



Función Pública

Sentencia 2013-00053 de 2019 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., 10 (diez) de octubre de dos mil diecinueve (2019) Referencia:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 5200123330002013-00053-01 (4248-2014)

Demandante: HERMINSUL DULCE BENAVIDES

Demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL ¹.

Tema: Reconocimiento de pensión. Tiempos como notario antes y después de la Constitución de 1991

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-220-2019

ASUNTO

Decide la subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de marzo del 2014 por el Tribunal Administrativo del Nariño, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Dulce Benavides, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló, en síntesis, las siguientes

Pretensiones³

1. Declarar la nulidad de las Resoluciones UGM 028483 del 23 de enero del 2012 y UGM 052120 del 17 de julio del 2012, mediante las cuales la entidad demandada negó al demandante la pensión de jubilación.
2. Ordenar a la UGPP reconocer y pagar al señor Herminsul Dulce Benavides el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, en aplicación del principio de favorabilidad.
3. Condenar a la demandada a actualizar los valores debidos mes por mes y con aplicación de la fórmula utilizada por el Consejo de Estado.
4. Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, reconocer los intereses sobre los valores debidos y condenar en costas.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁴

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba⁵. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.⁶

En el presente caso de folios 580 a 581 y en grabación obrante en cd a folio 578, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] Procede el Despacho a decidir sobre las excepciones formuladas por el apoderado legal de la parte demandada, de las cuales solicitó sean declaradas las siguientes excepciones de fondo:

1º).- Cobro de lo no debido

2º).- Prescripción

3º).- Solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones

[...]

En consecuencia, se procederá a resolver la única excepción previa, formulada en el siguiente sentido:

I. PRESCRIPCIÓN

El Despacho considera que la excepción propuesta por la entidad demandada, NO está llamada a prosperar por las siguientes razones:

Que si bien el artículo 180 del C.P.A.C.A., numeral 6, menciona que el Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte resolverá sobre las excepciones previas y de las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa, y prescripción extintiva; respecto de esta última, para el caso concreto debe destacarse que no es necesario decidir en esta audiencia sobre su declaración como probada o improbadada, toda vez que hace referencia a la prescripción de mesadas pensionales que aún no se han reconocido puesto que dependen del pronunciamiento sobre las pretensiones, cuyo debate será objeto de la controversia de fondo y se decidirá en la sentencia.

Bajo ese entendido, lo adujo el H. Consejo de Estado, en sentencia de 23 de febrero de 2006, con ponencia del doctor TARSICIO CACERES (SIC) TORO, cuando adujo que *no es necesario que previamente se declare probada la excepción de prescripción del derecho*, pues la excepción, así haya sido propuesta, no requiere de decisión previa o anterior al estudio del caso, sino que se debe analizar al decidir de fondo la controversia.

Por lo anterior no se decidirá en esta audiencia sobre la excepción propuesta denominada prescripción y se decidirá sobre la misma en la sentencia de fondo.

[...]

AUTO No.003

PRIMERO.- DECLARAR no probada la Excepción Previa formulada por la parte demandada “PRESCRIPCIÓN”, por lo argumentos anteriormente expuestos en esta audiencia.

SEGUNDO.- SIN LUGAR A PRONUNCIARSE respecto de las excepciones de “Cobro de lo no debido, Solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones” al tratarse de una excepción de mérito que se resolverá en la sentencia [...]. (Ortografía, mayúsculas, cursiva y negrillas del texto original).

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁷

En la audiencia inicial de folios 581 a 585 y en grabación obrante en cd a folio 578 se fijó el litigio en virtud de los hechos relevantes en los que hay acuerdo, en los fundamentos fácticos en los que se advierte desacuerdo y el problema jurídico principal y asociado, así:

«[...] a).- Hechos en los que las partes coinciden:

Respecto a este punto las partes coinciden en el hecho contenido en el numeral primero [...]

Tanto para la parte demandante como para la parte demandada, el señor HERMINSUL DULCE BENAVIDES, nació el día primero de septiembre de 1944, contando a la fecha 68 (sic) años de edad, como lo demuestra el respectivo Registro Civil de Nacimiento. (Hecho 1)

Así mismo, tanto para la parte demandante como para la parte demandada, hechos que coinciden y están de acuerdo con los numerales 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40.

Hecho 2: A partir del día 18 de julio de 1980, el señor HERMINSUL DULCE BENAVIDES, se desempeñó en el cargo de NOTARIO ÚNICO DEL CIRCUITO DEL TAMBO NARIÑO, [...] nombrado mediante Decreto del Gobierno Departamental No. 666 de 14 de julio de 1980, [...]

Hecho 8: Una vez cumplidos los requisitos legales exigidos para que se reconozca el derecho a la pensión de jubilación, el día 29 de marzo del año 2010, el señor DULCE BENAVIDES presentó (sic) ante el señor gerente de PATRIMONIO AUTÓNOMO DE “BUEN FUTURO”, entidad contratada por CAJANAL EICE para resolver las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones económicas, solicitud tendiente al reconocimiento de la pensión de vejez.

Hecho 9: El poderdante, arrió a su solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez los siguientes documentos: Copia Auténtica (sic) de cédula de ciudadanía, Registro Civil de Nacimiento, Registro Civil Escritura 356 del 25 de noviembre de 2008, Certificado de tiempo de servicio Expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro, Certificación de Factores Salariales o bases de cotización, Declaración extra proceso vertida en la Notaria (sic) Cuarta del Circuito de Pasto, relativa a factores salariales o ingresos base de cotización, Certificación del ISS, donde consta que no es pensionado por dicha entidad y Resolución No. 005 del 12 de enero del 2012(sic), por medio de la cual se retira al señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) del servicio notarial.

Hecho 10: Los documentos mencionados en el numeral precedente, fueron revisados en la lista de chequeo de la entidad accionada.

Hecho 11: Mediante oficio dirigido al señor HERMINSUL BENAVIDES (sic), calendado con fecha 5 de noviembre de 2010, la Coordinadora de atención al usuario de la Fiduciaria FIDUPREVISORA S.A. – PAP BUEN FUTURO, le solicitó con carácter de urgente la expedición de las certificaciones correspondientes al tiempo de servicios y factores salariales, documentos que fueron aportados con la petición inicial desde el día 29 de marzo de 2010, conforme al listado de chequeo de documentos suministrado por la fiduciaria de marras.

Hecho 12: Atendiendo la solicitud de la Fiduciaria el interesado radicó personalmente el día 25 de noviembre de 2010, en las oficinas de BUEN FUTURO – PATRIMONIO AUTÓNOMO en la ciudad de Bogotá, la Certificación correspondiente a Tiempos de Servicio y Factores Salariales de los años 2000 a 2010.

Hecho 13: La fiduciaria guardó silencio hasta el día 22 de marzo del 2011, fecha en la cual, mediante oficio PABF - SU - 4325 - 2011 le solicitó al señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) nuevamente el envío de un certificado de tiempo de servicios especificando a que (sic) entidad se realizaron los aportes, con el fin de atender una solicitud de reliquidación de una pensión de vejez, cuando sobre la prestación no hay decisión alguna.

Hecho 14: La superintendencia (sic) de Notariado y Registro envió a la Caja Nacional de Previsión, en reiteradas, (sic) ocasiones certificados donde hace constar los ingresos brutos de la Notaría Única del Tambo (Oficios GRSN - 875 de 29/11/2010 y GRSN - 652 de 03/09/2012 e ingresos netos con los oficios fechados 17 de septiembre de 2010 y 21 de agosto de 2012).

Hecho 15: Mediante oficio de fecha 04 de abril de 2011, dando respuesta a la solicitud PABF - 4325 - 2011 de fecha 22 de marzo de los

cursantes, el señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) anexó los siguientes documentos: Certificación expedida por el Dr. Carlos Martínez Noguera en la cual en calidad de Notario Único del Circuito del Tambo, hace constar el tiempo de servicios y entidad a la cual se le realizaron los aportes correspondientes, al igual que la certificación de la Directora de Gestión Notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro y la certificación de factores salariales expedida por el suscrito, actuando como Notario Único del Tambo en ejercicio fechada el 30 de diciembre de 2009.

Hecho 16: Debido a que sobre la petición de reconocimiento de pensión, el señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) no fue notificado de ninguna decisión, [...] acudió a la solicitud de amparo tutelar de su derecho fundamental de petición, acción tramitada con el No. 2011 - 00200 en el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto.

Hecho 17: El Honorable Despacho Constitucional, mediante fallo fechado el día cinco (05) del mes de Diciembre de 2011 concedió la tutela amparando el derecho fundamental de petición ordenando a CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, por medio de su Representante Legal, que dentro de los días siguientes a la notificación de la providencia procediera a emitir una respuesta de fondo a la solicitud [...], habiendo sido necesario para el señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) instaurar un incidente de desacato, para obtener el cumplimiento del fallo mentado.

Hecho 18: [...] el señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) fue notificado de la Resolución No. UGM 028483 de 23 de enero de 2012 proferida por [...] en calidad de LIQUIDADOR CAJANAL E.I.C.E - EN LIQUIDACIÓN, mediante la cual se le niega el derecho a la pensión de vejez, argumentando que no ha certificado la totalidad del tiempo de servicios ni la entidad a la que se realizaron los aportes.

Hecho 19: No conforme con la decisión y considerando que se cumplen en exceso los requisitos para el reconocimiento de la prestación solicitada en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 26 de la ley (sic) 100 de 1993 y el Acto legislativo 01 de 2005, el señor DULCE BENAVIDES presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución [...]

Hecho 21: Con el recurso incoado, el señor HERMINSUL BENAVIDES (sic), argumentó y demostró con suficiencia que con base en las pruebas arrojadas al expediente, se puede verificar el cumplimiento del tiempo de servicio y edad exigida por la ley.

Hecho 22: El día catorce (14) de junio del 2012 mediante oficio radicado en CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN con el No. 2012 - 514 - 166672 - 2, el señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) allegó al expediente contentivo de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, CERTIFICACIÓN ORIGINAL DE TIEMPO DE SERVICIO expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro el día doce (12) de junio de 2012, mediante la cual la Dra. Zoraida Celis Carillo, Directora de Gestión Notarial, certifica de forma clara y precisa el tiempo de servicios del suscrito como Notario Único del Tambo, durante el periodo comprendido entre el 18 de julio de 1980 y el 13 de enero del año 2010.

Hecho 23: Como puede apreciarse en el recurso de reposición mi cliente solicitó respetuosamente a CAJANAL EICE EN LIQUIDACION, considerar que los notarios no son empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro, como se aprecia, es considerado en la primera decisión, sino personas naturales que prestan un servicio público vigilado, por ello realizan los aportes y/o cotizaciones mensualmente de acuerdo a la liquidación que efectúan de los ingresos que perciben, siendo sus propios patronos. Por lo cual la Superintendencia de Notariado y Registro actúa como entidad de funciones relaciones (sic) con la fe pública, al igual que las obligaciones que derivan del Sistema General de Seguridad Social, sin que por ello el Notario perciba un salario o dependa laboralmente de la Supernotariado.

Hecho 28: El certificado de ingresos base de cotización de los últimos diez años, fue presentado desde la petición inicial, donde constan los ingresos sobre los cuales se cotizaron los aportes a CAJANAL, los cuales corresponden a los soportes físicos que reposan en la Notaría Única del Tambo, en idéntico sentido el señor HERMINSUL BENAVIDES (sic) vertió declaración juramentada extra procesal como su propio patrono, dando fe de los ingresos sobre los cuales efectuó las respectivas cotizaciones [...].

Hecho 29: Mediante la decisión No. UGM 052120 del 17 de julio de 2012, notificada el día 02 de agosto de los cursantes, el señor Gerente Liquidador de la Caja Nacional de Previsión, confirmó la Resolución No. 28483 del 23 de enero de 2012, argumentando que si bien, *“el interesado allega con el recurso nuevos elementos de juicio que aclaran los tiempos de servicio prestados por el señor HERMINSUL DULCE BENAVIDES, a favor de la Notaría Única del Municipio del Tambo Nariño”...* *“se observa que con relación a los certificados de factores salariales, no se allegó nueva documentación que subsanará (sic) las falencias evidenciadas en la petición inicial, motivo por el cual se reitera que, no obran dentro del cuaderno, en los que se incluyen todos los años necesarios para efectuar la liquidación”*, situación que no se ventiló en la

decisión objeto del recurso, pues en ella nada se dijo sobre los factores salariales, generando la confianza legítima de que sobre dicho tópico, ya se había satisfecho el deber probatorio.

Hecho 31: Habida cuenta de que mi poderdante consideró vulnerados derechos fundamentales, acudió por vía de acción de tutela el día 27 de noviembre de los cursantes, que correspondió en trámite constitucional al Juzgado Segundo Penal Especializado del Circuito de Pasto, en contra de CAJANAL EN LIQUIDACIÓN y la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y

PARAFISCALES – UGPP, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, en conexidad con el derecho a una vida digna y al mínimo vital. El trámite de amparo se radicó con el No. 2012-00073.

Hecho 32: Mediante proveído de fecha 13 de diciembre de 2012 el Honorable señor Juez Segundo Penal Especializado del Circuito de Pasto negó la tutela incoada por mi poderdante.

Hecho 33: Inconforme con la decisión mi mandante, radicó el día 26 de diciembre de 2012, escrito de impugnación, solicitando por medio de providencia de superior jerarquía se revoque la providencia impugnada.

Hecho 34: Correspondió en segunda instancia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, resolver el recurso de alzada, [...]. El Honorable Tribunal mediante fallo fechado once (11) de febrero de 2013, revocó la decisión objeto de apelación y en consecuencia tuteló transitoriamente los derechos fundamentales de mi mandante al mínimo vital y a la seguridad social, ordenándole a las accionadas expedir resolución tendiente al reconocimiento de la pensión de vejez del señor DULCE BENAVIDES y una vez se emita el acto administrativo tramiten con el FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL FOPEP la inclusión en

nómina y el consecuente pago de mesadas [...]. [...]

Hecho 37: Frente al incumplimiento en los términos otorgados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el señor Dulce Benavides, [...] formuló incidente de desacato en contra de CAJANAL EICE En Liquidación y la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, ante el Juzgado Segundo Especializado del Circuito de Pasto.

Hecho 38: Mediante auto fechado 21 de marzo de 2013, el Juzgado encargado de velar por el cumplimiento del fallo de tutela, requirió a CAJANAL EICE En liquidación y a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, el cumplimiento inmediato del fallo.

Hecho 39: Dando cumplimiento al fallo plurimentado, la [...] Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, mediante Resolución No. RDP 017147 de fecha 16 de abril de 2013, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: DAR CUMPLIMIENTO AL FALLO JUDICIAL PROFERIDO POR TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO SALA PENAL EL

11 DE FEBRERO DE 2013 Y EN CONSECUENCIA. RECONOCER Y ORDENAR EL PAGO A FAVOR DEL (LA) SEÑOR (A) DULCE BENAVIDES HERMINSUL, YA IDENTIFICADO (A) DE UNA PENSIÓN MENSUAL VITALICIA VEJEZ. EN CUANTÍA DE \$1.949.111 [...], Y POR CUATRO MESES MAS Y CON POSTERIORIDAD SIEMPRE Y CUANDO ACREDITE ANTE ESTA ENTIDAD EL INICIO DE LAS ACCIONES CONTENCIOSAS A QUE HAYA LUGAR”

Hecho 40: La Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales (sic) de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, reconoció en la Resolución mencionada que mi poderdante se desempeñó como Notario Único del Tambo – Nariño, durante 1.463 semanas, dejando en discusión el Ingreso base de Cotización para realizar la liquidación, debiendo tomar este, como lo dispone el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir por el 75% del salario promedio del último año de servicio.

b) Fijación del Litigio: (Minutos 00:36:28)

Las partes presentan divergencias en los hechos contenidos en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 20, 24, 25, 26, 27, 30, 41, 42, 43, 44 y 45 del escrito de demanda, los cuales se resumen así:

HECHO 3: Desde el día 18 de julio de 1980 mi poderdante se desempeñó como Notario Único del Tambo ininterrumpidamente hasta el día 13 de enero de 2010, conforme lo demuestran los Certificados expedidos por la Superintendencia de Notariado y Registro, que dan cuenta de los actos de nombramiento y posesión del cargo.

Por su parte la entidad demandada Cajanal – UGPP, argumentó:

AL TERCERO: No es cierto, en el entendido de las objeciones presentadas por la Entidad con respecto a los periodos de servicio que se pretenden acreditar, y que se esgrimen en los actos administrativos demandados hoy y que se contraen específicamente:

Que obra oficio de fecha 17 de septiembre de 2010, expedido por la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, *donde se allegan los factores salariales del hoy demandante*, tomados de los archivos de la Tesorería de la Superintendencia de Notariado y Registro desde enero de 1980 hasta 2002, y que la Dirección de Gestión (sic) de la Superintendencia de Notariado y Registro certificó los actos administrativos de posesión registrados a favor del interesado, sin que se mencione el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2000 al 22 de marzo de 2009, certificado expedido el 11 de febrero de 2010, entre otras consideraciones en las que se encuentran inconsistencias en la información, situación que impide acreditar la totalidad de tiempo de servicio laborados (sic), por no existir claridad, ni en su prestación ni a la Entidad a la cual le realizaron los aportes para pensión.

HECHO 4. Por disposición del decreto legislativo (sic) 059 de 1957, los notarios y sus empleados se convirtieron en afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal – y por lo tanto, quedaron amparados con todos los beneficios que en materia de pensión de jubilación, retiro por vejez y de invalidez, cesantías, etc., tenía para todos sus afiliados, que en su gran mayoría lo eran los empleados públicos del orden nacional.

Por su parte la entidad CAJANAL – UGPP, argumentó:

AL CUARTO (SIC): No es un hecho, se trata de un presupuesto de derecho, [...].

HECHO 5: Durante más de veintinueve años en que el señor DULCE BENAVIDES se desempeñó como Notario Único del Tambo, efectuó oportunamente los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a la CAJA DE PREVISIÓN NACIONAL “CAJANAL” actualmente en liquidación.

Por su parte, la entidad demandada CAJANAL – UGPP, argumentó:

AL QUINTO: La parte demandada manifiesta que no es cierto, pues como se ha expresado en el hecho tercero, se encuentran inconsistencias en la información, situación que impide acreditar la totalidad del tiempo de servicios laborados, por no existir claridad, ni en su prestación ni a la Entidad a la cual se realizaron los aportes para pensión.

HECHO 6: Mediante la Resolución No. 005 de 12 de enero de 2012 (sic), el despacho del señor Gobernador del Departamento de Nariño, resolvió el retiro del servicio del señor HERMINSUL DULCE del cargo de Notario Único del Tambo a partir del día 13 de enero del año 2010.

Por su parte, la entidad demandada CAJANAL – UGPP, argumentó: AL SEXTO: No le consta, que se pruebe, [...]

HECHO 7: Durante el tiempo en que el Fondo de previsión (sic) Social de Notariado y Registro FONPRENOR reemplazó a la Caja Nacional de

Previsión, mi mandante realizó los respectivos aportes entre el periodo de febrero de 1994 a diciembre de 1997, como consta en los recibos de pago adjuntos.

Por su parte, la entidad demandada CAJANAL – UGPP, argumentó:

AL SEPTIMO (SIC): No le consta, que se pruebe, [...] [...]

HECHO 24: Los notarios no son servidores públicos, sin embargo están vigilados en el cumplimiento de sus labores por el Estado, por conducto de la Superintendencia de Notariado y Registro, sin que ello implique dependencia laboral, pues el Notario continúa siendo un particular vigilado por el Estado para prestar un servicio público. Los notarios no perciben salario por su labor, los aportes que cotizan, varían de acuerdo a la Escrituración y demás actos notariales de la respectiva Notaría y la distribución que se hace de la cuenta del Fondo Nacional de Notariado, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2148 de 1983, Decreto 1681 de 1996 y 2324 de 2003.

Por su parte, la entidad demandada CAJANAL –UGPP, argumentó:

AL VIGÉSIMO CUARTO: No es un hecho, [...]

HECHO 25: Conforme a la obligación legal de todo Notario, mi poderdante efectuó las cotizaciones a CAJANAL, incluso por medio de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, PILA, autoliquidando las cotizaciones de acuerdo a los ingresos que percibía por la prestación de sus servicios,

equiparándose para el efecto de calcular su Ingreso Base de Liquidación a un trabajador independiente, siendo su propio patrono.

[...]

HECHO 26: Mediante oficio GRPCV1051 SNR2012EE021897 fechado el 03 de septiembre de 2012, atendiendo la solicitud del suscrito, la Superintendencia de Notariado y Registro indica que la entidad no es competente para certificar los respectivos factores salariales, pues dicha actividad debe ser realizada por el respectivo Notario, previo cotejo de los archivos que reposan en la Notaría. No obstante informa que en lo relacionado a FOMPENOR (sic), la Notaría Única del Tambo se encuentra como morosa, situación que no corresponde a la realidad y se está (sic) realizando las respectivas aclaraciones

[...]

HECHO 27: Pese a que la Superintendencia de Notariado y Registro, demuestra claridad en el concepto, no fue congruente su actuación, ya que debió de entrada dejar claridad a CAJANAL de la imposibilidad por falta de competencia de certificar los factores salariales o ingresos base de cotización del suscrito.

[...]

HECHO 30: Conforme a los elementos de prueba que obraban en el expediente se acredita tiempo de servicio superior a veintinueve años y se haya (sic) demostrado que mi poderdante efectuó oportunamente los aportes a la Caja Nacional de Previsión, por lo cual resulta procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación y en consecuencia deberá la entidad accionada, proceder a la respectiva liquidación de la mesada y el correspondiente pago, reconociendo el derecho desde el día de retiro del servicio.

[...]

AL TRIGÉSIMO: No es cierto, se reitera, el actor no allegó nueva documentación que subsanara las falencias evidenciadas en la petición inicial, motivo por el cual no obran dentro del cuaderno administrativo *certificados de factores salariales emitidos* por la autoridad competente, en lo que se incluyan todos los años necesarios para efectuar la liquidación.

HECHO 41: Mediante oficio fechado el día dos de abril de 2013, la Dra Alba Stella Noguera Solarte en calidad de Notaria Única del Tambo, certificó los factores salariales de mi poderdante, en idénticas cantidades a las que habían sido certificadas ante CAJANAL EN LIQUIDACIÓN.

[...]

HECHO 42: Mediante derecho de petición enviado por correo certificado el día 12 de diciembre de 2012, a la Coordinación del Grupo de

Reconocimiento de Pensiones y Cartera de Vivienda de la Superintendencia de Notariado y Registro, mi poderdante solicitó certificación de aportes y paz y salvo de los mismos, relativos a los aportes para pensiones efectuados al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro FONPRENOR.

[...]

HECHO 43: Debido a la falta de respuesta de la Coordinación grupo de reconocimiento de pensiones y cartera de vivienda de la Supernotariado, mi poderdante por conducto del suscrito abogado, presentó acción de tutela, la cual se tramitó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en restitución de tierras de Tumaco con No. 2013-00038.

[...]

HECHO 44: Previo a resolverse el trámite constitucional, el [...] Director Financiero de la Superintendencia de Notariado y Registro Certificó que la Notaria (sic) del Tambo se encuentra a paz y salvo por concepto de aportes pensionales (sic) por el periodo comprendido entre el mes de febrero de 1994 al mes de octubre de 1997.

[...]

HECHO 45: En escrito separado fechado el 02 de abril de 2013, el [...] Coordinador grupo de reconocimiento de pensiones y cartera de vivienda de la Superintendencia de Notariado y Registro certificó los aportes efectuados para pensiones por mi mandante, durante el tiempo en que existió FONPRENOR.

[...]

Se pregunta a las partes si están de acuerdo o no respecto a los hechos en los que recae la fijación del litigio [...]

PARTE DEMADANTE: Si estamos de acuerdo con el resumen de los hechos formulados anteriormente. [...]

PARTE DEMANDADA: Ninguna observación. [...] Las partes manifiestan total conformidad.

7.1. OBJETO DE LA LITIS:

[...]

7.3. PROBLEMAS JURIDICOS.

7.3.1. PRINCIPAL

¿Se encuentra debidamente acreditado el tiempo de servicios en el cargo de Notario Único del Circuito del Tambo – Nariño, del señor HERMINSUL DULCE BENAVIDES, para efectos del reconocimiento y pago de su pensión de jubilación?

7.3.2. ASOCIADO

¿A quién corresponde demostrar la existencia de los actos administrativos que permitan verificar el cumplimiento del tiempo de servicios y remuneraciones económicas percibidas por el señor HERMINSUL DULCE BENAVIDES, en aplicación del régimen de transición y atención al principio de favorabilidad, para que se haga beneficiario de la pensión de jubilación? [...]» (Ortografía, mayúsculas y negrillas del texto original).

Se corrió traslado a las partes y no se interpusieron recursos.

SENTENCIA APELADA⁸

El *a quo* profirió sentencia por escrito el 28 de marzo de 2014, en la cual accedió a las pretensiones del demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Afirmó que de la verificación de las pruebas obrantes en el proceso las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, había cuenta de que la entidad demandada no reconoció en debida forma la pensión de jubilación del demandante, pues no solo omitió la normativa aplicable al momento de verificar los requisitos contemplados para dicho reconocimiento amparado bajo el régimen de transición, sino que además las exigencias legales del libelista, dado que demostró haber laborado por más de 20 años continuos como notario de El Tambo, Nariño y superar los 55 años de edad.

Al efectuar la valoración probatoria del caso se concluyó que el demandante nació el 1.º de septiembre de 1994 y laboró ininterrumpidamente como Notario Único del Círculo de El Tambo desde el 18 de julio de 1980 hasta el 13 de enero del 2000, además de ello, los aportes para pensión sobre esas fechas los efectuó a Cajanal. Agregó que la norma pensional que regía el derecho jubilatorio con anterioridad a la expedición del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, era el previsto en el inciso 2 de la Ley 33 de 1985.

Por otra parte, señaló que se encontraba probado que el libelista era beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por cuanto para la fecha de entrada en vigencia de dicha normativa (1.º de abril de 1994), contaba con más de 40 años de edad y además 29 años de servicios, lo que le habilitaba el amparo del régimen pensional anterior, esto es, Ley 33 de 1985, motivo por el cual los actos administrativos demandados desconocían el derecho del señor Herminsul Dulce Benavides.

Como corroboración de lo solicitado citó el fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que tuteló los derechos del demandante y contabilizó sus tiempos de servicio en el mismo sentido de la sentencia.

Precisó que como dicha sentencia constitucional mencionada le fue favorable pero de forma transitoria, se debía tener en cuenta que con la sentencia que proferida en el *sub lite* el reconocimiento de la pensión de jubilación y sus pagos futuros deben hacerse de manera definitiva y se debe realizar el respectivo descuento de los pagos que la demandada le ha efectuado al demandante por efectos del acto del 16 de abril del 2013.

Acorde con los anteriores razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume así: i) declaró no probadas las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción; ii) declaró la nulidad de los actos administrativos controvertidos; iii) ordenó a la UGPP reconocer y pagar al señor Hermín Dulce Benavides pensión de jubilación en cuantía del 75% del promedio mensual de la asignación básica y demás factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos legales, efectiva a partir del 14 de enero de 2010; iv) ordenó a la demandada proferir un nuevo acto administrativo en reemplazo o sustitución de la Resolución RDP 017147 del 16 de abril del 2013, por medio del cual se dio cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito de Pasto, alusivo al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante y descontar los valores que por dicho concepto se cancelaron; v) condenó a la entidad demandada para que sobre las mesadas adeudadas pague los ajustes de valor conforme al IPC; vi) ordenó el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA y; vii) condenó en costas a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda. Las razones en que se fundamenta su recurso son las siguientes:

Afirmó que se podía observar que los certificados de tiempos de servicio aportados por el demandante presentan discrepancias respecto a las constancias aportadas por la Superintendencia de Notariado y Registro y existen documentos suscritos por el propio demandante y no por el área competente. Aunado a ello, no obran dentro del expediente administrativo todos los años acreditados por el demandante para proceder a realizar la respectiva liquidación.

Igualmente, señaló que revisado el cuaderno administrativo, los certificados de tiempos de servicios obrantes no especifican a qué caja o fondo se efectuaron los aportes para pensión. Tampoco obran todos los comprobantes de pagos realizados por la Notaría Única del Circulo del Tambo a las diferentes cajas y en las certificaciones no se identifica al demandante como afiliado, en este sentido, debe declararse probada la excepción de cobro de lo no debido.

Subsidiariamente solicitó que en caso de que se mantenga el reconocimiento de la pensión, se debe revocar lo relativo a los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión, toda vez que no se deben incluir todos los devengados por el demandante sino únicamente aquellos sobre los cuales realizó aportes a pensión, en aplicación de la sentencia C-258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada¹⁰: insistió en la aplicación de los precedentes de la Corte Constitucional en sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015 en los cuales se indica la manera de interpretar el régimen de transición en lo relativo al ingreso base de liquidación pensional.

Parte demandante¹¹: manifestó que la objeción a la sentencia propuesta por la entidad demandada no está llamada a prosperar pues en el expediente obran suficientes elementos de prueba que dan cuenta de las cotizaciones efectuadas por el demandante durante más de 29 años, con lo cual se acredita el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación.

Ministerio Público¹²: La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado luego de realizar una sinopsis de lo ocurrido en el proceso, emitió concepto en el cual indicó que el demandante tiene derecho a que se le reconozca el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100

de 1993 y a que se le tenga en cuenta lo previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, indicó que se debe confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿El señor Heminsul Dulce Benavides cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985?
2. En caso negativo y de concluir que el demandante cumple con los requisitos previstos por la Ley 71 de 1988 ¿Se debe ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes?
3. ¿Bajo qué parámetros debe efectuarse la liquidación de la prestación?

Primer problema jurídico

¿El señor Heminsul Dulce Benavides cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985?

Al respecto la subsección sostendrá la siguiente tesis: el demandante no tiene derecho a que le sea reconocida la pensión bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, toda vez que la prestación del servicio por parte del libelista como notario después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 no puede ser tenida en cuenta para tal fin, como pasa a explicarse:

Protección especial personas de la tercera edad

Las personas de la tercera edad hacen parte de un grupo poblacional que debido a las características especiales que presenta, debe contar con la protección de los derechos fundamentales de cada uno de sus miembros por parte del Estado y de los organismos internacionales que se encargan de velar por la inclusión, el respeto, así como las medidas de atención necesarias, garantizándoles la más alta calidad de vida que se les pueda otorgar.

Si bien no existe una convención o tratado internacional, que en su generalidad se dedique en forma exclusiva a la protección de las personas de la tercera edad, se han creado especificidades al respecto en algunos instrumentos instituidos con el fin de salvaguardar los derechos humanos.

En efecto, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, el cual fue aprobado mediante Ley 319 de 1996¹³, por lo que hace parte del orden jurídico que conforma el control de convencionalidad¹⁴, preceptúa:

«Art 17: Protección de los ancianos. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos. [...]»

Como bien lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia de T-025 de 2016¹⁵, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución A46/91¹⁶, adoptó los «Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad». Este documento solicita a los Estados a incluir dentro de sus políticas internas los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad para este grupo poblacional. Específicamente, se incorpora el derecho de los adultos mayores a tener acceso a bienes y servicios básicos como alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia.

También consagra el derecho que tienen los adultos mayores a tener acceso a otras fuentes de ingresos, a redes de apoyo y cuidado provenientes de su familia, la comunidad y el estado, a servicios sociales que les permitan vivir de manera autónoma, libre e independiente y prevé que deben «[...] recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica. [...]»

En virtud de lo anterior, es dable afirmar que tanto en un ámbito interno como internacional se protegen los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad, a través de disposiciones que exigen a los Estados velar por el cuidado de este grupo poblacional que dada su edad, se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, como pasará a explicarse.

La igualdad como mecanismo de protección de las personas de la tercera edad

Desde el ordenamiento jurídico interno, conforme el artículo 1.º de la Constitución Política, Colombia es un Estado pluralista, el cual se caracteriza por el reconocimiento y la coexistencia de las diferencias. Al ser incorporado este concepto como un principio fundamental, por parte del constituyente, permite identificar la necesidad de que las garantías constitucionales se generalicen y se apliquen en favor de todos los asociados, pero al mismo tiempo reconoce que lograrlo implica tener en cuenta las circunstancias particulares, en especial de las personas más vulnerables.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-339 de 2017¹⁷, ha señalado que todas las diferencias deben armonizarse al punto en que la institucionalidad las cubra, proteja y convoque, y en que aquellas puedan empoderarse y aportar en el proceso de construcción democrática de la sociedad y del Estado:

La igualdad, como principio constitucional impulsa la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales y la protección por parte del Estado especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, con el fin de que interactúen en condiciones equitativas en el plano democrático y para efecto de potenciar el diálogo y la construcción de la sociedad y las instituciones. Lo anterior, conlleva a que se proteja a los grupos tradicionalmente discriminados, así como el diseño de mecanismos de política pública destinados a superar o aminorar los efectos de la desigualdad material que enfrentan esas personas, respecto del resto de la sociedad.

Dichos mecanismos estatales se consolidan en relación con las personas que debido a su condición física, psicológica o social particular, merecen una acción positiva por parte del Estado, para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Es por ello, que han sido consideradas por parte del Alto Tribunal Constitucional, como sujetos de especial protección constitucional, «[...] por ser individuos que, aunque formalmente tienen los mismos derechos y garantías que los demás miembros de la sociedad, para efectos prácticos, enfrentan situaciones concretas y

materiales que, sin intervención positiva estatal, obstaculizarían el goce integral y pacífico de aquellos [...]»¹⁸.

En este sentido, se observa que conforme lo ha señalado la Corte Constitucional¹⁹ la edad representa un factor de vulnerabilidad para dos grupos poblacionales: para los niños, niñas y adolescentes y para las personas de la tercera edad. En el caso específico de las personas mayores sostuvo:

«[...] los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo, pueden representar un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de los derechos fundamentales, respecto de las condiciones en que lo hacen los demás miembros de la sociedad. De ningún modo ello significa que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que dadas sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos. La edad y los cambios que conlleva, siempre inevitables, pueden suponer ciertas dificultades o la adquisición de habilidades diferenciadas, que deben verse desde un enfoque particular²⁰. [...]» (Subrayas fuera de texto).

En efecto, en la Sentencia C-177 de 2016²¹, la Sala Plena de la Corte Constitucional recordó que, conforme a una vasta línea jurisprudencial, las personas de la tercera edad, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo, se consideran sujetos de especial protección constitucional cuando los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o cuando está presuntamente afectada su subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital o, «[...] cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario [...]».

Recalcó que no solo el Estado debe proveer un trato diferencial, sino que el principio de solidaridad impone incluso a los particulares esforzarse para apoyar a los adultos mayores, y lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellos. En consecuencia, las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección, deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales.

Dilucidado lo anterior, se observa que las medidas citadas con antelación deben aplicarse en el presente caso, con el fin de efectivizar los mencionados derechos a favor del señor Herminio Dulce Benavides quien según lo anterior es sujeto de especial protección constitucional, dado que es una persona de la tercera edad²².

Derecho a la seguridad social - pensión de vejez

La Constitución Política otorgó a la seguridad social una doble connotación (artículo 48) desde su consagración como servicio público de carácter obligatorio y como derecho de rango constitucional. Lo que representa para el Estado colombiano un marco de acciones encaminadas a garantizarlo toda vez que a partir de este derecho se protegen bienes jurídicos como la vida y la dignidad humana, dado que permite el acceso a la asistencia social y a prestaciones para su pleno desarrollo, como es la salud y la pensión.

En ese orden y bajo esos principios, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar²³.

Aunado es importante mencionar que, desde los Tratados Internacionales ratificados por Colombia se ha denotado el raigambre *iusfundamental* del derecho a la seguridad social, verbigracia, artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entre otros.

Precisamente, se resalta el párrafo 10 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), según el cual corresponde a los Estados signatarios dentro del máximo de recursos de los que dispongan, adoptar medidas encaminadas a brindar protección adecuada al derecho a la seguridad social. Dichas medidas habrán de ser diseñadas y ejecutadas de manera tal que no permitan

restricciones irrazonables o desproporcionadas de acceso y *"en todo caso deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano"*²⁴ (Subraya la sala, cursiva del texto original).

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico concretamente frente a la pensión, el artículo 4 de la Ley 100 de 1993 prescribe que el servicio público de seguridad social «[...] respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones [...]».

Conforme a lo anterior, es indiscutible la relación estrecha que existe entre el derecho a la pensión de vejez y la satisfacción de las condiciones mínimas que permitan garantizar el mínimo vital, la vida digna y la seguridad social de las personas que la reclaman, más aun cuando se trata de personas en especial condición de vulnerabilidad como las de la tercera edad.

De la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985

La Ley 33 de 1985²⁵ en el artículo 1.º al regular el derecho a la pensión de jubilación de las personas que prestaron sus servicios en entidades del Estado, exigió 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres y 20 años de servicios como empleado oficial, prestación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Nótese que la disposición tiene como destinatarios a los empleados oficiales, concepto genérico que involucra a los servidores públicos, esto es, las personas naturales que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, entre otros, y los trabajadores oficiales, según lo define el artículo 1 del Decreto 1848 de 1969²⁶ en armonía con el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968²⁷, lo cual lleva a entender que quienes no se encuentren en este supuesto de hecho, no podrán beneficiarse de sus disposiciones.

Más adelante la Ley 100 de 1993 creó el sistema general de pensiones cuyo propósito era unificar los requisitos para reconocer dicha prestación social a todos los habitantes del territorio nacional²⁸. No obstante, el mismo sistema exceptuó de su aplicación a quienes fueran beneficiarios de un régimen especial²⁹. La norma introdujo dos regímenes a saber:

i. En el régimen solidario de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados van a un fondo común de naturaleza pública y la ley previamente define el monto pensional. Los requisitos para obtener este derecho en este régimen son los establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así: (a) tener 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 respectivamente y; (b) acreditar mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentaron a partir del 1.º de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas.

ii. El régimen de ahorro individual con solidaridad se basa en el capital proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros de las mismas, los cuales se consignan en una cuenta individual pensional. Allí el monto de la pensión no es determinado previamente por la ley, y sus afiliados tienen derecho al reconocimiento cuando hayan reunido en su cuenta individual la cantidad dineraria necesaria para financiarla siempre y cuando su cuantía pensional no sea inferior al 110% del valor del salario mínimo mensual legal vigente, sin importar la edad.

Igualmente, la norma previó un régimen de transición para aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez con el propósito de proteger sus expectativas que podrían verse afectadas con el tránsito legislativo. El mismo se fijó en el artículo 36 de dicha ley en los siguientes términos:

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las

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

[...]

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida [...]»

Así, quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, tienen derecho a que se les aplique el régimen pensional que los venía rigiendo en lo que se refiere a la edad para acceder, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

Del material probatorio allegado al expediente se observa que el señor Herminul Dulce Benavides es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1.º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Seguridad Social tenía 49 años de edad, toda vez que nació el 1.º de septiembre de 1944³⁰.

Naturaleza de las cotizaciones como notario antes y después de la Constitución de 1991

Para referirse a la naturaleza jurídica del cargo de notario conviene señalar que el artículo 1.º del Decreto 960 de 1970³¹ señalaba que el notariado es una función pública que implica el ejercicio de la fe notarial y luego, el Decreto 2163 de 1970³², en el artículo 1.º, reiteró tal naturaleza³³ y en el artículo 2.º reconoció expresamente la condición de funcionarios públicos a los notarios.

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 en el artículo 131 abordó el servicio que prestan los notarios, para señalar:

«ARTICULO 131. Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.

El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.

Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro».

Así las cosas, si bien antes de la expedición de la Constitución de 1991 la función notarial se entendía como pública, con posterioridad la acepción de tal naturaleza jurídica del cargo fue cuestionada, pues el artículo 123 Superior reservó la calidad de servidor público a los miembros de las corporaciones públicas, los trabajadores oficiales y a los empleados públicos, en sus distintas categorías, esto es, los de elección popular, período fijo, provisionales, libre nombramiento y remoción, carrera administrativa y temporales; no obstante, la Corte Constitucional precisó que esta previsión no define inequívocamente que los notarios deban ser particulares que presten el servicio a través de la figura de descentralización por colaboración, sino que también es posible que la ley les confiera la calidad de servidores públicos³⁴.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional en la sentencia C-1212 de 2001³⁵ precisó que los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores

públicos, pese a la función pública de dar fe que prestan y resaltó que se trata de «particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la

figura de la descentralización por colaboración, de conformidad con los artículos 123 inciso final, 210 inciso segundo, y 365 inciso segundo, de la Carta Política.».

A su vez, el Consejo de Estado también abordó el tema y en la sentencia del 8 de agosto de 2012³⁶ sostuvo que si bien las normas que regulan el ejercicio notarial son en su mayoría anteriores a la Constitución Política de 1991, debe dárseles una lectura acorde con el nuevo orden constitucional, de lo cual se evidencian aspectos diferenciales entre los notarios y quienes se vinculan mediante una relación legal y reglamentaria a la administración, las cuales se caracterizan por:

- Los notarios gozan de un alto grado de autonomía.

- Son sujetos de unas obligaciones especiales, que les permiten:

1. Crear los empleos que requieran para el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo, (artículo 3.º Ley 29 de 1973).
2. Gozar de una remuneración constituida por las sumas de dinero que reciben por la prestación de sus servicios de conformidad con las tarifas legales, (artículo 2.º Ley 29 de 1973).
3. El deber de pagar las asignaciones de sus empleados subalternos con cargo a los recursos que reciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales autorizados por la ley (artículo 4.º Ley 29 de 1973).
4. Son responsables del impuesto sobre las ventas y actúan también como agentes retenedores de los impuestos de timbre y al valor agregado sobre los servicios notariales prestados.
5. Deben efectuar un aporte especial a la administración de justicia, (artículos 11 y 19 de la Ley 29 de 1973, 5.º del Decreto 1250 de 1992 y 437 y 518.2 del Estatuto Tributario).

Así las cosas, la providencia en cita sostuvo que el ejercicio de la función pública atribuida no implica que los notarios sean servidores públicos, al no contar con una relación subordinada y directa a la administración, por el contrario, la forma de su vinculación presenta más elementos comunes con la descentralización por colaboración «mediante la cual el Estado aprovecha la capacidad organizativa con que cuenta un particular, para garantizar la efectividad en el desarrollo de la función pública, esto es, en la prestación de determinado servicio»³⁷.

Por su parte, la Sección Tercera, en materia de responsabilidad por el ejercicio de la función notarial, también ha admitido la calidad de particular que cumple funciones públicas de los notarios³⁸ y, a su vez, la Sala de Consulta y Servicio Civil acogió el anterior criterio³⁹, para resolver un conflicto negativo de competencias suscitado entre la UGPP y Colpensiones, respecto del reconocimiento de pensión de una persona que se había desempeñado como notario. Sobre el tema, la providencia concluyó: «El ejercicio notarial es un servicio público que implica el desarrollo de la función pública denominada *fedante o fedataria*; en tanto que los notarios y los empleados de las notarías son particulares que cumplen, precisamente, dicha función en virtud de la denominada descentralización por colaboración».

En esas condiciones, conforme los lineamientos jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional es evidente que el carácter público de la función notarial no le concede al notario la calidad de servidor público vinculado al Estado mediante una relación laboral, pues dadas las especiales atribuciones legalmente conferidas, su ejercicio obedece a la posibilidad de desarrollar tal labor a través de la figura de la descentralización por colaboración.

En consecuencia, a partir de la Constitución Política de 1991, las cotizaciones que se efectúen como notario no tienen el carácter de públicas, dado que no corresponden a las de un «empleado oficial», ya sea servidor público o trabajador oficial, de manera que estos tiempos no resultan útiles para efectos de acreditar los 20 años de servicios que exige la Ley 33 de 1985 para conceder la pensión de jubilación, porque esta exige 20 años de servicios como empleado público.

No obstante, se debe precisar que por precepto legal, las cotizaciones pensionales canceladas con anterioridad a la Constitución de 1991, sí tienen una naturaleza pública según lo regulado en el artículo 1.º del Decreto 960 de 1970⁴⁰ y en el Decreto 2163 de 1970⁴¹, artículos 1.º y 2, como se analizó en párrafos anteriores. Tesis que ha sido sostenida por esta Corporación⁴² respecto de dicha normativa, así:

«[...] El Notario es un empleado público porque cumple funciones públicas señaladas por la ley y el reglamento; está amparado por las normas sobre carrera notarial que le garantizan estabilidad en el empleo y un sistema de ascensos que tiende a su progreso intelectual, moral y económico. Están amparados por las normas del Decreto 3135 de 1968 que regula las prestaciones sociales de los empleados públicos y del Decreto 2400 de 1968, sobre administración de personal civil, entre otras las que señala en sesenta y cinco años la edad de retiro por vejez (Art. 31); y finalmente el Estatuto Notarial (Decreto 960 de 1970) no derogó el sistema del retiro forzoso para los Notarios por razón de vejez. [...]».

Corolario, esta Corporación advierte que los tiempos de servicios prestados como notarios antes de la entrada en vigencia de 1991 se deben considerar tiempos públicos, no así en relación con los servidos en este ramo con posterioridad a la expedición de la Carta Superior⁴³.

Acorde con la sinopsis normativa y jurisprudencial citada, esta subsección deberá verificar si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en virtud de la Ley 33 de 1985, con ocasión de los tiempos prestados como notario:

- Mediante certificación fechada el 11 de febrero de 2010, la directora de Gestión Notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro, hizo constar que el señor Herminsul Dulce Benavides «[...] fue nombrado como Notario Único del Circuito de El Tambo, Nariño [...] Tomó posesión del cargo el 18 de julio de 1980 [...] ejerció funciones como Notario Único del Circuito [...] hasta el día 13 de Enero de 2010, [...]»⁴⁴.

- En el mismo sentido el notario Único del Circuito de El Tambo (Nariño) certificó el 31 de enero del 2012, que el aquí demandante «[...] se desempeñó como Notario Único de este Circuito, desde el día 18 de julio de 1980 hasta el día 14 de enero de 2.010, en forma ininterrumpida. Igualmente, sus aportes para pensión comprendidos entre el 18 de julio de 1980 al 14 de enero de 2.010 los realizó a la Caja Nacional de Previsión CAJANAL, tal y como consta en los correspondientes recibos de pago. [...]»⁴⁵.

- De igual forma, obran diferentes recibos de pagos de aportes a pensión efectuados por el señor Dulce Benavides a Cajanal y al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro (Fonprenor) entre los años 1980 y 2010⁴⁶.

- Conforme a certificación del 2 de abril de 2013 expedida por el coordinador del Grupo de Reconocimiento de Pensiones de Cartera y Vivienda de la Superintendencia de Notariado y Registro, el señor Herminsul efectuó aportes a Fonprenor entre febrero de 1994 y octubre de 1997⁴⁷.

- Mediante Resolución 005 del 12 de enero del 2010 el gobernador de Nariño retiró del servicio al señor Dulce Benavides como notario Único del Circuito del Tambo, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, en su artículo quinto se señaló que regía a partir de su expedición⁴⁸.

- Asimismo, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en sentencia proferida el 11 de febrero del 2013⁴⁹, al resolver un recurso de apelación interpuesto por la parte ahora demandante frente a una sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto⁵⁰, tuteló transitoriamente los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del señor Herminsul Dulce Benavides y ordenó a la UGPP que expidiera una resolución en la que reconociera pensión de vejez de acuerdo con sus competencias.

- En efecto, a través de Resolución RDP 017147 del 16 de abril del 2013⁵¹ la UGPP, dio cumplimiento al anterior fallo y reconoció la pensión de vejez al demandante: «[...] ARTÍCULO PRIMERO: [...] RECONOCER Y ORDENAR EL PAGO A FAVOR DEL (A) SEÑOR (A) DULCE BENAVIDES HERMINSUL, YA IDENTIFICADO (A), DE UNA PENSIÓN MENSUAL VITALICIA DE VEJEZ [...] EFECTIVA A PARTIR DEL 14 DE ENERO DE 2010 CON EFECTOS FISCALES A PARTIR DE LA INCLUSIÓN A NÓMINA, POR CUATRO MESES MÁS Y CON POSTERIORIDAD SIEMPRE Y CUANDO ACREDITE ANTE ESTA ENTIDAD EL INICIO DE LAS ACCIONES A QUE HAYA LUGAR [...]». (Ortografía, mayúsculas y negrillas del texto original).

Además aclaró que «[...] si bien el interesado laboró para la Notaría Única del Circuito del Tambo hasta el día 13 de enero de 2010, la liquidación tan solo se realizó hasta el año 2008 toda vez que no obra certificación de factores salariales del 01 de enero de 2009 al 13 de enero de 2010, por tanto, en virtud de los términos perentorios dada la acción de tutela objeto de cumplimiento se procedió a liquidar la presente prestación hasta el 30 de diciembre de 2008. [...]».

Conforme a la anterior material probatorio, es dable concluir que el señor Herminsul Dulce Benavides prestó sus servicios como notario entre 18 de julio de 1980 hasta el 13⁵² de enero de 2010, esto es, aproximadamente 29 años, por lo que en principio sería procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación por tener para dicha fecha más de 55 años⁵³ y 20 años de servicio, sin embargo, como se estudió en precedencia, el tiempo prestado como notario desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 es entendido como particular, motivo por el cual no puede ser computado para efectos de reconocimiento pensional bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985.

En este sentido, solo podrá sumarse para la prestación deprecada el periodo prestado entre el 18 de julio de 1980 y el 27 de julio de 1991 (fecha de entrada en vigencia de la Constitución), por tanto, el tiempo prestado y cotizado con ocasión del servicio público, son 11 años y 9 días.

Conviene precisar que si bien es cierto existe jurisprudencia⁵⁴ del Consejo de Estado que sostuvo que el cargo de notario confiere la naturaleza jurídica de servidor público a quien lo desempeña, debe tenerse en cuenta que dentro del sustento jurídico para arribar a tal conclusión se encuentran pronunciamientos tales como la providencia del 22 de octubre de 1981⁵⁵, que analizó el punto bajo el contexto constitucional anterior a la Carta Política de 1991, motivo por el cual no resulta aplicable al presente caso.

En conclusión: el señor Herminsul Dulce Benavides no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, toda vez que no acreditó 20 años de servicio como «empleado oficial», pues el periodo que se desempeñó como notario único de El Tambo (Nariño) a partir de 1991 no puede ser computado para tales efectos, dado que en tal calidad ya no tenía el carácter de servidor público.

Segundo problema jurídico

¿Se debe ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes?

Al respecto la subsección sostendrá la tesis de que el demandante acreditó 20 años de aportes en el sector público y privado, motivo por el cual su situación pensional se enmarca dentro de las regulaciones previstas en la Ley 71 de 1988, como pasa a explicarse.

Las decisiones judiciales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el derecho fundamental a la seguridad social

Para resolver el interrogante planteado es oportuno precisar que el artículo 187 del del CPACA impone que la sentencia debe referirse a los hechos en que se funda la controversia y el artículo 281 del Código General del Proceso dispone que «[...] la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda [...]»⁵⁶.

Ahora, no se debe dejar de lado el objeto actual de los procesos que se adelanten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, «[...] la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico [...]»⁵⁷ y que además, la materia laboral impone atender los principios que rigen esta rama del derecho, entre ellos, el principio protector, la irrenunciabilidad a los derechos mínimos, favorabilidad, entre otros, mandatos que han incidido incluso en la flexibilización de la llamada «justicia rogada»⁵⁸.

No obstante ello, como se estudió en apartes anteriores, conforme al artículo 4 de la Ley 100 de 1993, el derecho a la seguridad social se convierte es esencial respecto de las actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones, como ocurre en el *sub lite*.

De esta forma, cuando se estudian derechos relativos al reconocimiento pensional, debe prevalecer siempre el derecho sustancial y el amparo de las garantías fundamentales de quien lo reclama, lo cual en todo ámbito judicial debe sobrepasar los aspectos eminentemente procedimentales.

Así las cosas, se precisa que en materia pensional predominan los derechos fundamentales y, en todo caso, en aras de garantizar los derechos al mínimo vital, a la vida digna, a la seguridad social, así como la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y en atención a que el libelista es sujeto de especial protección constitucional, esta subsección considera procedente estudiar la pensión del demandante a la luz de la Ley 71 de 1988.

Además de ello, a pesar de que en sentencia proferida por esta subsección⁵⁹ en un caso en el que se solicitaba la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 a la cual se concluyó no tenía derecho y posteriormente, respecto del estudio de oficio de la pensión por aportes, se señaló que «[...] la aplicación de estos mandatos debe acompañarse con un ejercicio argumentativo que exponga la necesidad de darles prevalencia, máxime si ello implica el detrimento de otras garantías fundamentales para las otras partes como el debido proceso para la entidad demandada, que comprende la concesión de las oportunidades correspondientes para manifestarse sobre el punto. [...]». Cabe resaltar que en este proceso sí se vulnerarían los derechos fundamentales del demandante, toda vez que la pensión de vejez de la cual es beneficiario el demandante, fue reconocida de manera transitoria en virtud de una acción de tutela, por lo tanto, de no definirse su situación pensional carecería de mínimo vital a los 75 años de edad.

De la pensión de jubilación por aportes

La Ley 71 de 1988⁶⁰, creó la «pensión de jubilación por aportes», como aquella que se obtiene al sumar los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado. En efecto, la citada ley en su artículo 7, previó:

«[...] A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta

(60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer».

Como se ha demostrado que el demandante acreditó más de 20 años de servicios en la Notaría Única del Tambo desde el 18 de julio de 1980 hasta el 13 de enero del 2010 y sus aportes a pensión fuera como empleado público y privado los efectuó a Fonprenor y a Cajanal, el requisito relativo a la prestación del servicio se cumple con suficiencia.

En cuanto a la edad, se reitera que el señor Dulce Benavides nació el 1.º de septiembre de 1944, es decir que los 60 años de edad que exige la Ley 71 de 1988, los cumplió en el 1.º de septiembre del 2004, fecha en la cual configuró a cabalidad los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988, efectiva a partir del 14 de enero de 2010 (día siguiente a la fecha de retiro). Sin embargo, en aras de evitar la doble asignación del tesoro público (artículo 128 Superior), se deberá descontar lo reconocido por concepto de pensión de jubilación.

De otra parte, no hay lugar a decretar la prescripción de mesadas dado que:

i) el señor Dulce Benavides laboró hasta el 13 de julio de 2010⁶¹, ii) el día 29 de marzo del año 2010⁶² petitionó el pago de la pensión, es decir, dentro de los 3 meses siguientes, iii) por último, presentó la demanda el 8 de febrero de 2013⁶³, por tanto, no trascurrieron 3 años conforme lo prevén los artículos 41⁶⁴ del Decreto 3135 de 1968 y 102⁶⁵ del Decreto 1848 de 1969.

En conclusión: el señor Herminsul Dulce Benavides cumple con la edad y el tiempo de servicios para adquirir la pensión de jubilación por aportes a partir del 14 de enero de 2010, con base en lo previsto en el artículo 7.º de la Ley 71 de 1988. Por lo tanto, en aras de garantizar sus derechos al mínimo vital, vida en condiciones dignas y a la seguridad social se ordenará a la entidad demandada que proceda al reconocimiento definitivo de la pensión pero con base en dicha norma.

Tercer problema jurídico:

¿Bajo qué parámetros debe efectuarse la liquidación de la prestación?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con la postura recientemente unificada por la Sala Plena del Consejo de Estado, la pensión de jubilación por aportes a la que tiene derecho el demandante, al ser beneficiario del régimen de transición, se debe ceñir a los parámetros de liquidación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al IBL y a los factores salariales sobre los cuales aportó, como se explica a continuación:

Sentencia de unificación – criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para los beneficiarios del régimen de transición.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018⁶⁶ en la que fijó las reglas y subreglas respecto al Ingreso Base de Liquidación para computar la pensión de jubilación de quienes gozan del régimen de transición.

En efecto, la Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos «[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. [...]»

Sobre el fondo del asunto fijó como regla de unificación: «El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985». (Negrita del texto original).

Ahora, si bien en la sentencia de unificación se aludió al régimen regulado en la Ley 33 de 1985, lo cierto es que este no era el único reglamentado para la época anterior a la Ley 100 de 1993, pues también se encontraba el contenido en la Ley 71 de 1988 que aplicaba para quienes acumularon tiempo de servicio a los sectores oficial y privado, según el cual tenía derecho a la pensión quien acreditara 20 años de aportes en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, siempre que cumplieran 60 años en el caso de los hombres y 55 años si son mujeres.

En complemento a lo anterior, el Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7.º de la Ley 71 de 1988, en su artículo 6.º indicó que «[...] El salario base para la liquidación de las pensiones por aportes, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. [...]»⁶⁷

En consecuencia, la subsección considera que las reglas de unificación también deben aplicarse a los beneficiarios de la pensión por aportes por transición, como se pasa a explicar:

PERIODO PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

«[...] 94. La primera subregla es que el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. [...]»

Consolidación del estatus pensional: 1.º de septiembre del 2004, por edad⁶⁸.

Tiempo que faltaba para consolidarlo a la entrada en vigencia de la Ley 100: 10 años y 5 meses (del 1.º de abril de 1994 al 1.º de septiembre del 2004).

Periodo aplicable según la sentencia de unificación: el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

La pensión de jubilación se debe liquidar con el promedio de lo cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

FACTORES SALARIALES A INCLUIR EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

«[...] 96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. [...]»

Factores Decreto 1158 de 1994: a) asignación básica mensual, b) gastos de representación, c) prima técnica, cuando sea factor de salario, d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, e) remuneración por trabajo dominical o festivo, f)

Los factores a incluir en el IBL son los cotizados en el lapso de liquidación que se encuentren enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre aquellos valores

remuneración por trabajo suplementario que se hayan efectuado o de horas extras, o realizado en jornada como aportes. nocturna, g) bonificación por servicios prestados.

Es decir que la demandada al calcular la pensión de jubilación deberá tener en cuenta el 75% de los valores cotizados por el demandante durante sus 10 últimos años de labor como notario y sobre los cuales se hayan efectuado los aportes.

En conclusión: la pensión de jubilación del señor Herminsul Dulce Benavides bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe ceñirse a los parámetros de reconocimiento del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, la tasa de reemplazo y en lo que hace relación al periodo y los factores de liquidación se incluirán aquellos valores sobre los cuales cotizó durante los 10 últimos años de servicios, según el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Decisión de segunda instancia

La subsección concluye que la sentencia de primera instancia ha de ser parcialmente modificada, para precisar la norma aplicable al caso del demandante y ordenar a la entidad demandada que en cumplimiento de la presente sentencia, emita un nuevo acto administrativo en el cual efectúe el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes del demandante en la forma ya indicada.

De la condena en costas

Esta subsección⁶⁹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» -CCA- a uno «*objetivo valorativo*» -CPACA-.
- b. Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c. Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁷⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

En este hilo argumentativo, no se condenará en costas a la parte demandada, en atención a que no se observa su causación, toda vez que prosperaron parcialmente los argumentos del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 CGP.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: Modificar el ordinal cuarto de la sentencia del 28 de marzo del 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Nariño, el cual quedará como se consigna a continuación:

«CUARTO: Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se dispone:

a).- Ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, que expida un nuevo acto administrativo a través del cual le reconozca y pague al señor Herminul Dulce Benavides identificado con la cédula de ciudadanía 5.248.449 de manera actualizada y retroactiva una pensión de jubilación por aportes en los términos del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, con efectividad a partir del 14 de enero del 2010, liquidada con base en el 75% del promedio mensual de los valores sobre los cuales se efectuaron aportes durante los últimos 10 años de servicios comprendidos entre el 14 de enero del 2000 y el 14 de enero del 2010.

b).- La entidad demandada proferirá el nuevo acto del reconocimiento pensional que aquí se ordena, en reemplazo de la Resolución RDP 017147 del 16 de abril del 2013, por la cual se reconoció una pensión vejez al demandante en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal y al momento de pagar la condena acá impuesta descontará la totalidad de los valores pagados al señor Herminul Dulce Benavides con base en ese acto administrativo hasta la fecha de cumplimiento de la presente sentencia.»

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada en la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso el señor Herminul Dulce Benavides contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP.

Tercero: Sin condena en costas en segunda instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA ANTERIOR PROVIDENCIA FUE DISCUTIDA Y APROBADA POR LA SUBSECCIÓN EN LA SESIÓN DE LA FECHA.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 En adelante UGPP.

2 «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.

3 Folios 427 a 428.

4 Folios 579 a 586 vuelto y cd visible a folio 578.

5 (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

6 (2012). Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

7 (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

8 Folios 645 a 654 vuelto.

9 Folios 665 a 671.

10 Folio 796.

11 Folios 797 a 803.

12 Folios 805 a 814.

13 Declarada exequible en Sentencia C-251 del 28 de mayo de 1997. Referencia: Expediente L.A.T.-091.

14 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el control de convencionalidad es la «[...] herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. [...]». Al respecto ver «Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7», consultado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

15 Corte Constitucional, Sentencia del 2 de febrero de 2016. Referencia: expedientes T- 5182888 y T-5182897.

16 Del 16 de diciembre de 1991

17 Sentencia del 19 de mayo de 2017. Referencia: Expediente T-5.975.168.

18 Sentencia T-719 de 2003. Sentencia del 20 de agosto de 2003. Referencia: expediente T- 722379.

19 Sentencia T-598 de 2017. Referencia: Expediente T-6.053.509.

20 *Ibidem*.

21 Sentencia SU 168 del 16 de diciembre de 2017. Referencia: expediente D-10913.

22 El señor demandante al momento de proferirse la presente providencia tiene 75 años, conforme a la cédula de ciudadanía visible a folios 14 y 54.

23 Artículo 1.º de la Ley 100 de 1993.

24 Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-658 de 2008, Referencia: expedientes T-1.852.626 y T-1.911.331.

25 Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las Prestaciones Sociales para el sector público.

26 Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

27 Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

28 Artículo 3 de la Ley 100 de 1993.

29 Artículo 279 Ley 100 de 1993.

30 De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía que obra en los folios 14 y 54 y el registro civil de nacimiento del folio 15 del expediente.

31 Por el cual se expide el Estatuto del Notariado.

32 Por el cual se oficializa el servicio de notariado

33 La Ley 29 de 1973 «por la cual se crea el Fondo Nacional del Notariado y se dictan otras disposiciones» se refirió en idénticos términos a la función notarial, así como el artículo 1 de la Ley 588 de 2000 «por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial».

34 Corte Constitucional, sentencia C- 741 de 1998.

35 Referencia: expediente: D-3543. Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 6 y 7 del artículo 133 del Decreto 960 de 1970.

36 Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de agosto de 2012, radicación: 250002325000200212829 03(1748-2007).

37 *Ibidem*. Se aclara que en anteriores oportunidades la Sección Segunda ya había admitido este criterio tal y como se puede verificar en la providencia de la Subsección A, sentencia del 6 de mayo de 2015, radicación: 250002325000200211327 01 (0694-08).

38 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de julio de 2014, radicación: 25000232600020020334 01(26580).

39 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 26 de septiembre de 2017, radicación: 110010306000201700117 00 (C).

40 «Por el cual se expide el Estatuto del Notariado».

41 «Por el cual se oficializa el servicio de notariado».

42 Cita de cita: Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2012. Radicación: 25000-23-25-000-2002-12829-03(1748-07), en la que se analizó la posición del Consejo de Estado respecto de la posición del cargo de notario antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, fijado en las sentencias: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de octubre de 1981. Expediente: 10817. Ver entre otras, sentencia del 14 de mayo de 1990. Expediente: 2996.

43 En este sentido se la ha pronunciado la Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 4 de abril de 2019. Radicación número: 25000-23-25-000-2008-01087-02(4737-15).

44 Folios 20 a 21.

45 Folio 80.

46 Folios 131 a 345.

47 Folios 509 a 510.

48 Folios 25 y 26.

49 Folios 465 a 488.

50 Folios 448 a 457.

51 Folios 496 a 497.

52 La subsección resalta que si bien existen divergencias respecto del retiro del demandante del servicio, se tendrá esa fecha como la de retiro, dado que a partir del 14 del mes y año precitados se posesionó su reemplazo y el acto administrativo de retiro no prevé los efectos fiscales.

53 Dado que nació el 1.º de septiembre de 1944 tenía 66 años. Se recuerda, que la edad requerida por la dicha normativa era 55 años.

54 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 14 de mayo de 1990, radicación 281 y 2996; sentencia del 5 de marzo de 1998, radicación: 1537; de la Subsección B, sentencia del 20 de mayo de 1999, radicación: 17205.

55 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación: 10817.

56 Resaltado de la Subsección.

57 Artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

58 Sobre la flexibilización de la justicia rogada ver la providencia de la Sección Segunda, sentencia del 12 de abril de 2018, Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012- 01(1321-15) CE-SUJ2-010-18

59 Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 4 de abril de 2019. Radicación número: 25000-23-25-000-2008-01087-02(4737-15).

60 «Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones».

61 Folios 48 a 49.

62 Folio 13.

63 Según acta individual de reparto visible a folio 400.

64 «Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.».

65 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.». (Subrayas fuera de texto).

66 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

67 El artículo referido fue derogado por el artículo 24 del decreto 1474 de 1997. Pero en la sentencia del 17 de marzo de 2011, el Consejo de

Estado, respecto del artículo 6 del decreto 2709 de 1994, consideró: «[...] Si bien es cierto que la mencionada norma fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, que modificó a su vez el Decreto 1748 de 1995, la misma debe entenderse vigente en razón a que se trata de una pensión reconocida aplicando beneficios del régimen de transición, es decir, con base en la norma que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 [...]». Radicado 25000-23- 25-000-2006-07509-01(0112-09).

68 Según copia de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento visibles de folios 14 a 15.

69 Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

70 «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 14:25:58