



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veinte seis (26) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 157593333002-2017-00023-00
Demandante: MARTÍN CRUZ
Demandado: MUNICIPIO DE NOBSA

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho proferir¹ sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor MARTÍN CRUZ, por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad acto administrativo ficto o presunto originado en la falta de respuesta a la petición elevada por el demandante el día 12 de diciembre de 2012, del cual se presume legalmente que la entidad receptora de la petición niega la solicitud tendiente a obtener el reconocimiento y pago de todos sus derechos y acreencias laborales, incluido el reconocimiento pensional por haber prestado sus servicios como Citador del municipio de Nobsa durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1970 al 04 de abril de 1984.

Pretende igualmente, que se declare que el municipio de Nobsa despidió de manera indirecta al señor Martín Cruz en razón a la falta de pago de salarios y prestaciones de noviembre y diciembre de 1983 y enero, febrero, marzo y abril de 1984 y además que se declare que el ente territorial no afilió al demandante al sistema de seguridad social: salud, pensión y ARL.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada a que le reconozca y pague una pensión sanción, teniendo en cuenta todos los factores salariales causados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional, con su respectiva indexación, al día en que cumplió los 55 años de edad. Solicita, se condene a la demandada a la indexación de las sumas reconocidas y se pague intereses moratorios. Finalmente solicita se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

3. HECHOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan en que el señor Martín Cruz, prestó sus servicios de carácter laboral para el Municipio de Nobsa entre el 1º de enero de 1970 y el 04 de abril de 1984, en el cargo de CITADOR MUNICIPAL, afirmando que durante ese periodo prestó sus servicios de lunes a sábado y no fue afiliado al Régimen de Seguridad Social en salud, pensión ni ARL.

¹ Una vez establecida la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Señala el demandante que durante la relación laboral para con el municipio de Nobsa, no le reconocieron ni pagaron la totalidad de sus vacaciones, primas, horas extras, dotaciones y demás acreencias laborales, tampoco se le reconoció la totalidad de sus salarios adeudándoles los meses de noviembre y diciembre de 1983 y enero, febrero, marzo y abril de 1984.

Indica que fue despedido indirectamente, el día 04 de abril de 1984, toda vez que su retiro se debió a causas imputables al municipio, forzado por el no pago de salario y prestaciones de los últimos seis meses.

El señor Martín Cruz cumplió con las exigencias legales para acceder a la pensión sanción de conformidad con lo prescrito en el Art. 8 de la Ley 171 de 1961.

Mediante petición de fecha 19 de diciembre de 2012 solicitó al municipio de Nobsa el reconocimiento y pago de todos sus derechos y acreencias laborales, incluido el reconocimiento del derecho pensional, dicha petición no fue resuelta configurándose el silencio administrativo negativo.

El aquí demandante instauro acción de tutela en contra del municipio demandado, la cual culminó con fallo en su favor, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el sentido de tutelar, como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, decisión que regirá hasta que la jurisdicción contencioso administrativa resuelva la acción que el demandante debe instaurar, o si no la instaura, hasta cuando transcurran cuatro meses, contados a partir de la notificación de la sentencia.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De la Constitución Política, artículos 25, 48 y 53 y de orden legal; Art. 8° de la Ley 171 de 1961.

El demandante considera que el acto acusado está viciado de nulidad, por cuanto la entidad demandada desconoció los artículos 25, 48 y 53 de la Carta Política en la medida que esta lo privó del pago de salarios y prestaciones, pero principalmente del pago de la seguridad social en pensión, encontrándose actualmente desprotegido dada su avanzada edad y de no contar con una pensión.

Cita *in extenso* la sentencia C- 891 de 2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil, en la cual la H. Corte Constitucional resaltó la producción de efectos por el derogado artículo 8° de la Ley 171 de 1961, efectos que consisten en que hay empleadores que todavía pagan pensiones restringidas y trabajadores que aún las reciben con fundamento en la Ley 171 de 1961, pues su vínculo laboral no estaba vigente al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 y debido a eso no se produjo el traslado de la pensión a alguna entidad de Seguridad Social.

Resalta sobre la fundamentalidad del derecho a la seguridad social y su reclamación mediante el reconocimiento de una pensión de vejez, en este sentido cita las sentencias T-453 de 1992, T-516 de 1993, T-426 de 1993, T-068 de 1994, T-456 de 1994 y T-671 de 2000.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **municipio de Nobsa**, a través de apoderado, contestó la demanda (fls.61-73) oponiéndose a las pretensiones declarativas y condenatorias formuladas por el demandante.

La defensa se enfocó en alegar, por vía de excepción previa, defectos de la demanda, siendo así que propuso las de “caducidad”; “inepta demanda por falta de reclamación previa ante la administración”; “inepta demanda por no agotar requisito de procedibilidad” y “proposición jurídica incompleta” las cuales fueron decididas en desarrollo de la audiencia inicial (88-89)

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó:

- *Improcedencia del medio de control*, excepción que se fundamenta en el fenómeno de la caducidad y la inexistencia de un acto ficto con el que se pretende revivir términos
- *Prescripción de las mesadas pensionales*
- *Cobro de lo no debido*, resalta que desde noviembre de 2016 y hasta la fecha de presentación de la demanda se ha venido cancelando al demandante una mesada pensional ordenada en sede de tutela por el Tribunal Administrativo de Boyacá.
- *Genérica o innominada*

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Sogamoso el día 24 de febrero de 2017 (fl.41) correspondiéndole por reparto a éste Despacho Judicial, el cual, verificada la competencia, mediante auto de 24 de abril de 2017 admitió la demandada (fl.47). Notificada la demandada, dentro del término del Art. 172 del CPACA, dio contestación a la demanda (fls. 61-73).

Vencido el término de traslado de las excepciones (fl. 81) se fijó fecha para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 17 de noviembre de 2018 (fls. 88-89), diligencia en la que se declaró no fundadas las excepciones de “caducidad”; “inepta demanda por falta de reclamación previa ante la administración”; “inepta demanda por no agotar requisito de procedibilidad” y “proposición jurídica incompleta”, decisión recurrida por la entidad demandada, concediéndose la apelación en el efecto suspensivo.

Resuelto el recurso por parte del Tribunal Administrativo de Boyacá mediante auto del 7 de marzo de 2018 (fls. 94-100) en sentido de confirmar lo decidido por este Despacho, por auto de 16 de abril de 2018 se fijó el día 23 de mayo de 2018 para continuar con la audiencia inicial (fl.106-108) se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y se fijó fecha para la práctica e incorporación de las pruebas decretadas.

El 25 de julio de 2018 se efectuó la audiencia de pruebas (fl. 140-141) incorporándose las documentales allegadas al expediente, en la misma se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenándose correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 140-141).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presentó sus alegatos de conclusión (fl. 160-163) señalando que la cuestión sujeta a consideración de este Despacho, ya fue objeto de decisión por parte del Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 25 de octubre de 2016 proferida dentro de la acción de tutela con radicado 15759 -33-33-001-2016-00079-01, pues si bien en la misma la orden de liquidación y pago de una pensión lo fue de manera transitoria, no se puede obviar que en la misma se fijó unos parámetros de interpretación para este caso en particular, los cuales se constituyen en precedente judicial y por lo mismo deben ser atendidos en esta instancia.

La **entidad demandada** alegó de conclusión (fls.156-158) en los que señala la improcedencia de la acción (sic) en cuanto en el expediente se logró establecer a partir de oficio remitido por COLPENSIONES y obrante a folios 134 a 139, que el municipio de Nobsa realizó aportes a pensiones durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado con el municipio, no siendo procedente la pensión sanción solicitada a título de restablecimiento del derecho.

Señala que no se puede indicar la existencia de un despido indirecto atribuido al municipio de Nobsa por no pago de prestaciones, cuando existen soportes respectivos que dan cuenta del pago de las mismas.

El **Ministerio Público** rindió concepto (fls. 144-155), luego de efectuar un análisis de la demanda y su contestación, refirió al régimen legal y jurisprudencial² de la pensión sanción precisando que la pensión sanción no aplica a los empleados públicos pues ella es predicable de los trabajadores oficiales, toda vez que los primeros tienen un régimen laboral disímil al de los trabajadores oficiales, de suerte que, todo lo que hace referencia al sistema de ingreso, retiro, régimen prestacional, etc; es diferente.

Refirió al régimen de la pensión de vejez de los empleados territoriales señalando que a los mismos les aplica el Decreto Ley 3135 de 1968, el cual en su artículo 29 previó una *“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 la 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.”*

Indicó que pese a que dicho precepto normativo reguló lo concerniente a los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, resulta aplicable a los empleados territoriales en virtud del principio de igualdad tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado³.

Frente al caso en concreto, señaló que si bien no es procedente el reconocimiento de la pensión sanción o restringida, prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961 o el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, toda vez que dicho tipo de pensión aplica únicamente para trabajadores oficiales y, en este asunto, se trata de un empleado público; sin embargo, ello no es óbice para que se emita decisión de mérito y se analice si al demandante le asiste el derecho o no al reconocimiento de la pensión de vejez con las normas aplicables en su caso, pues en eventos como el presente, 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 – al respecto cita sentencia del Consejo de estado de fecha 28 de junio de 2012 , CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Expone la Agente Delegada del Ministerio Publico que en este proceso se acreditó que el ente territorial accionado, sí efectuó aportes al sistema de seguridad social integral en pensiones a favor del señor Martín Cruz, desde el año de 1970 hasta abril de 1984, por manera que en lo que a este periodo, no incumplió con dicha obligación. Solicita la nulidad de la actuación judicial para que se vincule a COLPENEIONES y se garantice su derecho a la defensa.

² Sentencia C-664 de 1996 de la H. Corte Constitucional; sentencia de fecha 25 de febrero de 1994, CP. Dr. Diego Younes Moreno, Expediente No. 7226 y sentencia de 14 de febrero de 2002, CP. Alberto Arango Mantilla, Exp. 25000-23-25-000-1996-01696-01(0153-01) del Consejo de Estado.

³ Al respecto ver sentencia de fecha 26 de febrero de 2003, Exp. No. 08001-23-31-000-1997-2063-01 (1108-02) de 2003. CP. Alberto Arango Mantilla.

8. DE LA SOLICITUD DE NULIDAD

Estando en etapa de fallo el presente asunto, se itera que la Agente Delegada del Ministerio Público, en el escrito que contiene el concepto rendido en este proceso (fls. 144-155) solicita se declare la nulidad de la actuación y disponerse la vinculación como litisconsorcio necesario a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, en la medida en que es la entidad de previsión social a la cual se encuentra afiliado el libelista y a la que se realizaron aportes pensionales, no solo por el Municipio de Nobsa, sino por otros dos empleadores, para que luego de permitirles ejercer su derecho de contradicción y defensa, se determine si le asiste la obligación de pagar o no la pensión de vejez al demandante o la indemnización sustitutiva o lo que en derecho corresponda.

Para resolver el planteamiento de nulidad, se señala que para preservar el debido proceso, el legislador ha establecido las causales de nulidad, las cuales son de aplicación e interpretación restrictiva⁴, es así como en el artículo 133 del CGP, aplicable a este caso por remisión expresa del artículo 208 del CPACA, dispuso que las irregularidades de las formas, tanto en el proceso como en los actos procesales, son causas que generan nulidad de carácter procesal, utilizándose el adverbio modal "*solamente*", que denota exclusión, razón por la cual impide que otras causas puedan ser alegadas como tales, es decir, se estableció la taxatividad en esta materia, no siendo admisible en materia de nulidades interpretaciones extensivas o analógicas.

La Ley es la que ha establecido qué defectos en los actos procesales constituyen nulidad procesal. A *contrario sensu*, la misma Ley dispuso que el defecto que no constituye nulidad sea simplemente irregularidad, toda vez que utiliza la frase "Las demás irregularidades", en el párrafo del citado artículo.

Así las cosas, conforme al carácter extraordinario de esta figura, se ha precisado de una parte, que las causales que lo sustentan, así como los presupuestos de oportunidad y legitimación que lo rigen, deben interpretarse de manera restrictiva y, por otra, que el rigor y la carga argumentativa de quien alega la nulidad, debe alcanzar a mostrar y sustentar con claridad estricta en qué consiste la anomalía en la que se fundaría la pérdida de efectos de la providencia atacada.

En el presente caso, se advierte que la solicitud de nulidad bajo el supuesto de falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva, la cual si bien fue alegada por un sujeto procesal legitimado para hacerlo, representado por la Señora Agente Delegada del Ministerio Público, la misma no se funda en una de las causales de nulidad taxativamente señaladas en el artículo 133 CGP.

Al respecto, dicha norma textualmente dispone:

ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*
- 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*

⁴ La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: En primer lugar, de la naturaleza taxativa de las nulidades se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo lugar, el juez sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa vigente y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

6. Cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o recorrer su traslado.

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Conforme a la norma en cita, en el presente caso, advierte el Despacho que los hechos sobre los cuales se funda solicitud de nulidad procesal, se adecuan a la falta de integración del contradictorio, la cual no encuadra dentro de ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 133 del CGP, se itera norma a la que se llega por remisión del Art. 208 del CPACA y tampoco corresponden al evento previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, razones más que suficientes para denegar la misma.

Aunado a lo expuesto, conviene resaltar que no se configuran los presupuestos para vincular a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES como litisconsorte necesario, puesto que conforme a las pretensiones de la demanda, se aspira al reconocimiento y pago de la denominada pensión sanción, exigida al municipio de Nobsa bajo el supuesto fáctico que la demandada omitió realizar los aportes a seguridad social en pensión durante el tiempo que fungió como empleadora del demandante.

En este orden, la demanda fija un marco de actuación del medio de control impetrado, puesto que a partir de esta, se construye la cuestión litigiosa que debe ser resuelta en este proceso y a través de la sentencia que ponga fin al mismo, por lo cual, en este caso no se advierte que surja una relación jurídica material, única e indivisible, entre el demandante y la entidad cuya vinculación se pretende.

Los supuestos fácticos y unas pretensiones que no vinculan a COLPENSIONES, ni permiten establecer que dicha entidad habría podido ser parte en este mismo proceso o en otro distinto con ese mismo fundamento, puesto que se persigue una pensión sanción que sólo puede ser reclamada del patrono o empleador y no se alega basamento distinto, por lo que la circunstancia de que en el desarrollo del debate probatorio en este proceso, se hubiese establecido que el ente territorial si efectuó aportes a la administradora de pensiones, ello no hace surgir una relación

jurídica sustancial inescindible que haga imperiosa su comparecencia como parte demandada en el proceso, por lo que es posible que en este caso el operador judicial puede dictar sentencia de mérito, sin la citación forzosa que prevé el artículo 61 del CGP.

Adicionalmente, se precisa que no es posible la vinculación de ninguna otra entidad, vr. gr. el Fondo de Solidaridad Pensional, encargado administrar subsidios con destino a la pensión de cierta población mayor o vulnerable, no solo porque los supuestos fácticos de la demanda y las pretensiones no lo permiten, sino porque, según se relata en el libelo introductorio, el demandante carece de recursos económicos, que le permitan continuar cotizando a pensión, siendo este supuesto el que impide llamar a dicha cuenta es especial de la Nación, pues la misma está destinada a subsidiar las cotizaciones, más no asumirlas en su totalidad -artículo 26 de la ley 100 de 1993. Se suma a lo expuesto el hecho que en la actualidad el demandante cuenta con 83 años de edad y conforme a lo normado en el Art. 29 Ídem y el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, es causal de pérdida de derecho al subsidio llegar a 65 años de edad.

En suma, no se declarará la nulidad del proceso solicitada por la Agente del Ministerio Público y en ese orden se apresta a resolver de fondo el litigio planteado.

9. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el demandante MARTIN CRUZ tiene derecho a que se reconozca y pague de una pensión a título de sanción a cargo del municipio de Nobsa derivada del tiempo que prestó sus servicios en el cargo de Citador Municipal comprendido entre el 1 de enero de 1970 al 4 de Abril de 1984, en razón a que la demanda aduce que la entidad demandada no efectuó aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones.

Previo a resolver el problema jurídico del exordio, debe el Despacho analizar la solicitud de nulidad formulada por la Agente del Ministerio Público

10. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PENSIÓN SANCIÓN

En el derecho laboral colombiano, el reconocimiento de la pensión sanción surgió como mecanismo de disuasión al empleador para evitar que, antes de que el trabajador cumpliera los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación, se le despidiera sin justa causa del empleo⁵, así el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, dispone:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00) después de haber laborado para la misma, o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrán derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

⁵ Así lo refirió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección segunda, Sentencia de septiembre 29 de 1994. M.P. Dr. Hugo Suescún Pujols, al precisar que la pensión sanción busca “disuadir a los empleadores que desearan despedir sin justa causa a trabajadores con antigüedad de servicio superior a los 10 años -y que no alcanzaran los 20-, asegurándoles una pensión proporcional que reemplazara en parte la jubilación plena frustrada por el despido abusivo”

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si, después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial".

Para aclarar la vigencia de esa normativa respecto de los trabajadores que regían su relación laboral por el Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, "por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", la consagró expresamente en los siguientes términos:

"Pensión en caso de despido injusto.

1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, en una o varias entidades, establecimientos públicos, empresas del Estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

2. Si el despido injusto se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir los cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si entonces tiene cumplida la expresada edad.

3. Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

4. La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

5. La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá, en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este decreto y el decreto 3135 de 1968".

Las prestaciones previstas en los artículos 8 de la Ley 171 de 1961 y 74, numeral 2, del Decreto 1848 de 1969, consagran la misma garantía prevista por el legislador, fundadas en el despido sin justa causa del trabajador, en términos semejantes para los trabajadores privados y los empleados oficiales. En torno a este aspecto, se

observa que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 previó originalmente la pensión sanción para los trabajadores particulares y oficiales vinculados por contrato de trabajo que fueran despedidos sin justa causa, determinando que cuando la desvinculación se produjera después de 10 años de servicios y menos de 15 la pensión se pagaría a los 60 años de edad y cuando ese hecho ocurría después de 15 años de servicios se debería comenzar a pagar a los 50 años de edad, posteriormente el artículo 74, numeral 2, previó en términos semejantes la misma pensión pero sólo para trabajadores oficiales; mas fue esa la única diferencia entre las dos prestaciones, porque en los supuestos hipotéticos que las originan no se presentó ningún cambio sustancial.

Ahora, la Ley 50 de 1990 artículo 37 subrogó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. No obstante, en razón a que la Ley 50 de 1990 únicamente era aplicable a los trabajadores regulados por el Código Sustantivo del Trabajo, la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia⁶, concluyó que la pensión sanción regulada en la Ley 171 de 1968 producía efectos jurídicos para los trabajadores oficiales porque la ley que rige las relaciones entre particulares no es aplicable a los trabajadores oficiales. Luego, el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó ni el artículo 8º de la Ley 171 de 1968, ni el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969.

A su turno, en sentencia C-664 de 1996, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del Art. 8º de la Ley 171 de 1968 en cuanto la misma establece una pensión sanción para el trabajador particular o el trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo que “sin justa causa” hubiese sido despedido, después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicha ley, pero no consagra dicha prestación a favor de los empleados públicos regidos por relación legal frente a la circunstancia del retiro ilegal o sin justa causa, dicha Corporación precisó que:

“En el presente asunto no siendo idéntica la situación de unos trabajadores y otros, mal podría que se otorgue el mismo trato a los empleados públicos regidos por relación legal y a los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, pues ello equivaldría a eliminar la forma de vinculación, permanencia y retiro de los mismos, no obstante, que el legislador puede establecer distintas clases de regímenes respecto de los trabajadores del Estado.”

El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ya de manera previa, en sentencia de 25 de febrero de 1994⁷ se había pronunciado en el sentido de señalar que *“... como el actor tenía el carácter de empleado público, esto es, una vinculación estatutaria o reglamentaria y no contractual, no puede aducir causales de retiro del servicio, tales como la de “despido injusto”, ni pedir la llamada pensión sanción, pues ellas son predicables del trabajador oficial, pero no del empleado público, de una parte, y de la otra, en caso de haber sido trabajador oficial no es ésta la jurisdicción competente para decidir su retiro, sino la justicia ordinaria.”*

En sentencia de 26 de marzo de 2009⁸, el H. Consejo de Estado, haciendo referencia explícita al Art. 74 del Decreto 1848 de 1969, señaló a que este tipo de pensión opera sólo para trabajadores oficiales, al respecto señaló:

“Este Decreto 3135 de 1968, fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, aplicable según su artículo 7º tanto a empleados públicos nacionales como trabajadores

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Sentencia de 01 de marzo de 2010, expediente 35486, MP Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza; Sentencia de 5 de mayo de 2005, expediente 24402, MP Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza; Sentencia de 22 de agosto de 1995, expediente 7571.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP. Dr. Diego Younes Moreno, Expediente No. 7226

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

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 disposiciones que integran el precitado decreto, expresan claramente a quienes cobijan, es el caso del artículo 74 que al establecer los requisitos por despido injusto, determina que **de ella se hacen merecedores los empleados vinculados por contrato de trabajo que son despedidos sin justa causa...*** (Negrita fuera de texto)

11. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

La Ley 100 de 1993 mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en materia de pensiones estableció en su artículo 36 el **régimen de transición** en los siguientes términos:

“Art. 36. Régimen de transición.

(...)

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

Ahora bien, para los empleados públicos territoriales, la normatividad pensional que venía rigiendo antes de la entrada en vigencia⁹ de la Ley 33 de 1985, es la contenida en los Decretos Ley 3135 y 2400 de 1968.

El Decreto Ley 2400 de 1968 que reguló las disposiciones sobre la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del nivel nacional; en el artículo 31 fijó en 65 años la edad de retiro forzoso y con ello concibió el derecho a pensión por retiro, dicha norma señala:

ARTÍCULO 31. Edad de retiro. *Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este Decreto.*

Por su parte, el Art. 29 del Decreto Ley 3135 de 1968¹⁰ desarrollo la pensión de retiro por vejez en los siguientes términos:

⁹ Si bien a la fecha de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985, que contiene las normas generales para la jubilación de los empleados oficiales, el régimen aplicable a los empleados del orden territorial en materia de pensiones fue el previsto en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2767 del mismo año (el cual dispuso que los empleados y obreros de los departamentos y de los municipios tendrían derecho a las prestaciones señaladas en el artículo 17 de dicha ley (6ª/45), en dichas disposiciones no se contempló en favor de los empleados departamentales la pensión de retiro por vejez.

¹⁰ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y privado y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

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.*

El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135, en su artículo 81 determina los requisitos para ser beneficiario de la pensión por vejez con el siguiente tenor literal:

“DERECHO A LA PENSIÓN.

*1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que **carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social.***
(...)”

Dichas normas si bien regularon lo concerniente al régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, por virtud del principio de igualdad, las mismas resultan aplicables a los empleados y trabajadores oficiales de vinculación territorial, así lo determinó el H. Consejo de Estado en sentencia de 26 de febrero de 2003¹¹, en la cual señaló:

“(…)”

*En cuanto a que la pensión de retiro por vejez no fue consagrada en favor de los empleados departamentales - según se advirtió en la citada jurisprudencia -, la Sala considera que esa interpretación normativa no puede mantenerse, puesto que no resulta razonable ni justo, a la luz de los nuevos postulados constitucionales relacionados con la seguridad social integral (artículos 48 y 53 de la C.P.), reconocer tal prestación social a un servidor público y denegársela a otro, por el simple hecho de pertenecer al orden nacional el primero y al orden territorial el segundo, **a pesar de encontrarse ambos empleados en idéntica situación laboral y, además, hallarse tal situación subsumida dentro de los presupuestos de la norma legal (artículo 29 del Dcto. 3135/68), ya que se desconocería el derecho fundamental constitucional de igualdad (artículo 13).**” (Negrilla fuera de texto)*

Ahora bien, es importante mencionar que la causal general de retiro forzoso de los servidores públicos por llegar a la edad fijada por la ley, que originalmente se refería solo a los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, tal como precisó el Art. 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, se fue extendiendo posteriormente a otros servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas de manera permanente, en virtud de diversas normas legales, con fuerza de ley e, incluso, reglamentarias. Así, para citar algunos ejemplos, el Decreto 2277 de 1979 (artículo 31), la estableció para los docentes oficiales; los Decretos 546 de 197114 (artículo 5º) y 1660 de 197815 (artículos 128 y 130), para los servidores judiciales y los empleados del Ministerio Público, lo cual fue ratificado posteriormente para los primeros por la Ley 270 de 199616 (artículos 149 numeral 4º, y 204); la Ley 106 de 199317 (artículo 149) y el Decreto 268 de 200018 (artículo 42), para los empleados de la Contraloría General de la República; el Decreto 3492 de 198619

¹¹ Exp. No. 08001-23-31-000-1997-2063-01 (1108-02), CP. Dr. Alberto Arango Mantilla, Actor: Guillermo Enrique Calderón Barros, Demandado: Municipio de Usiacurí - Atlántico

(artículo 100) y luego, el Decreto 1014 de 200020 (artículo 32) y la Ley 1350 de 200921 (artículo 52), para los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil; el Decreto 1260 de 197022 (artículo 184) y, posteriormente, el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, para los notarios públicos; el Decreto 262 de 200023 (artículos 158 numeral 11, y 171), para los empleados de la Procuraduría General de la Nación; el Decreto 407 de 199424 (artículo 49 literal h, y 60), para el personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), y el Decreto 1768 de 199425 (artículo 22), para los directores generales de las corporaciones autónomas regionales.

Finalmente, la Ley 909 de 2004¹² artículo 41 extendió esta causal, de manera general, a todos los empleados públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción, de las entidades, órganos y organismos mencionados en su artículo 3º, entre ellos a los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial.

Por su parte, el artículo 55 *ibidem* preceptúa que *“las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley”*.

De esta manera, tal como lo ha manifestado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en diversos pronunciamientos¹³, la Ley 909 de 2004 extendió la causal de retiro forzoso por edad, contenida en el Decreto 2400 de 1968, a una gama inmensa de servidores públicos de todas las ramas del poder público, de organismos de control y de órganos autónomos.

12. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso objeto de estudio, teniendo en cuenta que el señor MARTÍN CRUZ invocó la aplicación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, que consagra una pensión sanción, corresponde al juzgado analizar si el demandante cumple con los presupuestos establecidos en la norma, para ser acreedor de dicho derecho prestacional.

Obra en copia certificación expedida por el Secretario de Gobierno y Convivencia del Municipio de Nobsa adida del 28 de junio de 2016 (*fl. 15*) en la cual consta que el señor Martín Cruz laboró en el municipio de Nobsa desde el 01 de enero de 1970 al 04 de abril de 1984, en el cargo de Citador del Barrio Nazareth y Belencito, que se complementa con el acta de posesión (*fl. 122*) en dicho cargo.

Entonces como quiera que el señor Martín Cruz, durante el tiempo que prestó sus servicios al municipio de Nobsa, tuvo una vinculación estatutaria o reglamentaria y no contractual, es claro que mantuvo una condición de empleado público, tal como lo reconoce además la Señora Agente del Ministerio Público, de forma prístina se establece que no es procedente el reconocimiento de la pensión sanción o restringida, prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961 o el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, toda vez que dicha prestación aplica únicamente para los trabajadores oficiales.

¹² *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*.

¹³ Conceptos 1997 del 10 de mayo de 2013, 2142 del 3 de abril de 2013 y el 2188 del 10 de febrero de 2014.

Como se indicó de manera precedente, los servidores públicos vinculados a través de la relación legal, tienen un régimen laboral totalmente diferente al que existe para los trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual y por consiguiente todo lo relacionado con el sistema de ingresos, permanencia, retiro y régimen prestacional, no es el mismo.

El H. Tribunal Administrativo de Boyacá al resolver la acción de tutela interpuesta por el mismo aquí demandante en contra del municipio de Nobsa, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de pensión sanción y/o de jubilación, en sentencia de 25 de octubre de 2016, cuya copia fue arrimada como prueba con la demanda (fls.23-40) señaló *“La Sala estima que 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 este tipo de pensión opera sólo para trabajadores oficiales...”*

En este orden, toda vez que el demandante señaló como aplicable a su caso la pensión sanción de que trata el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, cuando como se vio, su situación pensional no se rige por dicha normativa, escenario 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, sin embargo teniendo en cuenta las especiales condiciones en que se encuentra el demandante, esto es, se trata de una persona con 83 años de edad¹⁴ que sufre de diversos quebrantos de salud¹⁵, en aras de materializar el principio de justicia material y prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de los derechos fundamentales, sería del caso acudir al principio general del derecho *iura novit curia*¹⁶ y así analizar si al demandante le asiste el derecho o no al reconocimiento de la pensión de vejez con las normas aplicables en su caso, si no fuera porque el derecho a la pensión que este pudiese tener, no le es exigible al municipio de Nobsa.

En efecto, dentro de los supuestos fácticos de la demanda se señala que el municipio de Nobsa no afilió al demandante al Régimen de Seguridad Social en pensiones, no obstante, dentro del expediente quedó acreditado que durante el tiempo que el demandante estuvo laborando al servicio del municipio de Nobsa, esto es, del 01 de enero de 1970 al 04 de abril de 1984, dicha entidad efectuó los correspondientes aportes pensionales a COLPENSIONES, tal como da cuenta el reporte de semanas cotizadas actualizado al 6 de junio de 2018 (fl. 135).

Está plenamente acreditado que el municipio de Nobsa efectuó aportes a pensión y por ello es claro que el ente territorial si afilió al demandante durante el tiempo en que le prestó su servicios personales, ante una administradora de pensiones, en este caso COLPENSIONES, cualquier derecho pensional que se encuentre en cabeza de la parte pasiva, esto es, del municipio de Nobsa, no le resulta exigible a esta.

En consecuencia, ha de negarse las pretensiones de la demanda en la medida que ante la petición de reconocimiento pensional, el municipio demandado, se pronunció de manera negativa, ficción producto del silencio administrativo negativo ante la falta de respuesta a la petición de fecha 19 de diciembre de 2012, y esta negativa como

¹⁴ Así se establece a partir de la copia de su cédula de ciudadanía la cual obra a folio 12, en la medida que nació el 18 de diciembre de 1983.

¹⁵ A folio 17 obra certificación suscrita por el Personero municipal de Socotá en donde hace constar que el señor Martín Cruz habita sólo en una vereda del municipio y debido a sus quebrantos de salud y avanzada edad se le dificulta realizar trabajos.

¹⁶ *“Es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.”* CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 851 de 2010.

quedo visto, según el análisis aquí efectuado, es la decisión procedente y acorde al orden jurídico, en la medida que al demandante no le asiste el derecho a obtener la pensión sanción reclamada.

Demostrado que el municipio de Nobsa efectuó los correspondientes aportes pensionales a COLPENSIONES durante el tiempo que el demandante prestó sus servicios a dicha entidad territorial, resulta incuestionable que era a la referida administradora de pensiones a quien debió exigirse el reconocimiento pensional que le pudiese asistir al demandante.

Para este Despacho es importante señalar, que sí bien en aplicación del artículo 187 num. 3 del CPACA, es posible disponer el reconocimiento pensional en los términos que legalmente le corresponden, esta facultad no es posible ejercerla en el caso bajo estudio, no sólo porque no existe fundamento fáctico, ni pretensión alguna respecto de la entidad a quien correspondiera efectuar el reconocimiento pensional, que al parecer recae en COLPENSIONES, en la medida que esta entidad no ha tenido la oportunidad alguna de pronunciarse en sede administrativa frente al derecho que se aspira. En este caso, la aplicación del principio *iura novit curia* no le permite al fallador modificar los hechos de la demanda, ni la relación procesal en cuanto a personas, objeto y causa.

Precisamente, sobre dicha imposibilidad el Consejo de Estado en Sentencia de 01 de septiembre de 2014¹⁷, señaló:

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

Destaca la Sala que la parte actora insiste en la aplicación de las previsiones del Decreto 929 de 1976, tanto en la demanda (fls. 41 y s.s.), como en el recurso de alzada (fls. 86 y s.s.) que según él conlleva a la inclusión en la pensión de jubilación de todos los factores salariales devengados en los últimos seis meses de servicios, pese a que considera no le son aplicables las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985, pues la que considera rige su situación es el Decreto 929 en mención.

*Empero, como se vio, son las Leyes 33 y 62 de 1985 las que amparan su situación y que implican el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en el 75% del promedio de lo devengado **durante el último año de servicios** y no sobre “...los salarios de los 3650 días anteriores a la última fecha de cotización, arrojando un ingreso base de liquidación de \$1.547.417” como lo entendió el ISS, 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 contencioso 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 necesarios para que realice una confrontación de legalidad entre el acto acusado y la normatividad aplicable, tal como se evidencia de una lectura al artículo 137 del .Decreto 01 de 1984.

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

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Exp. 25000-23-25-000-2012-01532-01(2998-13), CP. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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”.

(...)

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 el artículos 170 del Decreto 01 de 1984, 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 en las pretensiones** o en las excepciones propuestas, caso en el cual no se configura la inconsonancia de la sentencia.

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.”¹⁸ (Subrayado fuera de texto)

En este orden, se reitera, atendiendo a los hechos y pretensiones de la demanda no es posible efectuar algún reconocimiento pensional a favor del demandante, pues a este Despacho Judicial no le es posible proferir sentencia en el sentido de establecer una nueva “causa petendi” y menos aún condenar a persona distinta de la demandada, para aplicar el principio *iura novit curia*, pues de aceptarse, no sólo se haría un uso inadecuado de dicho principio, sino que además se vulneraría el derecho de defensa de una entidad que no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el reconocimiento pensional que pudiese tener el demandante de acuerdo a la normativa aplicable a su caso, por lo que fuerza denegar las pretensiones de la demanda.

¹⁸ En el mismo sentido se puede consultar CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 28 de junio de 2012, Exp. 13001-23-31-000-2005-01005-01(1248-11), CP. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Otro será el escenario en el que el aquí demandante reclame su derecho pensional a la Administradora de pensiones a la cual efectuó aportes, oportunidad en la que habrá de estudiarse la normativa aplicable a su caso¹⁹, observando variables hipotéticas como incluir el tiempo de prestación de servicio militar obligatorio se contabilice como tiempo de servicio válido para trámite de la pensión de vejez de conformidad con el Art. 40 de la Ley 48 de 1993, circunstancia enunciada en sede de tutela²⁰, pero que no fue planteada en el presente proceso u otros aspectos, como el hecho que el demandante al momento de la desvinculación del municipio de Nobsa el 4 de Abril de 1984, contaba con 49 años de edad, según se desprende de la copia de su cedula de ciudadanía (fl. 12) que indica que nació el 18 de diciembre de 1934, por lo que se encontraba en edad productiva para continuar realizando aportes a pensión, hecho que debe ser esclarecido a fin de determinar si cumple con los requisitos, entre otros, el del tiempo de servicios y cotizaciones para obtener la pensión de vejez, derecho a la indemnización sustitutiva o el derecho que le corresponda conforme al orden jurídico y el régimen pensional que le asista.

13. EXCEPCIONES

Las excepciones de “*Improcedencia del medio de control*” y “*Cobro de lo no debido*” propuestas por la entidad demandada no están llamadas a prosperar por cuanto las mismas no tiene como fundamento el supuesto de hecho que da origen a denegar las pretensiones, esto es, que durante el tiempo que el demandante estuvo laborando al servicio del municipio de Nobsa, dicha entidad efectuó los correspondientes aportes pensionales a COLPENSIONES.

En efecto, el medio exceptivo denominado *Improcedencia del medio de control* se fundamenta en el fenómeno de la caducidad y la inexistencia de un acto ficto con el que se pretende revivir términos, por su parte la excepción de *Cobro de lo no debido*, se cimenta en el hecho que desde noviembre de 2016 y hasta la fecha de presentación de la demanda, el municipio ha venido cancelando al demandante una mesada pensional ordenada en sede de tutela por el Tribunal Administrativo de Boyacá; los referidos supuestos no se encuentran fundados y así ha de declararse.

Respecto de la excepción de *Prescripción de las mesadas pensionales*, no hay lugar a su estudio se encuentra sometido a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, en el presente caso, estas han de denegarse como ya se expuso.

Se impone declarar probada la excepción “*genérica o innominada*” por haberse desvirtuado el hecho que la entidad demandada no cumplió con la carga de efectuar cotizaciones a pensiones a favor del demandante.

¹⁹ Para el efecto, se resalta que el Art. 29 del Decreto 3135 de 1968 contempla la pensión de retiro por vejez, prestación cuya finalidad no es otra que amparar al funcionario público que pese a los servicios prestados al Estado se vea en la imposibilidad de cumplir el requisito de tiempo mínimo para acceder a una pensión de jubilación por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, causal de retiro del servicio. Adicionalmente, cabe recordar que tanto el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 como el 81 del Decreto 1848 de 1969 disponen que el reconocimiento prestacional es viable en la medida en que el interesado carezca de recursos para su “*congrua subsistencia*”.

²⁰ A folio 34 reverso obra copia de la sentencia de tutela de fecha 25 de octubre de 2016, en la que el Tribunal Administrativo de Boyacá indicó que dentro de dichas diligencias obraba copia de certificado de información laboral para bono pensional emitido por el Ministerio de Defensa Nacional de 26 de agosto de 2016, en el que indica que el señor Martín Cruz estuvo vinculado como soldado desde el 01 de septiembre de 1956 hasta el 07 de junio de 1958, en relación con los aportes para pensiones se señala que no se le descontó para seguridad social.

14. COSTAS

En el asunto sub examine no hay lugar a condena en costas y agencias en derecho, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben ser acreditadas, y una vez revisado el cuaderno da cuenta el Despacho que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del Art. 365 del CGP “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, condición que como ya se dijo no se cumple en esta instancia.

15. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Sogamoso, “*Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*”

FALLA:

Primero.- Declarar no probadas las excepciones denominadas “*Improcedencia del medio de control*” y “*Cobro de lo no debido*” propuestas por la demandada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Segundo.- Declarar probada la excepción “*genérica o innominada*”

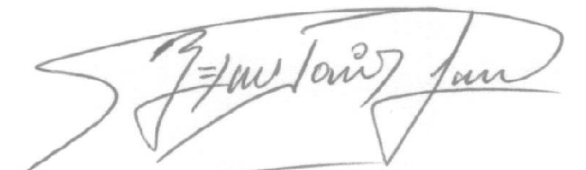
Tercero.- Negar las suplicas de la demanda.

Cuarto.- Sin condena en costas en esta instancia.

Quinto.- De sobrar dineros de lo consignado por concepto de gastos procesales, por Secretaría liquídense y devuélvanse a la parte interesada.

Sexto.- Una vez en firme ésta providencia, **archívense** las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ