrativo Oficio No. 282 AMP de 6 de diciembre de 2010, proferido por la demandada, simplemente informó sobre la ocurrencia de un hecho pasado y consumando, la declaratoria de insubsistencia, dada mediante el Decreto 05 de 6 de junio de 1993, para concluir, que este se constituye en el acto administrativo principal, el cual quedó incólume; por los anterior argumentos, se precisa declarar la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

4.3. Ministerio Público. No presentó alegatos de conclusión.

V. Consideraciones

5.1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia la sentencia de 14 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, ya que el Tribunal Administrativo de Boyacá es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Juzgados Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 153 del CPACA.

La competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por la sola manifestación, de manera abstracta, de impugnar la respectiva providencia. Lo anterior significa, que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, como es el caso, no son absolutas, pues están limitadas, por el principio de la "non reformatio in pejus", visto en el artículo 31 de la Constitución Política y desarrollado en el artículo 328 del CGP, aplicable a esta jurisdicción por la remisión normativa prevista en el artículo 306 del CPACA.

Así, pues, al juez de segunda instancia le está vedado, revisar temas del fallo de primera instancia que son aceptados por el recurrente, (bien porque omite mencionarlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, espira por completo la controversia⁵.

5.2. Problema Jurídico.

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 14 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, para determinar, si hay lugar a revocarla, debido a que no se demandaron todos los actos administrativos que definieron la controversia, tal como lo señaló en el recurso de alzada la demandada; o si por el contrario, es viable mantener la decisión apelada o entrar a definir la situación pensional del actor bajo otro marco jurídico al señalado como desconocido en el concepto de la violación descrito en la demanda.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección "A". Sentencia de 26 de noviembre de 2014, dada en pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho. Exp. 760012331000 199801093 01(31297). C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario, i) abordar el tema de la seguridad social como derecho fundamental, ii) la prevalencia de lo sustancial frente a lo formal; (iii) el principio de justicia rogada en la jurisdicción contenciosa administrativa y la aplicación del principio *iura novit curia* en materia pensional; iv) el principio de favorabilidad y v) el régimen de pensión por vejez para empleados territoriales, para pasar a definir el caso concreto logrando la efectividad de los derechos de las partes.

Las condiciones particulares del caso implican que la Sala realice un análisis especial en clave constitucional del presente asunto, dada las implicaciones en este ámbito que tiene las condiciones concretas del *sub iudice* en la esfera de ese marco *ius fundamental*, por los principios y derechos en pugna al interior del proceso; en esa medida esta Corporación por lo tanto procederá a estudiar los diferentes aspectos que involucran la resolución del caso en pro de obtener la realización de una justicia material como fin deseable dentro del modelo de Estado Social de Derecho, que permita la concreción de los principios, garantías y derechos consagrados en la Carta Política.

5.3 Relevancia Constitucional del Derecho a la Seguridad Social.

En el contexto *ut supra* mencionado, resulta indispensable hacer mención a la relevancia constitucional que tiene en nuestro Sistema Jurídico el Derecho a la Seguridad Social, con la finalidad de destacar en este caso su injerencia en las resoluciones que se adopten en esta instancia.

La Corte Constitucional en sentencia SU-023 de 2015, sobre la evolución del Derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional, señaló:

“De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural–.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina –incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional – acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”⁶.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁷. Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

*Es por ello que en pronunciamientos más recientes, esta Corte ha señalado que **todos los derechos constitucionales son fundamentales**⁸ pues se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las **fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria** (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el **matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa**. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción). (Negrilla fuera del texto)⁹.*

En un pronunciamiento posterior, esa Corporación sobre la naturaleza del Derecho a la Seguridad Social, sostuvo:

“2.4.1. Basado en los principios de solidaridad, igualdad y universalidad, el derecho a la seguridad social adquirió mayor desarrollo hacia la segunda mitad del Siglo XX¹⁰, con positiva evolución que condujo a su reconocimiento

⁶ Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

⁷ Víctor Abramovich, Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

⁸ Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia SU-023 de 22 de enero de 2015. MP. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹⁰ “La seguridad social, para Jambu-Merlin, nace a partir de 1941 de los siguientes factores: a) Una terminología. En 1935 es votada, en Estados Unidos, La Social Security Act. Esta expresión se introdujo rápidamente en los países angloparlantes y después se extendió al mundo entero. b) Un acontecimiento político y militar. La guerra de 1939 a 1945... los gobiernos saben que una de las condiciones de un esfuerzo bélico y un esfuerzo de reconstrucción será la implementación de una sociedad más justa, más segura y de una democracia más social... la Carta del Atlántico del 12 de agosto de 1941, contiene, resultante de la petición de Churchill, un párrafo sobre la necesidad de extensión de la seguridad social a todos. Lo mismo en la declaración de Filadelfia de la OIT, de 10 de mayo de 1944. c) Una necesidad social... las necesidades más vivas en materia de seguridad y de

internacional como uno de los derechos inmanentes de la persona, hasta el punto de haber sido incluida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹², entre otros varios tratados.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. **Es un derecho humano fundamental** y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social”¹³ (Negrilla fuera del texto original).

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estatuye: “**Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia**” (la negrilla es nuestra).

El artículo 9º del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), es del siguiente tenor: “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

(...)

2.4.3. Bajo esa línea argumentativa, la Corte Constitucional ha venido aceptando que el carácter fundamental de un derecho lo otorga su consagración en la carta política, debido a que todos los allí consignados son fruto del desarrollo de los principios y valores en que se funda el Estado social de derecho¹⁴, razón por la cual la distinción que otrora se realizó, hoy resultaría superada.

Al ser los derechos constitucionales fundamentales, se hacen exigibles en diferente grado y manera, a través de diferentes mecanismos, debido a que su estatus

salud... hacen posible que aparezca una idea completamente ignorada a principio de siglo: la protección social debe extenderse a todos... d) Un documento británico... es, en cierta medida, la conjunción de los tres elementos precedentes, la que conduce al gobierno británico a confiar, en mayo de 1941, a Sir William Beveridge la misión de estudiar la transformación de las instituciones de protección social.” Carrillo Prieto, Ignacio. *Introducción al Derecho Mexicano. Derecho de la Seguridad Social*. Ed. Universidad Autónoma de México. México, 1981, pág. 27.

¹¹ Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

¹² Artículo 9º: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

¹³ Seguridad Social. Un nuevo consenso. Conferencia N° 89 de la OIT. 2002.

¹⁴ Ib. “La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.”

278

*superior los hace ineludiblemente objeto de la formulación de las políticas públicas de cada Estado. (...)*¹⁵.

Conforme a lo precedente no cabe duda que el Derecho a la Seguridad Social es una garantía fundamental consagrada en la Constitución Política, por lo que debe garantizarse su efectividad y realización dentro del marco del Estado Social de Derecho, llevando consigo la realización de los derechos fundamentales que se encuentran ligados con las garantías que integran la Seguridad Social.

5.4. Pensión de Vejez- Expresión del Derecho a la Seguridad Social.

Uno de las vertientes que integran el Derecho a la Seguridad Social, es el Derecho a la Pensión, entendida ésta como la contraprestación del Estado, ya sea de manera directa o por intermedio de las instituciones autorizadas para ello, por los servicios prestados durante el periodo de productividad de una persona, cuando ya no se encuentra en capacidad de seguir laborando, por diversas circunstancias, entre los cuales se cuenta la vejez. La Corte Constitucional sobre la pensión de vejez en reciente pronunciamiento sostuvo:

“El derecho a la pensión de vejez ha sido definido por este Tribunal como una prestación económica, producto del ahorro forzoso, que permite garantizar la subsistencia en condiciones dignas de aquellas personas que cotizaron durante toda su vida laboral y que han visto disminuida su capacidad de producción económica¹⁶. Al respecto, ha señalado lo siguiente:

“La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. (...) El desgaste físico, psíquico y/o emocional al que se encuentran sometidas las personas que a lo largo de su vida han laborado, encuentra su recompensa en la obtención de la pensión de la vejez, la cual garantiza unas condiciones mínimas de subsistencia. Por lo que, con dicha prestación económica se persigue que aquellas no queden expuesta a un nivel de vida deplorable, ante la disminución indudable de la producción laboral”¹⁷.

En esa medida, cuando un trabajador acredita los requisitos fijados en la ley para obtener la pensión de vejez (edad y tiempo de cotizaciones), podrá acceder a un descanso remunerado, fruto del esfuerzo de toda una vida laboral, que le permitirá contar con unos ingresos económicos que garanticen su subsistencia digna y la de su familia¹⁸. (Negrilla y Subraya fuera del texto)¹⁹.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-128 de 26 de marzo de 2015. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ Sentencia SU-769 de 2014.

¹⁷ Sentencia T-398 de 2013. Reiterado en la Sentencia SU-769 de 2014.

¹⁸ Sentencia C-107 de 2002. Reiterado en la Sentencia SU-769 de 2014.

En ese orden de ideas la pensión de vejez constituye uno de las manifestaciones materiales del Derecho a la Seguridad Social, al ser una prestación económica legal que garantiza la subsistencia digna del ex trabajador y su familia, cuando éste ha perdido la capacidad laboral, en esa medida una de las formas de concreción del derecho a la Seguridad Social es el reconocimiento y pago de la pensión por vejez, cuando se cumpla con los requisitos señalados por la Ley. Siendo ello, una expresión innegable de la justicia material que se reclama dentro del modelo constitucional colombiano.

5.5. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

Dentro del Sistema Jurídico, se ha tenido la distinción de dos formas de derechos que involucran la concreción de las normas constitucionales y legales, de un lado, la parte sustancial, como expresión de la voluntad del principio democrático, en la concesión de derechos a los asociados, lo que se ha entendido como la sustancia, el contenido mismo de los derechos en su núcleo fundamental y consagración legal; de otra parte, se encuentra las formas, o el derecho adjetivo, constituye las herramientas por las cuales pueden activarse las garantías consagradas en el derecho sustancial; aunque en lo general la relación entre estas dos clases de derecho son de complementariedad, no deja de presentarse eventos en los cuales entren en contradicción, los derechos sustanciales con las formas procesales previstos ambos en la Ley, para resolver esta clase de antinomias, se ha recurrido al principio de prevalencia o primacía de lo sustancial frente a lo formal.

La Corte Constitucional en jurisprudencia de vieja data sobre ese concepto consideró:

“1. Prevalencia del derecho sustancial sobre las formas

1.1. Es clara la trascendental importancia del derecho procesal dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, en cuanto las normas que los conforman son la certeza de que los funcionarios judiciales al cumplirlas estarán sirviendo como medio para la realización del derecho sustancial mientras que respetan el debido proceso judicial (todo juicio debe basarse en las leyes preexistentes y con observancia de las formas propias de cada litigio) que garantiza la igualdad de las partes en el terreno procesal, les posibilita el derecho de defensa, da seguridad jurídica y frena posibles arbitrariedades o imparcialidades del juez.

El procedimiento no es, en principio, ni debe llegar a ser impedimento para la efectividad del derecho sustancial, sino que debe tender a la realización

¹⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T-181 de 16 de abril de 2015. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos.

Cuando surge un conflicto respecto de un derecho subjetivo, es el derecho procesal el que entra a servir como pauta válida y necesaria de solución de la diferencia entre las partes. Se debe tener siempre presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial.

Teniendo en claro la prevalencia que en la administración de justicia debía tener el derecho sustancial, el constituyente de 1991 lo estableció como principio de la administración de justicia en el artículo 228 al consagrar que en las actuaciones de la administración de justicia "prevalecerá el derecho sustancial". Esta corporación al establecer el alcance de la mencionada norma ha dicho:

*"Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia "prevalecerá el derecho sustancial", está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio."*²⁰

1.2. *Un claro ejemplo de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal ha sido la admisión de demandas de inconstitucionalidad a pesar de no cumplir de manera estricta con los requisitos establecidos en la normatividad pertinente. La Corte se pronunció en el siguiente sentido:*

*"(...) Así las cosas, la Corte Constitucional reitera que en la admisión de una demanda de inconstitucionalidad, así como en su examen, se debe aplicar el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Por consiguiente, cuando la ausencia de ciertas formalidades dentro del escrito presentado por el ciudadano no desvirtúe la esencia de la acción de inconstitucionalidad ni evite que la Corte determine con precisión la pretensión del demandante, no hay ninguna razón para no admitir la demanda."*²¹

1.3. *En materia de tutela, en desarrollo del principio contemplado en el artículo 228 constitucional, se dijo que de manera excepcional podría el juez alejarse del procedimiento establecido con el fin de proteger el derecho sustancial:*

"2.1. La interpretación adecuada de la primacía anotada significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas. En consecuencia, cuando la aplicación de una norma procedimental pierde el sentido instrumental y finalista para el cual fue concebida y se convierte en una mera forma inocua o, más grave aún, contraproducente, el juez

²⁰ Ver sentencia C-029/95, M.P. Jorge Arango Mejía (Correspondió a la Corte determinar la constitucionalidad del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil que establece la interpretación de las normas procesales teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. La Corte, al declarar la constitucionalidad del texto demandado, reiteró la naturaleza de medio que tiene el derecho procesal con respecto al material y su importancia en cuanto a tal.)

²¹ Ver sentencia C-084/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero reiterada por la C-232/97, M.P. Jorge Arango Mejía y la C-779/01, M.P. Jaime Araujo Rentería

de tutela debe obviar el trámite formal en beneficio del derecho fundamental afectado.

2.2. Por lo general, la mejor manera de proteger los derechos fundamentales, se encuentra en la observancia de las formalidades y procedimientos consagrados en la ley. La hipótesis contraria solo posee carácter excepcional - y disfuncional en términos del sistema - que sólo puede tener lugar en casos específicos, en los cuales el juez aporta una motivación contundente que justifica la omisión procedimental.

3. Si se tiene en cuenta que todo procedimiento es un medio para la protección de derechos, el juez debe demostrar en la parte motiva de su fallo que, en el caso concreto que analiza, las formalidades impuestas por la ley perdieron tal virtualidad.

(...)

5. La relación entre las formas jurídicas y los derechos sustanciales debe ser analizada en la situación concreta y de acuerdo con el sentido que allí despliegue cada uno de estos elementos. La preferencia del Estado social de derecho por la efectividad de los derechos no significa subestimación "per se" de las formalidades y de la seguridad jurídica, sino más bien adecuación de medio a fin entre éstas y aquellos." (Sentencia T-283/94. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)²².

La Constitución consagra el respeto de los derechos fundamentales, lo cual implica que esta protección debe prevalecer sobre normas procesales que de ser aplicadas conducirían la negación de los mismos." (Negrilla fuera del texto)²³.

Principio que no es ajeno a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que ha sido utilizado para resolver diversos casos de conocimiento de la misma, así por ejemplo la Sección Tercera en reciente jurisprudencia, al resolver un asunto de su conocimiento señaló:

"24.2. Por regla general, estas facultades se encuentran limitadas por los principios de congruencia, de jurisdicción rogada y de no reformatio in pejus, de manera que para que proceda el reconocimiento de medidas tanto de carácter compensatorio –como son la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados– como de carácter restitutorio, es necesario que exista una petición expresa de la parte demandante en tal sentido.

²² En esta ocasión la Corte no concedió la tutela por considerar que el juez de tutela debería respetar el proceso de declaración de abandono que hasta el momento venía llevando el Bienestar Familiar esperando a que en la debida contradicción que en el mismo se presentara, el accionante lograra desvirtuar la necesidad de la declaración de abandono para que la menor volviera con él y su compañera permanente a pesar de no ser padres naturales de la menor, situación que fue posible lograr cuando por orden del ICBF se otorgó la custodia provisional de la menor a la compañera permanente del peticionario, después de aclarados los hechos para del Bienestar. El juez de primera instancia había considerado que debía aplicar el derecho sustancial a tener una familia por encima de los procedimientos del ICBF motivo por el cual en primera instancia se había concedido la tutela.

²³ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T-1306 de 2001. MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

24.3. Con todo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado²⁴, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve restricciones a los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que **prevalecen en el orden interno**²⁵, pero también de otros instrumentos de derecho internacional²⁶ que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante – razón por la cual se los denomina “derecho blando” o “soft law” –, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general”²⁷ y sirven como “criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos”²⁸.

24.4. **Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia.** (Subraya y negrilla fuera del texto)²⁹.

De lo anterior se evidencia que existen normas sustanciales en diversos sistemas jurídicos que pueden y en algunos casos deben prevalecer sobre las formas procesales con el fin de dar contenido a las garantías y derechos que son

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2001, exp. 20046, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 26 de marzo de 2009, exp. 17.794, C.P. Enrique Gil Botero; de 20 de febrero de 2008, exp. 16996 C.P. Enrique Gil Botero.

²⁵ Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 63), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 13), y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 9). Se hace claridad en que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, para que un tratado de derechos humanos ratificado por el Congreso prevalezca en el orden interno –en resultado de integrarse al bloque de constitucionalidad como lo ha entendido la Corte Constitucional– es necesario que se refiera a derechos ya reconocidos en la propia Constitución. Siendo así, se entiende que los tratados mencionados prevalecen en el orden interno, debido a que el derecho de las víctimas de hechos delictivos a la reparación, se encuentra expresamente estipulado en el artículo 250 del ordenamiento superior.

²⁶ Entre ellos, el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y de abuso de poder; y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

²⁷ Luis Manuel Castro. “Soft law y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales”, en Rodrigo Uprimny (coord.), Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2009. p. 66.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁹ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 11 de septiembre de 2013. Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601). Actor: María del Carmen Chacón y otros. Demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. Reiterada en ese sentido en sentencia de 20 de febrero de 2014. CP. Dr. Ramiro Pazos Guerra. Exp. 29.028.

fundamentales para el ordenamiento jurídico respectivo, tales como los expuestos en los casos señalados por la Corte Constitucional, los cuales no son ajenos a la jurisdicción ordinaria, ahora en relación con casos de nulidad y restablecimiento del derecho similares al que ocupa la atención de la Sala también han sido objeto de aplicación de este principio.

5.6. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal en medios de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Relatividad de la Justicia Rogada – Principio iura novit curia.

En relación con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la Sala traerá a colación dos situaciones que resultan de vital importancia en el sub lite, así (i) La relatividad del principio de justicia rogada; y (ii) principio iura novit curia en medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

En cuanto al primer tópico ha de decirse que el principio de justicia rogada, para el caso de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, está contemplado en el numeral 4° del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma que en su tenor literal prevé:

“Artículo 162.- Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

(...)

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación.” (Negrillas fuera de texto)

La norma en comento, crea una carga al demandante consistente en que, cuando se demande la legalidad o constitucionalidad de un acto administrativo, éste debe indicar aquellas normas constitucionales o legales que, a su juicio, se han vulnerado con la expedición de dicho acto, y una vez cumplido lo anterior, debe explicar en qué forma se ha trasgredido la normatividad que se invoca, en un acápite de la demanda denominado concepto de la violación.

Sobre este tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999³⁰, analizó la constitucionalidad del numeral 4° del artículo 137 del hoy derogado Decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, norma que disponía, en igual sentido que el artículo 162 en cita, la obligación del demandante de señalar las normas que

³⁰ Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

1021

se consideraban vulneradas con el acto demandado y explicar el concepto de dicha violación. En efecto, el alto tribunal señaló:

“La naturaleza y características propias del acto administrativo (...), justifican plenamente que el legislador, dentro de la libertad de configuración de las normas procesales que regulan el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, haya dispuesto que cuando se impugna un acto administrativo deban citarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. En efecto:

Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.

Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.” (Destaca la Sala)

Así pues, es claro que la obligación a que se ha hecho alusión, debe ser atendida y satisfecha por quien demanda, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, un acto administrativo, pues de ello dependerá, entre otras circunstancias, la celeridad en el trámite del proceso y la prosperidad o improsperidad de las pretensiones incoadas en dicha demanda.

Las anteriores exigencias son normas procedimentales que permiten al momento de fijación del litigio al funcionario judicial trazar los lineamientos de toda la actuación judicial, pues la demanda es la proposición inicial efectuada por la persona que acude ante la administración de justicia, con la finalidad de obtener la resolución de los problemas que suscitaron el problema jurídico que trae precisamente en la demanda, como manifestación del ejercicio del derecho de acción.

Por eso la relevancia que se le ha dado al concepto de la violación dentro de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho por cuanto constituye

el marco referente para el desarrollo del proceso, pues la contraparte dará respuesta a los planteamientos efectuados en la demanda, y en especial en el concepto de la violación, para defender la legalidad del acto administrativo demandado, con lo cual se traba la Litis, y el Juez sobre esas dos posiciones adoptará la decisión que en derecho corresponda para lograr la solución a las dos proposiciones expuestas por las partes.

Adicionalmente, el cumplimiento del mencionado requisito formal de la demanda contenciosa administrativa, comprende que la parte demandante argumente de forma mínima el concepto de la violación. Al respecto, es oportuno traer a colación la sentencia de 14 de julio de 2011 del Consejo de Estado, con ponencia de la Dra. María Claudia Rojas Lasso, en la que se precisó:

*“En relación con este último presupuesto, esta Corporación ha advertido que, **para que se configure un cargo apto, las razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, deben ser claras³¹, ciertas, específicas³², pertinentes³³ y suficientes³⁴, como carga mínima de argumentación que el***

³¹ “La **claridad** de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”³¹, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa”.

³² “Las razones son **específicas** si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”³². El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”³² que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.”

³³ “La **pertinencia** también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales³³ y doctrinarias³³, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”³³; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia³³, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa”³³ a partir de una valoración parcial de sus efectos.”

³⁴ “La **suficiencia** que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime

2012

*actor debe exponer para evitar una decisión inhibitoria.*³⁵

(...)

No le corresponde a esta Corporación examinar oficiosamente la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos acusados, sino pronunciarse respecto de las acusaciones razonablemente sustentadas que efectivamente formulen los ciudadanos, lo cual implica que esta Corporación sólo pueda adentrarse en el estudio de fondo de un asunto cuando la acusación se ha presentado en debida forma,³⁶ lo que implica que satisfaga la exigencia de una carga mínima de argumentación, pues esta constituye requisito sine qua non para que el debate de constitucionalidad o de legalidad se trabee en debida forma, y gire en torno a problemas jurídicos claramente discernibles³⁷.” (Resaltado fuera de texto)

Por otro lado, este principio procesal, se restringe o encuentra límite, en la medida que: i) haya una violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante, o ii) cuando el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución, en concordancia con el artículo 4º de la Constitución Política que establece la primacía de la Constitución frente a cualquier otra norma de menor rango, caso en el cual, el juez de lo contencioso administrativo, **puede tomar una posición oficiosa en garantía del derecho fundamental**³⁸.

La Corte Constitucional en sentencia T-553 de 2012, al desarrollar ese tema sostuvo que:

“(...)

5.1. *Ahora bien, tradicionalmente se ha dicho que el principio de la justicia rogada rige el actuar de la jurisdicción Contencioso Administrativa y ha sido entendido en dos ámbitos que se encuentran conexos, que consisten en que: i) el juez no puede iniciar de oficio un juicio pues es el libelista quien debe identificar e individualizar el acto impugnado; y ii) el funcionario judicial se encuentra vinculado a lo solicitado en la demanda, de modo que en principio el fallador está impedido para estudiar temas y pronunciarse sobre puntos que no han sido planteados o sustentados por el actor. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional flexibilizó dicha concepción, en aras de garantizar la supremacía constitucional, y con ello principios como la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de los derechos fundamentales.*

facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.

³⁵ Sentencia C-1052 de 2001.

³⁶ Sentencia C-447 de 1997.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 14 de julio de 2011. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Radicación número: 2009-00032-02. Actor: Efrén Antonio Hernández Díaz.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-553 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Vale resaltar que, la justicia rogada se aplica cuando un ciudadano solicita la nulidad de un acto administrativo y no cuando el objeto de la demanda es la declaratoria de responsabilidad del Estado o salvaguardar derechos colectivos o fundamentales en las acciones constitucionales, pues en ellas el juez contencioso aplicará el principio iura novit curia, que significa el juez conoce el derecho. Con este principio “el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”³⁹.

5.2. *La rogatividad de la jurisdicción se positivizó en el numeral 4 del artículo 137 y en el 138 del Código Contencioso Administrativo que expresan respectivamente que cuando se demanda la nulidad de un acto el escrito debe incorporar la indicación de la norma infringida y el concepto de la violación de la misma, así como la determinación del acto jurídico objeto de dicha petición. Así, la pretensión fija el rumbo y el marco de actuación del proceso, sin que el juez administrativo pueda rebasarlo. A su vez, éste no controla la legalidad del acto demandado frente a la totalidad del ordenamiento jurídico positivo, sino respecto de los precisos cargos formulados por el demandante⁴⁰.*

5.3. *Este principio tiene justificación en las formas de expresión de la voluntad de la administración, con las cuales la administración pretende garantizar el interés general, que no puede entenderse por fuera del respeto de los derechos fundamentales de los asociados. De ahí que los actos jurídicos una vez expedidos conforme a las formalidades jurídicas y puestos en conocimiento de los ciudadanos, se presumen legales y cuentan con los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, es decir, son obligatorios para sus destinatarios y pueden ser realizados materialmente aun contra la voluntad de éstos.*

(...)

5.4. *Ahora bien, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha revaluado el concepto de justicia rogada de los argumentos formulados en la demanda por el actor a los planteados por el accionado en la contestación. Efectivamente, el máximo tribunal contencioso ha comprendido dentro de la órbita de decisión del juez administrativo lo debatido a lo largo del proceso por las partes e intervinientes.*

5.4.1. *Tal flexibilización de la rogatividad de la jurisdicción sucede porque la demanda y su contestación fijan el marco de la relación jurídico procesal. De esta manera, “el principio de justicia rogada, derivado del artículo 137, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, según el cual en toda demanda ante la jurisdicción administrativa relativa a la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación, implica una carga correlativa para el accionado, realizar en la contestación una exposición detallada y precisa sobre los hechos de la demanda y las razones de la defensa, conforme al artículo 144, numeral 2, del C.C.A.”⁴¹.*

³⁹ Sentencia T-146 de 2010 y T-047 de 2011 M.P. M.P. María Victoria Calle Correa

⁴⁰ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 11001-03-15-000-2001-0110-01(A1); Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Yesid Rojas Serrano. Expediente No. 2262. Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005).-Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05514-01(2909-04). En el mismo sentido

*Conjuntamente en otras decisiones, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha encontrado decisiones de los jueces acordes al principio de la justicia rogada que sustentan la nulidad de los actos administrativos demandados, en los argumentos desarrollados a lo largo del proceso, y que además se encuentran presentes en las pruebas, sin que se hayan formulado de forma expresa en la demanda⁴². Lo antepuesto faculta al funcionario judicial competente para declarar ilegal un acto jurídico por hechos y argumentos presentes en todo el expediente así no se hallen en el escrito contentivo de la demanda, pues es una obligación de insoslayable cumplimiento por virtud de lo dispuesto en los artículos 107 del C. C. A y 305 del C. de P. C., y en el inciso 1º del artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que dispone textualmente lo siguiente: “**Artículo 55. Elaboración de las providencias judiciales.** Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales”.*

5.5. Por su parte, esta Corporación en la sentencia C-197 de 1999 determinó que “bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”. La Corte advirtió dos supuestos en los que se flexibiliza el principio de justicia rogada, que consisten en: i) la violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante; y ii) cuando el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución.

En las dos hipótesis enunciadas se aplica directamente la Constitución Política, a través de la efectividad de los derechos fundamentales. Ello es una actitud concordante con el papel del juez contencioso en el Estado Social Derecho, en la medida que debe realizar un análisis de legalidad y de constitucional del acto administrativo demandado.

En tal virtud, defectos como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad. Posiciones como estas descartan que en los juicios contenciosos prime un rigorismo procesal sobre el derecho sustancial.

En suma, el juez administrativo con la finalidad de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, decretar la nulidad de los actos administrativos por razones no formuladas en la demanda, con sustento en la primacía de los derechos fundamentales, la aplicación preferente de la Constitución y la prevalencia del derecho sustancial.

se pronunció la Sección Segunda Subsección "B" Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00006-01(2292-08). En forma reciente, Sección Segunda Subsección "B" Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-2003-02124-01(1039-10)

⁴² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00816-01.

5.5.1. La anterior regla ha sido acogida por el Consejo de Estado, quien ha criticado el tratamiento rigorista de los jueces respecto de los argumentos y de las pruebas, propio de la justicia rogada. (...)

5.6. En conclusión, el concepto de justicia rogada pasó de estar restringida a los cargos de violación presentados en la demanda por el accionante, a la relación jurídica procesal trabada entre las partes procesales, así como al material probatorio y los argumentos que se formularon en el proceso que se encuentra en el expediente. Igualmente, la rogatividad de la jurisdicción contenciosa se flexibiliza cuando: i) se vulneren los derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante; o ii) el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución. En estos eventos en los que el juez contencioso tiene la competencia para declarar la nulidad de un acto administrativo por motivos diferentes a los planteados por el accionante aplicando directamente la Constitución. (Subraya y negrilla fuera del texto)⁴³.

En esos términos ha de tenerse que el principio de la jurisdicción rogada debe ceder frente a la realización de otros derechos que resultan más relevantes para la consecución de la materialización de la justicia.

Ahora el Consejo de Estado en sentencia de 28 de junio de 2012⁴⁴, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en materia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho sostuvo lo siguiente:

“3.2. Del principio *iura novit curia* frente a personas de la tercera edad.

Como se relató en la parte histórica de ésta providencia, la actora señaló como aplicables a su caso las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, cuando como se vio, su situación pensional se rige por las Leyes 33 y 62 de 1985, situación **que en principio entraría en contradicción con el principio de justicia rogada y que no dejaría otro camino diferente a desestimar las pretensiones de la demanda.**

Al respecto, es menester indicar que el derecho al acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, en tratándose de la jurisdicción contenciosa administrativa adquiere connotaciones especiales dada su naturaleza preponderantemente rogada, que para el caso particular de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho impone al interesado en la declaratoria de nulidad de un acto administrativo asumir ciertas obligaciones para que ante la jurisdicción se discuta si una decisión de la Administración se ajusta al ordenamiento jurídico. En tales términos, **el particular asume la carga de presentar una demanda en la que le otorgue al juez todos los elementos**

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-553 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia de 28 de junio de 2012. Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01005-01(1248-11). Actor: Nelly Victoria Haydar de Arrieta. Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

necesarios para que realice una confrontación de legalidad entre el acto acusado y la normatividad aplicable⁴⁵, tal como se evidencia de una lectura al artículo 137 del C.C.A⁴⁶.

Tales requisitos formales del derecho de acción deben ser entendidos y analizados en la medida en que con ellos se protejan derechos sustanciales de las partes, como el debido proceso. Así pues, son los principios en virtud de los cuales las formas adquieren relevancia y deben ser protegidas, los límites que el juez debe tener en cuenta al momento de determinar si es viable efectuar un análisis de fondo a la cuestión debatida, o si, por el contrario, debe declararse inhibido para emitir un pronunciamiento. No de otra manera pueden armonizarse los requisitos formales de la demanda con el derecho al acceso a la administración de justicia, artículo 229 de la C.P., y el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, artículo 228 ibídem.

Uno de tales principios se trata del principio general del derecho iura novit curia, que significa “el juez conoce el derecho”, entendido y reiterado en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, en virtud del cual “el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente”⁴⁷.

(...)

Para ésta jurisdicción, su aplicación se ha reconocido en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, evento en el que el juez puede interpretar y precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante, sin que se llegue a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión.

La aplicación de éste principio debe ir de la mano con el principio de congruencia de la sentencia referente a que las pretensiones de la demanda son las que concretan el límite dentro del cual el Juez debe emitir su sentencia y en esa medida, ese límite se desborda cuando el fallo contiene decisiones que van más allá de lo pedido, como cuando se condena a más de lo pretendido, caso en el cual se infringe el principio en mención, consagrado en los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el 305 del Código de Procedimiento Civil. No obstante también se infringe dicho principio cuando el Juez omite resolver sobre peticiones que fueron presentadas oportunamente. Sin embargo existen casos en los que el fallador debe decidir acerca de aspectos que aún cuando no fueron planteados expresamente por las partes, están implícitos

⁴⁵ Esta carga se explica en la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, la cual los dota de ejecutividad y ejecutoriedad.

⁴⁶ “Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá: 1. La designación de las partes y de sus representantes; 2. Lo que se demanda; 3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la acción; 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación; 5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer; 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.”

⁴⁷ Ver fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Godínez Cruz, Caso Durand y Ugarte y Caso Castiilo Petruzzi y otros.

en las pretensiones o en las excepciones propuestas, caso en el cual no se configura la inconsonancia de la sentencia.⁴⁸

Resumidamente, la aplicación del principio *iura novit curia* debe respetar el principio de la congruencia de la sentencia y con ello el marco de la relación procesal en cuanto a las personas, objeto y causa, de tal modo que la sentencia no condene a persona distinta; tampoco recaiga sobre cosa dispar; ni invoque una nueva 'causa petendi'; además debe atender las pretensiones de la demanda y aquellos aspectos contenidos implícitamente en ellas.

Pero en que (sic) casos se debe aplicar el mencionado principio sin que se desnaturalice el carácter rogado de la jurisdicción?

Es menester indicar que en reiteradas oportunidades, **esta Corporación ha sostenido que el juez debe integrar e interpretar la demanda de forma tal que supere los meros formalismos y llegue a impartir justicia, de fondo y sin dilaciones.** Al respecto, se ha señalado:

“No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda, sacrificando el derecho sustancial en aras de ciertas formalidades. Por ello el juez debe valorar su contenido aun cuando ella no esté muy acorde con la técnica procesal.”⁴⁹

Ahora bien, es cierto que la formulación que en la demanda se hace sobre las normas violadas y su concepto de violación no se ajusta a los parámetros establecidos en el artículo 137 del C.C.A., lo cual podría degenerar en una inepta demanda. **Con todo, considerando que el acto acusado entraña una situación de inequidad y desmejoramiento de la pensión de jubilación que obra en favor de su titular, fuerza reivindicar ineluctablemente la prevalencia del derecho sustancial sobre la ritualidad, para reconocer sin más la procedencia de la nulidad deprecada.**⁵⁰ Resalta la Sala.

La providencia que se cita refiere la protección de derechos de personas de la tercera edad, que valga señalar, llevan consigo la protección de derechos sustanciales tales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal -artículos 29, 228 y 229 de la C.P.-, a quienes imponerle la carga de volver a presentar la demanda para acceder a la reliquidación pensional, constituye un desacierto que no se ajusta a los principios que rigen el Estado Social de Derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional ha aclarado, que en los casos en los que el solicitante o afectado sea **una persona de la tercera edad, implica por sí misma, el incremento de la vulnerabilidad del individuo**⁵¹, frente a

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02501-01(1146-05), Actor: MILTON JOSE MORA LEMA

⁴⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda; 26 de mayo de 1994; M. P. doctor Álvaro Lecompte Luna; Radicado interno No. 4929; actor: Edilfredo Morales Villegas.

⁵⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; 12 de noviembre de 1998; M. P. doctor Carlos A. Orjuela Góngora; radicado interno No. 17593; actor: Caja Nacional de Previsión Social.

⁵¹ En tal sentido la Corte dijo en la Sentencia T-668 de 2007, lo siguiente: “...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios

quienes las autoridades deben obrar, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protectorio, de tal forma que se materialice la intención del constituyente y se busque garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.⁵²

En armonía con lo anterior, debe la Sala concluir que entonces cuando existan situaciones particulares que al estudiar cada caso concreto implique que deban prevalecer esos componentes sobre las formas propias de los juicios de nulidad y restablecimiento del derecho, debe el Juez entrar a estudiar las circunstancias que lo rodean, con el fin de encajar la decisión judicial con el Sistema de Valores y Principios Constitucionales, que implique la consecución del ideario de Justicia Material, en esa medida es indispensable señalar cómo debe desarrollar su labor el Juez Administrativo, para ello se hará acopio de lo manifestado por el máximo guardián de la Constitución en la sentencia T-553 de 2012, en la cual se dijo:

“El papel constitucional del juez contencioso administrativo en los procesos sometidos a su conocimiento y su relación con la justicia rogada⁵³.”

5. El papel del juez⁵⁴ en un Estado democrático de derecho ha cambiado la forma de entender el principio de justicia rogada, debido a que el funcionario judicial se convierte en un sujeto privilegiado o, en el canal autorizado para garantizar la efectividad de los derechos consagrados constitucionalmente.

De esta manera, la Constitución de 1991 encargó al juez ordinario la tarea de salvaguardar las garantías esenciales y de promover la primacía de la Carta Política. Así, en virtud del principio de justicia material la competencia del juez en un proceso no puede limitarse a lo alegado en la demanda. Éste cuenta con un rol activo dentro del trámite que lo identifica como el director del proceso, deber que se concreta en que el funcionario judicial actúe de forma diligente y eficiente. Por tal razón, su labor no puede ser paquidérmica, mecánica o concentrarse solo en la ley, sino que debe

judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, si menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”.

⁵² Sentencia T-719 de 2003.

⁵³ La argumentación presentada en este acápite de la sentencia respecto de la justicia rogada se realiza tendiendo como fuente normativa de estudio el Código Contencioso Administrativo el Decreto 01 de 1984, pues si bien el estatuto no se encuentra vigente, fue bajo esta norma que el Tribunal Administrativo del Bolívar revocó la sentencia que hoy se acusa de vulnerar derechos fundamentales en mayo de 2011.

⁵⁴ Este puede ser entendido como el conjunto de expectativas, valores y actitudes sobre las modalidades, cómo se comportan los jueces o se deben comportar. Marradi Alberto. Voz Sistema Judicial, en Norberto Bobbio, Nino Matteucci y Gianfranco Pasquino. Diccionario de política. Madrid. Edit. Siglo XXI 10ª ed. 1997. Pp. 1459.

obedecer a una valoración integral y racional de los diferentes elementos que estén presentes al decidir un caso concreto, de modo que la decisión dictada goce de coherencia interna y externa³⁵."

5.7. Principio de Favorabilidad.

En relación con este principio constitucional, ha de tenerse en cuenta que cuando existe una duda interpretativa en la resolución de un caso, que permita contar con dos alternativas de solución, se ha de preferir la que resulte más favorable a los intereses de la parte más débil de la relación procesal, frente a la restrictiva o desfavorable para ese sujeto procesal. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-128 de 2015, sostuvo:

"2.6. La condición más beneficiosa y el principio de favorabilidad"

2.6.1. El principio de la condición más beneficiosa nace del artículo 53 de la Constitución Política, cuyo inciso final prescribe: **"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores"**. (Negrilla fuera del texto).

2.6.2. En la sentencia C-168 de 1995, la Corte precisó sobre este principio lo siguiente:

"La 'condición más beneficiosa' para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

En cuanto a la consagración legal del principio de favorabilidad, la precitada sentencia afirmó:

"El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: 'En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su"

³⁵ Sentencia T-382 de 2010 .M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

integridad'; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del 'in dubio pro operario', según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador."

Respecto de su aplicación en asuntos pensionales, la misma providencia explicó:

"En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador." (Negrilla y subraya fuera del texto original)⁵⁶.

Conforme a lo antedicho corresponde al funcionario judicial que tenga bajo su conocimiento la situación particular, aplicar la norma o preceptos que resuelvan de manera más beneficiosa la situación jurídica de cada caso concreto, observando que en caso que se encuentren en pugna normas o preceptos habrá de preferirse la más favorable, al igual que lo que entre en contradicción sean interpretaciones de un mismo cuerpo normativo habrá de preferirse aquella que sea más beneficiosa, para el caso que ocupa la atención de esta Corporación para el pensionado o la persona que reclama el reconocimiento de esa prestación.

5.8. Armonización Concreta – Ponderación de Derechos y Principios Constitucionales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha referido que en los casos que choquen o entre en colisión principios y derechos constitucionales, le corresponde al funcionario judicial o administrativo, entrar a determinar cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro; para ello ha desarrollado una metodología que permite superar ese tipo de antinomias. Al respecto, consideró en sentencia C-634 de 2011, la cual analiza la constitucionalidad del artículo 10º de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, lo siguiente:

⁵⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia T-128 de 26 de marzo de 2015. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

“(…) En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. Como se sabe, estos difieren de aquellos en que no están contruidos bajo el criterio precepto – sanción sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado. (Negrilla y subraya fuera del texto)⁵⁷.

Conforme a lo anterior, le corresponde al Juez entrar a realizar las acciones de armonización como criterios de optimización del derecho que permitan en el caso concreto materializar los intereses de las partes en conflicto, con las normas aplicables al caso bajo la óptica de primacía de los principios y fundamentos constitucionales.

5.9. El régimen de pensión por vejez para empleados territoriales.

El Decreto Ley 2400 de 1968 contempla las disposiciones sobre la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del nivel nacional; esta norma fijó en 65 años la edad de retiro forzoso, en cuyo caso estableció una pensión de vejez, conforme al siguiente tenor:

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011. MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

“Artículo 31.- Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. (...)”.

Así mismo, el Decreto Ley 3135 de 1968 “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales” estableció en su artículo 29:

“Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente decreto el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal”.

Ahora, el Decreto 1848 de 1969 (reglamentario de la normativa antes señalada) en el numeral 2º de su artículo 81 dispuso los medios probatorios para demostrar la falta de ingresos propios para la congrua subsistencia, así:

“a) Con dos declaraciones de testigos sobre la carencia de bienes o rentas propios del interesado para atender a su congrua subsistencia, conforme a su posición social, rendidas ante un juez del trabajo o civil con citación del respectivo agente del ministerio público; y

b) Con la presentación, además, de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado, expedida por la Administración de Hacienda Nacional respectiva”.

Aunque se debe advertir que las normas antes señaladas, en principio no aplican para los empleados territoriales, como es el caso del demandante, ya que únicamente se reguló lo referente a los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, lo cierto es, que el Consejo de Estado, haciendo uso de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, referentes a la seguridad social integral, considera desigual el trato que se le ha dado a los empleados y trabajadores oficiales que ostentan vinculación territorial, quienes bajo los mismos supuestos de hecho que sus pares nacionales, no tengan derecho a la pensión por vejez. Afirmar lo contrario, deviene en la violación del artículo 13 de la Constitución Política⁵⁸.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 26 de febrero de 2003. Exp. 08001-23-31-000-1997-2063-01(1108-02). C.P. Alberto Arango Mantilla.

Así las cosas, se colige que las normas que recogen las disposiciones sobre pensión por vejez para los empleados públicos y los trabajadores oficiales del nivel nacional, también le son aplicables, por vía de igualdad, a los empleados y trabajadores oficiales del nivel territorial⁵⁹.

De otro lado, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, se unificaron las normas generales para la jubilación de los empleados oficiales de todos los órdenes, trátase de empleados públicos o trabajadores oficiales, sin hacer referencia a la “pensión de retiro por vejez”; situación que no implicó la derogatoria de dicha prestación, la cual se seguía rigiendo por las disposiciones enunciadas anteriormente.

Por su parte, la Ley 71 de 1988, aplicable a todos los afiliados de las entidades de previsión social del sector público, estableció para los empleados públicos y trabajadores oficiales que hubieran llegado a la edad de 60 años en el caso de los hombres, y 55 años de edad en el de las mujeres, una “pensión de jubilación por aportes”, que incluía las cotizaciones efectuadas en el sector privado y se previó además, que la pensión mínima no podría ser inferior al salario mínimo mensual.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, dispuso un régimen de transición respecto de la pensión de vejez del régimen solidario de prima media con prestación definida para quienes cumplan los requisitos de edad o tiempo de servicios (cualquiera de los dos) previstos en el artículo 36 de la mencionada ley y, en consecuencia, “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

De lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia de abril 7 de 2005, expediente No. 1721 de 2003, Consejero Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, aclaró lo referente a la aplicación del régimen de transición para quienes soliciten la pensión de retiro por vejez en vigencia de la Ley 100 de 1993. En dicha oportunidad señaló lo siguiente:

“... Con fundamento en la disposición transcrita, (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) la Sala en reiterados pronunciamientos viene precisando que el régimen de transición es un beneficio que la ley contempla, consistente en

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 26 de agosto de 2010. Exp. 15001-23-31-000-2002-02272-01(0774-09). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

2018

que las personas que cumplan las exigencias en ella señaladas, su pensión en cuanto a edad, tiempo de servicios o número de semanas de cotizaciones y cuantía de la mesada, se rige por la normatividad anterior.

A lo anterior se agrega que la disposición que contempló el denominado régimen de transición, no hizo distinción al tipo de pensión, vale decir si la ordinaria o la de retiro por vejez”.

6. El caso concreto.

6.1. De lo probado o aceptado en el proceso.

- El señor José Joaquín Daza Rojas, laboró ininterrumpidamente como empleado público al servicio del municipio de Páez Boyacá, como Acaide de Cárcel y Citador, desde el 1º de mayo de 1978 al 6 de junio de 1993 (f. 11 c1).
- En el tiempo laborado al servicio de la entidad territorial, (15 años, 1 mes y 5 días), no se realizó ningún pago a Entidad, Fondo o Caja de Previsión Social, de los aportes para pensión (f. 81 c1,), (fl. 251 a 257, 262, 264 y 265 c2).

Es de advertir que mediante **auto de 5 de agosto de 2015** (fls. 246 y 247 c2), se ordenó requerir a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A, a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías – Asofondos, y al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, a fin de que certificaran si el demandante en este proceso es beneficiario de pensión alguna y remitieran, en caso afirmativo, los soportes del caso con indicación de las fechas desde las cuales le fue reconocido dicho beneficio (fls. 248 a 250 c2).

Las citadas entidades dieron respuesta señalando **no tener información de reconocimiento pensional o afiliación del demandante a ellas** (fls. 251 a 253, 262 a 265 c2). Por su parte, la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía – Asofondos, informó sobre una vinculación del demandante a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES **por el lapso comprendido entre el 12 de marzo y el 30 de noviembre de 1997** (fls. 255 a 257 c2), no obstante **tampoco certificó el reconocimiento de pensión alguna al demandante.**

- El demandante nació el día 17 de febrero de 1947 (f. 10 c1), por lo que a la fecha de esta sentencia cuenta con más 68 años.
- El día en que fue retirado del servicio -6 de junio de 1993-, el demandante contaba con la edad de 46 años (f. 10 c1).

6.2. Resolución de los problemas jurídicos.

6.2.1. Aplicación de la prevalencia del derecho fundamental a la seguridad social sobre el principio non reformatio in pejus.

El principio de la *non reformatio in pejus*, es una garantía constitucional que permite al apelante único, como sucede en el sub lite, contar con la seguridad que únicamente serán estudiados los cargos formulados por éste contra la sentencia objeto del medio de impugnación. Sobre ese principio, en sentencia de 7 de julio de 2010⁶⁰, la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo lo siguiente:

“Al respecto, según lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, por lo cual el superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. En este sentido sostuvo esta Corporación en providencia de 5 de julio de 2007⁶¹:

“Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.”.

*Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la **non reformatio in pejus**, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política. Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:*

⁶⁰ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 7 de julio de 2010. Radicación número: 15001-23-31-000-2003-01931-01(1597-09). Actor: Hilda Marlen Díaz Rojas. Demandado: Departamento de Boyacá.

⁶¹ Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

“En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la “reformatio in pejus”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia.”⁶².

“En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la “prohibición” de la reformatio in pejus.”⁶³.

En ese contexto, en principio no podría entrar a estudiarse en el caso sino los cargos relacionados por la entidad demandada al momento de proponer el recurso, quien en su apelación hizo mención exclusivamente en que existió ineptitud de la demanda, por cuanto el actor únicamente demandó el acto administrativo que denegó la pensión, pero no demandó la nulidad del Decreto por medio del cual fue declarado insubsistente, decisión que goza de presunción de legalidad por lo que no podría tenerse como un despido sin justa causa.

*Sin embargo, como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, cuando un Juez Contencioso observa que entran en contradicción dos principios fundamentales, para lograr la consecución de la justicia material como fin último de esta actividad jurisdiccional, debe entrar a ponderar cuál debe prevalecer en virtud de la **armonización concreta** que reclama la sociedad entre las diversas normas, preceptos, derechos, principios y fines que integral el ordenamiento jurídico.*

⁶² Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.

⁶³ Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.

En esa medida, debe señalarse que en el sub lite entran en colisión el derecho al debido proceso y el derecho a la seguridad social; el primero, representado en el principio procesal de la non reformatio in pejus, y el segundo, en la concreción de las medidas restaurativas frente a un riesgo denominado vejez, que se manifiesta en el reconocimiento y pago de una prestación social.

En ese orden de ideas, la forma de lograr resolver esa contradicción y superar esta antinomia es recurrir a los principios constitucionales que permitan armonizar en esta situación en particular, dicha problemática y lograr resolver el auto en concreto, pues en caso que prevalezca el derecho al debido proceso, únicamente podría estudiarse el cargo formulado por el municipio de Páez, o en caso contrario, debe la Sala analizar todo el contexto que envuelve el sub examine.

Emerge como mecanismo propio ajustable a esta situación particular, la aplicación de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, en la medida que se trata de estudiar la situación pensional de una persona que se encuentra en un grupo de especial protección -aquellas personas que por su edad han sido excluidos del mercado laboral-, por cuanto cuenta con más de 68 años, y quien en virtud de la buena fe y confianza legítima esperó que su empleador cumpliera con las obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social realizando los aportes a Cajas o Fondos de Previsión Social, sin que frente a dicha omisión pueda endilgársele responsabilidad alguna -circunstancia o marco sustancial- frente al respeto de las formas propias de este tipo de juicio que no permite al ad quem entrar a pronunciarse sino sobre los cargos formulados por el apelante único.

En ese espectro resulta diáfano concluir que la primera circunstancia dentro del modelo de Estado Social de Derecho debe primar frente a la segunda, puesto que aunque las normas procesales tienen una finalidad y son normas de orden público, no pueden tenerse como objetivo último, pues las mismas existen para dar contenido a las garantías constitucionales sustanciales y por tanto cuando el respeto a la forma entra en contradicción con los derechos sustanciales de una parte, debe prevalecer lo sustancial, máxime cuando como sucede en el presente asunto, la persona que sufriría las consecuencias de la interpretación restrictiva y formal, es un sujeto de especial protección, que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, por lo menos frente a la parte demandada, por lo que el criterio del juez debe ser igualador para que dicha condición no sea un factor que influya en la decisión judicial.

Entonces en este caso, la Sala en pro de las garantías sustanciales consagradas en la Constitución entrará a estudiar las diversas circunstancias que rodean el caso, sin que su análisis se limite a los planteamientos hechos por el recurrente o apelante único, dado que el respeto a esa formalidad procesal entra en contradicción con los derechos fundamentales del accionante, quien se reitera, se encuentra en un grupo de especial protección constitucional y en una posición desigual frente a la entidad demandada, por lo que habrá de obviarse la regla procedimental consagrada en el principio de la *non reformatio in pejus*.

6.2.2. Concepto de la violación – relatividad de la justicia rogada – aplicación del principio *iura novit curia* en materia pensional.

Observa la Sala que en la demanda que es el marco del proceso como *ut supra* por contener la proposición inicial sobre lo que va a versar todo proceso, fue referido en el concepto de la violación, que el municipio demandado desconoció el marco legal invocado por cuanto el actor tenía derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación por despido sin justa causa o también conocida como pensión sanción con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 artículos 74 y 75 (fls. 5 y 6 c. 1).

Conforme a lo anterior y en virtud de la justicia rogada, en principio, el espacio conceptual que enmarcaría al presente asunto constituiría en establecer si el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación por haber sido despedido sin justa causa, de conformidad con el concepto de la violación, y por lo tanto deducir la legalidad del acto administrativo demandado en la medida que denegó esa prestación, a la cual considera el actor tener derecho.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia antes citada, habrá de decirse que por la relatividad del principio de justicia rogada, al encontrar que confluyen en este caso los elementos descritos por la jurisprudencia para la relativización o flexibilización del principio de justicia rogada, en especial lo señalado en la sentencia T-553 de 2012 -por cuanto en el expediente se encuentran aportados los diversos elementos que pueden permitir el estudio integral de la situación pensional del actor bajo los argumentos desarrollados por las partes y existen las pruebas suficientes para proceder a realizar ese análisis, así mismo, la situación pensional en sí misma involucra un asunto de vital importancia *ius fundamental* que le interesa al derecho constitucional, por lo que la jurisdicción está en la obligación de velar por la protección y concreción de dichas garantías-, la Sala tiene la competencia y la

facultad para declarar la nulidad del acto demandado por motivos diferentes a los expuestos por el actor, aplicando directamente la Constitución, como lo indicó el referido precedente jurisprudencial.

Ahora, no menos importante, resulta viable en este caso hacer acopio del principio *iura novit curia*, consistente en que demarcado el marco fáctico de una situación puesta en conocimiento de un juez, éste con el conocimiento del derecho le dará contenido normativo a los hechos puestos en su conocimiento, con la finalidad de lograr la materialización de la teleología contenida en el marco legal aplicable a cada caso. Lo anterior posibilita a la Sala efectuar el estudio de disposiciones jurídicas que no fueron invocadas por la parte actora en el escrito introductorio al momento de incoar el presente medio de control, sin olvidar por supuesto la congruencia con lo pretendido por éste, que es el reconocimiento de la pensión, tal como lo señaló el actor en el numeral 2º del acápite de declaraciones y condenas, oportunidad en la que dijo “(...) se ordene al **MUNICIPIO DE PÁEZ – ALCALDÍA MUNICIPAL DE PÁEZ**, representada legalmente por el alcalde Wilson Ortega Hernández o por quien delegue o haga sus veces expedir acto administrativo a través del cual se reconozca y pague pensión de jubilación a mi cliente JOSÉ JOAQUIN DAZA. (Subraya de la Sala).

En esa medida, la Sala no obstante la parte actora hizo referencia al marco legal antes referido, en aplicación del principio *iura novit curia*, siguiendo el precedente vertical contenido en la sentencia de 28 de junio de 2012, entrará a analizar el marco normativo que resulte aplicable al caso en concreto, para lograr la efectividad de los derechos que le asistan legalmente al demandante, según la legislación vigente para el momento en que ocurrieron los hechos expuestos en la demanda, en consonancia a esa máxima que prevé: “dame los hechos y te daré el derecho”.

Conforme a lo anterior, la Sala abordará la resolución de este caso, de conformidad con las normas que regulan la situación pensional del actor, aunque en el concepto de violación no hayan sido incluidas, por cuanto en este caso se encuentra en juego el derecho a la pensión que como se vio al principio de la parte considerativa de esta providencia constituye un derecho fundamental que involucra la concreción del derecho a la seguridad social, el cual es un valor de vital relevancia constitucional que debe prevalecer frente a las formalidades procesales, tal como lo concluyeron las sentencias de las altas Corporaciones antes referidas, **atendiendo que se cuenta con la certeza que el demandante no es beneficiario de pensión alguna.**

6.2.3. Resolución del caso.

En el derecho de petición que el demandante elevó ante el municipio de Páez (19 a 20 c1), solicitó la pensión por jubilación o por vejez debido a que trabajó por más de 15 años al servicio de la entidad territorial demandada. Ahora, que, en los fundamentos de la demanda pidió la pensión sanción, restringida o por despido injusto, con sustento en los mismo hechos.

Como lo aclaró pertinentemente, en la sentencia el a quo, no es procedente el reconocimiento de la pensión sanción o restringida al demandante, prevista en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, con sustento, en que: i) en el curso del proceso no se estableció que el despido hubiera sido injusto, y ii) porque este tipo de pensión opera sólo para trabajadores oficiales, conforme lo explicó el Consejo de Estado en la sentencia de 26 de marzo de 2009, de la Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Gerardo Arenas Monsalve, haciendo referencia explícita al artículo 74 del precitado Decreto, en cuya oportunidad explicó:

"Este Decreto 3135 de 1968, fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, aplicable según su artículo 7° tanto a empleados públicos nacionales como a trabajadores oficiales de la rama administrativa del poder público, mientras la Ley no disponga otra cosa.

En este orden de ideas, en principio pareciera que la totalidad de las disposiciones que contiene el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, les son aplicables a los empleados públicos. No obstante, algunas de las disposiciones que integran el precitado decreto, expresan claramente a quienes cobijan, es el caso del artículo 74 que al establecer los requisitos de la pensión por despido injusto, determina que de ella se hacen merecedores los empleados vinculados por contrato de trabajo que son despedidos sin justa causa..."

En este punto, se debe decir, que la pensión por despido injusto tal como fue señalada en el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, hace parte del título que comprende a la pensión por jubilación, siendo esta el género, y la mencionada pensión por despido injusto una especie dentro de ella.

Otro aspecto relevante dentro del asunto, y que fue explicado en la sentencia recurrida, fue determinar que el demandante era beneficiario del régimen de transición en pensión (Ley 33 de 1985), previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigencia de esta norma⁶⁴, el demandante tenía más de 40 años, como se estableció de su registro civil de nacimiento (f. 10 c1), y más

⁶⁴ Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

de 15 años de servicio (f. 11 c1). No obstante lo anterior, precisó el *a quo*, que el demandante no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación, es decir, acreditar más de 20 años de servicio y 55 años de edad en el caso de los hombres.

Comoquiera que el demandante, a pesar de contar la edad como requisito para la pensión de jubilación, no aportó o acreditó los 20 años de servicio, el Juzgado de primera instancia consideró que en una interpretación favorable de las normas, y a la luz de las disposiciones constitucionales en esta materia, así como pronunciamientos del Consejo de Estado⁶⁵, lo procedente era declarar la nulidad del acto demandado y a título de restablecimiento condenar al municipio de Páez al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, pues concluyó, que la Ley 33 de 1985 no contempló esta posibilidad, así que viendo amenazado el derecho fundamental a la Seguridad Social, tomó esta decisión.

Ahora bien, de lo expuesto hasta aquí, la Sala considera, que es correcto que el demandante es beneficiario del régimen de transición en pensión previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, le es aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 por encontrarse el demandante dentro de los supuestos normativos para tal fin. Sin embargo, no concuerda con el Juez de primer grado, en que no existía regulación normativa que hubiese llevado a conceder la pensión por vejez al demandante, pues conforme ya se explicó en precedencia, antes de la regulación normativa prevista en la Ley 33 de 1985, ya existía la figura de la pensión por vejez, regulada en los Decretos Ley 3135 de 1968 y 2400 de 1968, así como en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del 3135 de 1968.

Respecto de lo anterior, precisamente, la legislación anterior a la Ley 100 de 1993, de la cual es beneficiario el demandante, por estar dentro del régimen de transición, consagraba el derecho a la pensión de retiro por vejez, en los siguientes términos:

*“Decreto 3135 de 1968, Artículo 29º.- **Pensión de retiro por vejez.** A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más*

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 10 de febrero de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10). C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.”

Si bien la causa del retiro del servicio del demandante no se produjo por vejez, situación que se plantea como requisito para acceder a ella, en el Decreto Ley 2400 de 1968, lo cierto es, que la entidad demandada nunca realizó los aportes a la seguridad social, para que el ahora demandante, pudiera acceder a una pensión por jubilación como hubiera sido lo deseable. Al respecto, se recalca que la entidad territorial debía contar con su Caja de Previsión Social, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 6ª de 1945, es así, que desatendiendo el precepto legal mencionado, obvió realizar los descuentos y aportes para pensión al demandante, por lo que dichos dineros se constituyeron en un enriquecimiento injustificado para la entidad territorial, que hasta el día de hoy los ha disfrutado, en contravención de la norma legal y en perjuicio del demandante.

También, cabe destacar, que a la fecha de esta sentencia el demandante cuenta con más de 68 años de edad, razón por lo cual, no puede aspirar a una vinculación con el Estado en el servicio público, pues ya superó la edad de retiro forzoso para los empleados públicos prevista a los 65 años; así, como difícilmente podría vincularse con el sector privado, dada su avanzada edad.

El Consejo de Estado en un caso de similares contornos al presente, sostuvo lo siguiente:

*“Si bien es cierto la causa del retiro del servicio del demandante **no se produjo por vejez**, sino que ocurrió por no haberse incluido en el presupuesto del municipio del año 1993 el cargo de jornalero que él ocupaba, lo cierto es que ello ocurrió cuando el actor tenía ya 62 años de edad⁶⁶, es decir, **tenía mínimas probabilidades de volver a emplearse para completar más tiempo de servicio y llegar así a adquirir el derecho pensional**, lo que impone aplicar, por favorabilidad, la normatividad antes citada, **para que acceda a un derecho mínimo de seguridad social, dada su avanzada edad**⁶⁷ (...)” (Negrilla de la Sala)⁶⁸.*

Como el hecho generador de la pensión de vejez prevista en esta providencia, es el cumplimiento de la edad de 65 años, el reconocimiento se hará a partir de esta⁶⁹, es

⁶⁶ Pues de conformidad con la documental que obra a folio 22 nació en el año 1931.

⁶⁷ Al momento de la interposición de la demanda, tenía alrededor de 82 años.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Sub Sección “A”. Rad.: 13001-23-31-000-2003-01790-01(2236-11). Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Honorio Enrique Gómez Bastidas. Demandado: Alcaldía Municipal de Simití. Sentencia de 7 de marzo de 2007.

⁶⁹ Para esta disposición se tomó como referencia una sentencia del Consejo de Estado, en donde en un caso análogo dispuso esta orden. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 7 de marzo de 2013. Exp. 13001-23-31-000-2003-01790-01(2236-11). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

decir el 17 de febrero de 2012, fecha en la que cumplió la edad exigida en la ley para hacerse acreedor a la pensión de vejez y el monto será el equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, es decir, el cincuenta (50%) por ciento, ya que laboró quince (15) años, un (1) mes y cinco (5) días (fl. 11 c1). Al momento del pago deberán actualizarse las sumas adeudadas.

Lo anterior, por cuanto si bien la decisión del Juez de primera instancia se encuentra fundamentada en la aplicación de principios constitucionales, al existir como sucede en esta oportunidad, otra interpretación que le sea más favorable al sujeto de especial protección constitucional, ha de preferirse ésta frente a la que resulte más restrictiva, en aras de garantizar la efectividad del derecho a la seguridad social, más aún si como sucede en este caso, fueron desconocidos otros principios constitucionales como la confianza legítima y buena fe, pues el actor esperaba que su empleador, en este caso, el Municipio de Páez hiciera los aportes correspondientes o el ahorro respectivo para cubrir el riesgo de vejez, teniendo en cuenta que laboró con éste por más de 15 años.

Las situaciones planteadas, hacen presumible que el demandante no puede seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensión, y ante la eventualidad, de que lo pueda hacer, para finalmente lograr una pensión de jubilación, puede hacerlo sin que por motivo de gozar de una pensión por vejez se excluya a la otra, pues aplica el principio de favorabilidad en materia laboral y de seguridad social contemplado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Queda dicho que el asunto puesto a consideración, reviste un evidente interés constitucional, pues se trata del derecho a la seguridad social de una persona de la tercera edad, sin posibilidad de seguir cotizando al sistema, beneficiario del régimen de pensión previsto en la Ley 33 de 1985, al que la entidad demandada no le realizó los aportes oportunamente, precisiones que llevan a concluir a esta Sala, la vulneración del derecho fundamental a la vida digna, en un sujeto de especial protección, explicada como quedó su vulnerabilidad en precedencia.

En el Estado Social de Derecho, el derecho a la vida se amplía hasta llegar a garantizar las condiciones que correspondan a una calidad de vida⁷⁰ que desarrolle cabalmente el principio de la dignidad humana, lo que supone, que se complemente

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-452 de 1992. 10 de julio de 1992. Exp. T-1429. M.P. Fabio Morón Díaz.

con otros derechos asistenciales que permitan el goce efectivo del derecho a la vida, como por ejemplo: la salud, la integridad física, la seguridad social, entre otros, derechos conexos al derecho a la vida en condiciones dignas, situación que no se advierte satisfecha para el caso del demandante.

También la Corte Constitucional ha indicado que el derecho a la pensión no se trata de una dádiva por parte de la administración al pensionado, sino que constituye una justa retribución por los servicios prestados al Estado. Para mayor ilustración de este punto, la Sentencia T-323 de 1996, explicó la razón por la cual debe darse una protección especial al derecho a la pensión, así:

"...evidentes razones de justicia material... llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila. Frente a este derecho, el Estado debe actuar con toda energía y prontitud, de manera tal que quienes han adquirido, en virtud de su edad y años de trabajo, una pensión de jubilación o vejez, no se vean, ni siquiera transitoriamente, desprotegidos frente a actos arbitrarios o negligentes del propio Estado o de los particulares que por ley estén obligados a asumir la prestación social."

Así entonces, la Sala confirmará la sentencia recurrida, con la salvedad de que para el restablecimiento del derecho, se reconocerá al demandante por parte de la demandada una pensión de vejez con base en las normas precitadas y desarrolladas en esta providencia, en aplicación de los principios de favorabilidad, de justicia material, y particularmente, por la protección al derecho fundamental a la seguridad social, en los términos antes indicados.

Ahora que, si al liquidar el valor de la pensión por vejez resultare en una suma inferior al salario mínimo mensual vigente, y a pesar de que el artículo 29 del Decreto Ley 3135 de 1968 previó que el valor liquidado en la pensión de vejez puede resultar menor al mínimo legal, para este caso, es preciso dejar de aplicar esta norma, por la excepción de inconstitucionalidad autorizada por el artículo 4º de la Carta Fundamental, ya que el inciso 13 del artículo 48 de la misma carta, señala que no habrá ninguna pensión por debajo del salario mínimo mensual vigente.

En las anteriores condiciones, se revocará el numeral segundo de la sentencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda, en lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia pero en los términos anotados en la parte considerativa de ésta.

7. Costas.

En lo que toca con las costas, el artículo 188 del CPACA, acogió el régimen objetivo del Código General del Proceso para su imposición, sujetando tal carga al hecho de ser vencido en juicio.

Conforme al artículo 365 del CGP. “1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condena a pagar las costas de ambas instancias. 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de la petición....”

En este caso la sentencia será revocada parcialmente y, tal como queda expuesto, las razones de esta decisión obedecen a argumentos que de orden constitucional y no a inconformidades manifestadas por la parte favorecida con la decisión. En consecuencia la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Falla

1. Confirmar parcialmente la sentencia de 14 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en el proceso que inició José Joaquín Daza Rojas contra el Municipio de Páez, por los motivos expuestos en la parte considerativa.

2. Revocar el numeral segundo de la parte resolutive referente al restablecimiento del derecho, el cual quedará así:

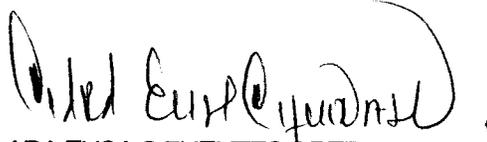
“A título de restablecimiento del derecho se ordena al Municipio de Páez, que reconozca, liquide y pague al señor José Joaquín Daza Rojas pensión de vejez de conformidad con el artículo 29 del Decreto Ley 3135 de 1968, efectiva a partir del 17 de febrero de 2012, en cuantía correspondiente al cincuenta por ciento (50%) del valor del último salario devengado, debidamente actualizado; sin embargo, si esta suma resulta menor al salario mínimo mensual legal vigente, debe garantizarse esta suma como mínimo.”

3. En firme esta providencia, por Secretaría **devuélvase el expediente al despacho judicial de origen**, previas las anotaciones del caso.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: José Joaquín Daza Rojas
Demandado: Municipio de Páez
Expediente: 15001 3333003 2012 00109 01

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3, de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

Ausente con permiso

PATRICIA VICTORIA MANJARES BRAVO
Magistrada

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: José Joaquín Daza Rojas
Demandado: Municipio de Páez
Expediente: 15001 3333 003 2012 00109 01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado
No. 212 de hoy: 11 8 DIC 2015

EL SECRETARIO