



Radicado: 25000 23 25 000 2009 00366 02 (3759-2017)
Accionante: ALONSO OVIEDO RODRÍGUEZ

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)

Radicación 25000 23 25 000 2009 00366 02 (3759-2017)

Demandante: ALONSO OVIEDO RODRÍGUEZ

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-

Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de segunda instancia. Decreto 01 de 1984

I. ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo¹ decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia de 9 de junio de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca², se declaró inhibido para conocer de fondo acerca de las súplicas de la demanda instaurada por el señor Alonso Oviedo Rodríguez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, en adelante COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda³

2.1.1. Pretensiones

El señor Alonso Oviedo Rodríguez, por conducto de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA, solicitó declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

¹«ARTÍCULO 129. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 597 de 1988, Modificado por el art. 38, Ley 446 de 1998. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión».

² Sección Segunda, Subsección F.

³ ff. 62 y s.s.



- Resolución 27495 de 7 de julio de 2006, proferida por la gerente del Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, a través de la cual se le negó al demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación.
- Resolución 025447 de 14 de junio de 2007, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior, confirmándolo.
- Resolución 00723 de 2 de marzo de 2009, suscrita por la gerente de la Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, que resolvió el recurso de apelación, confirmado la decisión inicial.

A título de restablecimiento del derecho solicitó en síntesis, que se ordene a la entidad demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación a su favor, de conformidad con lo señalado en la Ley 33 de 1985, por aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, desde que se causó el derecho, es decir, desde el 19 de junio de 2004, sumas que deberán ser indexadas, con el incremento de ley y los intereses moratorios y corrientes hasta el día en que realice el pago total.

Igualmente solicitó se condene a la demandada al pago de lo que resulte probado por concepto de «daños y perjuicios» tanto materiales⁴ como morales⁵, ocasionados por el no reconocimiento de la pensión de jubilación desde la fecha de su causación.

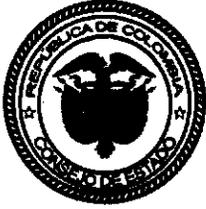
2.2.2. Supuestos fácticos

El señor Alonso Oviedo Rodríguez nació el 19 de junio de 1949, cumplió 55 años de edad el 19 de junio de 2004 y acreditó más de 20 años de servicios en el sector público, por lo que el 7 de julio de 2005, radicó ante el Instituto de Seguros Sociales su solicitud de reconocimiento pensional.

Sin embargo, a través de los actos administrativos demandados, el Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de la pensión al considerar que no le amparaba el

⁴ Los estimó en \$329'690.000 (f. 65)

⁵ 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Ibidem.



régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por cuanto no acreditó 60 años de edad, requisito establecido en esta norma.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como **normas vulneradas** citó los artículos 4.º, 6.º, 13, 14, 16 a 18, 23, 29, 46 a 48, 53, 58, 83 y 90 de la Constitución Política, así como el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, 36 de 1993 y el Decreto 3800 de 2003.

En el **concepto de violación** explicó que en este caso el acto acusado incurrió en la violación de la norma superior al impedirle el goce de su derecho a la pensión de jubilación, lo que pone en peligro otros derechos de rango fundamental, tales como la vida y la dignidad humana.

Precisó que si bien en el año de 1997, el demandante se trasladó a un fondo de pensiones privado, éste regresó al ISS, fecha en la cual contaba con 20 años de servicio al sector público, por lo que en consecuencia es dable afirmar que el traslado no afectó el derecho del demandante en tanto que la Ley 33 de 1985 solo exige 20 años de servicio continuos o discontinuos y 55 años para acceder a la pensión, requisito que cumple el demandante.

Que conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación anterior no pueden resultar afectadas y la entidad no podía desconocer que el accionante tenía derecho al reconocimiento pensional por cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicio.

2.2. Contestación de la demanda

La **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-** contestó la demanda de manera extemporánea⁶.

2.3. Trámite en primera instancia

Por auto de 17 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁷, admitió la demanda y denegó la medida cautelar solicitada. Contra esta decisión la apoderada del accionante interpuso recurso de reposición⁸.

⁶ F. 185.

⁷ Sección Segunda, Subsección F en descongestión. Ff. 123 y s.s.

⁸ Ff. 136 y s.s.



A través de auto de 15 de septiembre de 2014⁹ dicha Corporación consideró improcedente el recurso de reposición y concedió el recurso de «apelación» ante el Consejo de Estado, por lo que a través de auto de 3 de febrero de 2015¹⁰, fue rechazado de plano por esta Subsección¹¹ al advertirse que el citado recurso no fue interpuesto.

Por auto de 16 de septiembre de 2015¹² se dispuso dar cumplimiento al auto admisorio de 17 de julio de 2013, con lo cual se ordenó la notificación al representante legal del Instituto de Seguros Sociales. Mediante providencia de 19 de diciembre de 2016¹³ se dio apertura a la etapa probatoria, luego de lo cual se ordenó correr traslado para alegar de conclusión¹⁴.

En dicha oportunidad se pronunció el apoderado de COLPENSIONES¹⁵, quien, haciendo alusión a la Resolución «GNR 189819 de 2014»¹⁶ indicó que «en aras de salvaguardar la contingencia de vejez del señor Alonso Oviedo Rodríguez, dio aplicación al Principio de Favorabilidad, y por ende la pensión se reconoció bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, legislación que se considera más beneficiosa por brindarle una tasa de reemplazo correspondiente al 75.46%, siendo más beneficiosa que la que otorga la ley 33 de 1985, esto es: 75%, norma esta última que es la que invoca el demandante en el libelo introductorio».

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

A través de proveído de 10 de marzo de 2016¹⁷ se ordenó oficiar a COLPENSIONES a efectos de que allegara copia auténtica de la Resolución 018246 de 20 de junio de 2010, a través de la cual se concedió la pensión de jubilación al señor Alonso Oviedo Rodríguez.

2.4. La sentencia apelada

A través de providencia de 9 de junio de 2017¹⁸, el Tribunal Administrativo de

⁹ Ff. 139 – 140.

¹⁰ Ff.144-145

¹¹ En sala unitaria con ponencia del consejero dr. Gustavo Gómez Arangúren.

¹² Fs. 151-152.

¹³ F. 185.

¹⁴ Auto de 1.º de abril de 2016 (f. 188).

¹⁵ F. 190-192.

¹⁶ F. 191.

¹⁷ F 194.

¹⁸ Ff. 216 y s.s.



Cundinamarca¹⁹ declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se declaró inhibido para emitir pronunciamiento de fondo. De igual manera se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

Al efecto estimó que en este caso se demandan las Resoluciones 27495 de 7 de julio de 2006, 25447 de 14 de junio de 2007 y 0723 de 2 de marzo de 2009 por medio de las cuales se le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación.

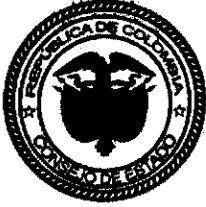
No obstante, tal como lo señaló el apoderado de COLPENSIONES en la contestación de la demanda y como apareció demostrado en el expediente, antes de la notificación de la admisión de la demanda (27 de octubre de 2015), se reconoció la pensión al demandante, con base en lo señalado en la Ley 797 de 2003.

Esto por cuanto del contenido de la Resolución 18246 de 22 de junio de 2010, se extraía que el 16 de marzo de 2010 el demandante solicitó nuevamente su reconocimiento pensional, que le fue concedido con base en lo dispuesto en la Ley 797 de 2003. Que contra dicha decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, en los que controvertió el régimen pensional que le fue aplicado, pues en su criterio la pensión debió liquidarse conforme con la Ley 33 de 1985; que en consecuencia la entidad profirió las Resoluciones GNR 189819 de 28 de mayo de 2014 y VPB 17622 de 26 de febrero de 2015, a través de las cuales confirmó su decisión por considerar que la Ley 797 de 2003 era más favorable al caso del demandante.

Dijo que si bien en el expediente no aparecían demostradas las fechas de notificación de los citados actos relacionados, la Sala advertía que para el 27 de octubre de 2015, cuando se notificó el auto admisorio de la demanda, el demandante ya tenía conocimiento de tales actos por cuanto el 18 de abril de 2013 interpuso el último de los recursos en contra de la Resolución 18246 de 22 de junio de 2010.

Por tanto, estimó que como no se había notificado el auto admisorio de la demanda, la administración tenía competencia para pronunciarse sobre el derecho pensional, por lo que conforme con el artículo 208 del CCA, el demandante tenía el deber legal de adicionar la demanda y reclamar la nulidad de dichos actos administrativos, pues estaba

¹⁹ Sección Segunda, Subsección F



inconforme con el régimen pensional que le fue aplicado y en tal virtud, era necesario que atacara la nulidad de los nuevos actos que fueron proferidos cuando la entidad demandada aún tenía competencia para pronunciarse sobre dicha situación prestacional.

Entonces, consideró que de declararse la nulidad de los actos demandados, subsistirían en el mundo jurídico los actos posteriores y contradictorios que no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción, cuya naturaleza es rogada y no puede pronunciarse *extra* o *ultra petita*, razón que imponía declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y declararse inhibida para pronunciarse de fondo.

2.5. Razones de la apelación

La apoderada del demandante interpuso recurso de apelación²⁰, para que se revocara la decisión del *a quo* al considerar que debía accederse a las pretensiones de la demanda.

Dijo que no es cierto que la demandada hubiese invocado la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda en la contestación de la demanda, escrito que además no debe ser tenido en cuenta al ser presentado de forma extemporánea. Que además en el escrito de alegatos de la entidad tampoco se dijo algo al respecto, por lo que no tienen ningún valor probatorio las citadas resoluciones, que no allegó oportunamente y no se sabe si son auténticas.

Que no era su obligación reformar la demanda pues «No tiene nada que ver unos actos administrativos posteriores y que no han sido incorporados a un expediente correctamente».

2.6. Trámite en segunda instancia

Por autos de 28 de febrero de 2018²¹ y 30 de abril de 2018²², este despacho resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, respectivamente.

²⁰ ff. 221 y 223 y s.s.

²¹ f. 233

²² f. 235



La apoderada de la entidad demandada²³ precisó que no le asiste derecho al demandante a que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo en cuenta los factores salariales del último año de servicios. La apoderada del demandante²⁴ reiteró los argumentos del recurso de apelación y agregó que el demandante tiene derecho a que su pensión le sea reconocida con base en lo señalado en la Ley 33 de 1985 o en su defecto el Acuerdo 049 de 1990 para que la pensión le sea incrementada a un porcentaje máximo del 90%.

El Ministerio Público guardó silencio.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir previas las siguientes

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo²⁵, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

3.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala de Subsección establecer si ¿en este caso ocurrió la revocatoria directa de los actos administrativos demandados y si los actos posteriores son susceptibles de ser analizados por esta Subsección? De ser afirmativa la respuesta se determinará si el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

²³ f. 237 y s.s.

²⁴ ff. 262 y s.s.

²⁵ «ARTÍCULO 129. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 597 de 1988, Modificado por el art. 38, Ley 446 de 1998. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión»



3.3. De la revocatoria directa y sus efectos en el *sub lite*

En el sistema normativo actual, la revocatoria directa, se trata de una prerrogativa de la administración sobre sus actos que le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales²⁶. Procede frente a los actos administrativos de carácter general y a los de carácter particular, de acuerdo con el artículo 71²⁷ del Decreto 01 de 1984 y los artículos 93²⁸ y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

En relación con la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter general, al igual que ocurre con los particulares, la Ley 1437 de 2011, artículo 93, establece, en forma precisa las

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00114-00(4983-05), Actor: HENRY RAMIREZ DAZA.

²⁷ «[...] las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos (...) deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.»

²⁸ «Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Artículo 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

Artículo 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

Parágrafo. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

Artículo 96. Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.»



causales que imponen a la Administración dicha revocatoria, de oficio o a petición de parte. Tales causales son las siguientes:

- Que se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera, de bulto, es decir, cualitativamente similar a la que da lugar a la suspensión provisional de los actos administrativos, por parte de esta Jurisdicción.
- Que haya inconformidad con el interés público o social, esto es que el acto administrativo en cuestión no consulte, o mejor, contraríe esos intereses generales, causal respecto de la cual se ha sostenido que comporta el retiro de un acto legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél²⁹, vinculándose a la noción del mérito del acto administrativo.
- Que a través del acto correspondiente se cause un agravio injustificado a una persona.

Respecto de la revocación de los actos de carácter particular y concreto, en desarrollo del principio de inmutabilidad de los actos administrativos -especialmente de los favorables³⁰-, estrechamente relacionado con la presunción de legalidad, la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección de los derechos adquiridos, se ha establecido en el ordenamiento jurídico colombiano³¹ la regla general contenida en el artículo 73, inciso 1.º del Decreto 01 de 1984, hoy artículo 97 del CPACA, según el cual:

«Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de mayo 5 de 1.981.

³⁰ Entre los actos administrativos favorables estarían aquellos que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, esto es, "crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica", como los nombramientos, las autorizaciones, las licencias y, en general, los actos mediante los cuales la Administración responde de manera positiva a una solicitud formulada en ejercicio del derecho constitucional fundamental de petición, v. gr., inscripción en un registro público, reconocimiento de una pensión, etc. Este tipo de actos se contraponen a los de gravamen en los cuales se incluyen aquellos que inciden negativamente en la esfera jurídica del destinatario, es decir "tienen un efecto desventajoso o perjudicial" para él, como la imposición de obligaciones, de sanciones, la revocación de actos favorables y, en general, las respuestas negativas a las peticiones. Ver Consejo de Estado. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 11001-03-26-000-1994-10227-01(10227).

³¹ El artículo 24 del Decreto 2733 de 1.959 ya establecía: "Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".



Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.».

Como se aprecia, los actos administrativos de carácter particular y concreto no podrán ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, pues dichos actos implican la creación, modificación o reconocimiento de derechos de naturaleza individual y determinada.

Respecto a la figura de la revocatoria directa, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido³²:

«[...]

Finalmente, el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, en punto de la revocatoria de un acto administrativo particular aclara, en primer lugar, que la denominación acto administrativo comprende no sólo los actos expresos sino también a los fictos, categoría esta última que no se advertía de manera expresa en el artículo 73 del Decreto 01 de 1984.

En este mismo sentido, se mantiene la prohibición de revocar actos administrativos que: *"hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría"* salvo que de manera previa, expresa y escrita medie el consentimiento del titular del respectivo derecho.

Advierte la Sala que, en lo que respecta a la posibilidad con que contaba la administración para revocar actos administrativos de carácter particular, en los eventos en los que concurría alguna de las causales de revocatoria ya citadas, para el caso de los actos fictos positivos, o si fuere evidente la ilegalidad en su expedición, la misma desaparece del nuevo estatuto de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, los dos incisos finales del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 preceptúan que en los casos en que la administración considere la inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto administrativo, o que su expedición tuvo lugar por medios ilegales o fraudulentos, deberá acudir ante esta jurisdicción, para demandarlos, siempre que no cuente con el consentimiento, previo, expreso y escrito del titular de los derechos reconocidos en el respectivo acto administrativo. [...]»

Conforme a la normativa y jurisprudencia en cita, la administración solo podrá revocar un acto administrativo de carácter particular, en los eventos en que cuente con el consentimiento del administrado. En caso contrario, deberá cuestionar su constitucionalidad o legalidad a través del respectivo medio de control.

³² Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 6 de agosto de 2015. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 760012331000200403824 02. Referencia: 0376-2007.



Ahora bien, es de advertir que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hizo referencia en la sentencia de primera instancia a la contestación de la demanda presentada por el Instituto de Seguros Sociales, escrito que fue presentado extemporáneamente como se hace constar a folios 161 y siguientes y en auto de 19 de diciembre de 2016³³, siendo evidente que no debió tenerse en cuenta como indicó la apoderada del demandante.

Sin embargo aprecia la Sala que el citado error del Tribunal no tiene la virtualidad de afectar el debido proceso, toda vez que la decisión adoptada por esa Corporación fue inhibitoria, sin analizar ninguno de los argumentos de defensa presentados por ninguna de las partes, y si bien ese Colegiado se refiere en la sentencia a actos posteriores proferidos por la entidad, dicho argumento fue también presentado por COLPENSIONES en los alegatos de conclusión como se aprecia de la parte histórica, en virtud de lo cual profirió el auto 10 de marzo de 2016³⁴, al tenor de lo señalado por el artículo 169 del CCA³⁵, norma que permite decretar pruebas de oficio para el esclarecimiento de la verdad.

Ahora bien, al verificar que la entidad profirió actos posteriores que reconocieron la pensión del demandante, se analizará si tales actos son susceptibles de análisis judicial. Este es el *iter* administrativo surtido:

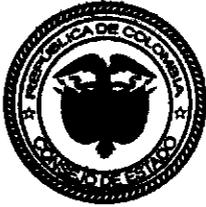
- A través de **Resolución 27495 de 7 de julio de 2006**, proferida por la gerente del Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, se le negó al señor Alonso Oviedo Rodríguez el reconocimiento de la pensión de jubilación, en virtud de su traslado a la AFP PORVENIR S.A., donde se le señaló que no era posible aplicarle el régimen de transición señalado

³³ Ff. 185 y s.s.

³⁴ F. 194 y s.s.

³⁵ «PRUEBAS DE OFICIO. En cualquiera de las instancias el Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las peticiones por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el Ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalarse un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.»



en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que a la luz de tal norma todavía no reunía el requisito de edad de 60 años³⁶.

- Contra la anterior decisión el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación³⁷.
 - Mediante **Resolución 025447 de 14 de junio de 2007**, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior, confirmándolo³⁸.
 - Por **Resolución 00723 de 2 de marzo de 2009**, suscrita por la gerente de la Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, se desató el recurso de apelación, reiterando la decisión inicial³⁹.
- Los anteriores actos administrativos fueron cuestionados en acción de nulidad y restablecimiento por el señor Luis Oviedo Rodríguez, en demanda que fue presentada el **22 de septiembre de 2009**⁴⁰, **admitida el 17 de julio de 2013** y notificada a COLPENSIONES el **27 de octubre de 2015**⁴¹.
- Ahora bien, el **16 de marzo de 2010**, el señor Alonso Oviedo Pinto solicitó a la entidad un nuevo estudio de su caso para efectos del reconocimiento pensional⁴².
 - A través de **Resolución GNR 18246 de 22 de junio de 2010** COLPENSIONES le concedió el reconocimiento pensional por aportes, al tenor de lo señalado por la Ley 797 de 2003⁴³ con efectividad a partir del 2 de julio de 2009. Esto al advertir que acreditó en total 5521 días laborados en la Gobernación del Tolima⁴⁴, en el Ministerio de la Protección Social⁴⁵ y

³⁶ Ff. 16 – 17.

³⁷ Ff. 2 a 7.

³⁸ Ff. 8 y s.s.

³⁹ Ff. 11 y s.s.

⁴⁰ F. 74 vto.

⁴¹ F. 159.

⁴² Así se indica a folio 169

⁴³ Cód. f. 203

⁴⁴ Del 1.º de enero de 1975 al 1.º de julio del mismo año

⁴⁵ Del 23 de septiembre de 1978 al 30 de diciembre de 1993 Menos 2168 días simultáneos



en el municipio de Facatativá⁴⁶. Indicó que el tiempo cotizado a otras entidades de previsión del sector público y el cotizado al seguro social y a la AFP permitían advertir que el peticionario cumplió 33 años, 5 meses y 17 días representados en 1721 semanas incluyendo los aportes efectuados a la AFP Porvenir. Dijo que para liquidar la pensión se tendría en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos diez años, actualizado con el Índice de precios al consumidor al cual se le aplica el porcentaje que le corresponde según el número de semanas cotizadas conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993. Que para el caso concreto la liquidación se efectuó tomando en cuenta los salarios de los 3650 días anteriores a la última fecha de cotización arrojando un ingreso base de liquidación de \$5'005.540 al cual se le aplicó un 75.46 %. Dispuso su efectividad a partir del 2 de julio de 2009.

Al efecto consideró la entidad:

«[...] que el asegurado es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo en aplicación al principio de favorabilidad que concede un mayor porcentaje para el reconocimiento de la prestación económica por vejez, es el establecido en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 que exige acreditar 55 años de edad la mujer o 60 años de edad el hombre y mínimo 1175 semanas cotizadas para el año 2010, permitiendo contabilizar el tiempo laborado en entidades del Estado y no cotizado, las semanas cotizadas al seguro social y las semanas cotizadas a las diferentes entidades de previsión del sector público de cualquier orden»

- Contra la anterior decisión el demandante interpuso recursos de reposición y apelación⁴⁷ a efectos de que se diera aplicación a las previsiones de la Ley 33 de 1985 y efectividad pensional desde el 19 de junio de 2004.
- A través de las **Resoluciones 013127 de 12 de abril de 2011 y 00160 de 18 de enero de 2012** se resolvieron los recursos, confirmando la decisión contenida en Resolución 018246 de 22 de junio de 2012⁴⁸.
- Nuevamente el demandante en escrito de 18 de abril de 2013 solicitó se cancele el retroactivo desde el cumplimiento de los 55 años, petición que

⁴⁶ Del 2 de enero de 1984 al 31 de diciembre de 1993 y del 1.º de enero de 1994 al 30 de junio de 1995. Menos 2129 simultáneos.

⁴⁷ Así se indica a folio 169 .

⁴⁸ Ibidem



fue resuelta de forma negativa por la gerente nacional de reconocimiento de pensiones de COLPENSIONES a través de la **Resolución 189819 de 28 de mayo de 2014**⁴⁹.

Como se aprecia, es claro que durante el trámite de ésta acción judicial se proferieron actos que variaron la relación jurídica sustancial puesta de presente a la jurisdicción cuyos efectos tienen incidencia directa en la decisión a adoptar por la Sala.

Es así, por cuanto en este caso se demandaron las resoluciones que **negaron** el reconocimiento pensional al demandante, quien consideró que ya había cumplido el requisito de edad a la luz del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, (Resoluciones 27495 de 7 de julio de 2006, 025447 de 14 de junio de 2007, y 00723 de 2 de marzo de 2009).

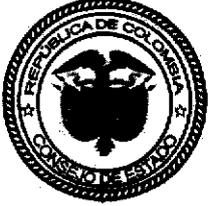
Con posterioridad a la interposición de la demanda y antes de la notificación del auto admisorio a COLPENSIONES, fueron proferidas las Resoluciones **GNR 18246 de 22 de junio de 2010, 013127 de 12 de abril de 2011 y 00160 de 18 de enero de 2012 y 189819 de 28 de mayo de 2014**⁵⁰, a través de las cuales COLPENSIONES **reconoció** al demandante la pensión, al tenor de lo señalado por la Ley 797 de 2003⁵¹ con efectividad a partir del 2 de julio de 2009, con lo cual, únicamente subsiste en este momento controversia sobre la liquidación pensional en tanto que el demandante se manifestó inconforme por la no aplicación de la Ley 33 de 1985 y su incidencia en la efectividad de la prestación.

Si bien los actos posteriores no indicaron que revocaban expresamente las resoluciones demandadas, es claro que ha operado una revocatoria tácita de tales actos administrativos, por la evidente incompatibilidad que surge entre ellos y las nuevas decisiones adoptadas por la entidad demandada, comoquiera que con la expedición de los actos posteriores se produjo el reconocimiento pensional, con lo que la decisiones que negaron la pensión fueron privadas de sus efectos a través de un nuevo pronunciamiento de la administración, **emitido antes de la notificación del auto**

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Cd f. 203



admisorio de la demanda y que valga señalar fue provocado por el demandante a través de la solicitud que elevó el 16 de marzo de 2010.

Por lo anterior, podría colegirse, en principio, que le asistió razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando afirmó que el demandante debió adicionar o reformar su demanda, para incluir los citados actos posteriores, a efectos de que pudieran ser analizados por la jurisdicción contenciosa, teniendo en cuenta que la administración no había perdido competencia para revocar los actos acusados, como en efecto sucedió a la luz del artículo 73⁵² del Decreto 01 de 1984, hoy 93 del CPACA⁵³.

En este caso, tales actos administrativos posteriores, se profirieron atendiendo a solicitud de la parte demandante, aunque sin colmar sus expectativas, por lo que constituyen una nueva decisión que le otorgó la prestación económica, siendo evidente que subsiste su inconformidad en cuanto al monto y efectividad de la pensión, por lo que es necesario establecer si es procedente analizar la legalidad de las Resoluciones GNR 18246 de 22 de junio de 2010, 013127 de 12 de abril de 2011 y 00160 de 18 de enero de 2012 y 189819 de 28 de mayo de 2014, que reconocieron la prestación a la luz de las precisiones de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, para determinar si esos nuevos actos son susceptibles de ser analizados dentro del proceso que nos ocupa, es preciso señalar 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 eminentemente rogada, que exige 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

⁵² «Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión».

⁵³ «CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona».



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 aplicable⁵⁴, tal como se evidencia de una lectura de los artículos 137 del Decreto 01 de 1984⁵⁵ y 162 y 163⁵⁶ del CPACA.

Esos requisitos formales deben ser entendidos y analizados en la medida en que con ellos se protejan derechos sustanciales de las partes, tales como el debido proceso, por lo que señalan 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. Este escenario va 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 y 187 del CPACA en concordancia con el 280 del Código General del Proceso. No obstante también se infringe dicho principio cuando el Juez omite resolver sobre peticiones que fueron presentadas oportunamente.

⁵⁴ Esta carga se explica en la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, la cual los dota de ejecutividad y ejecutoriedad.

⁵⁵ «Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá:

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

⁵⁶ «Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.
3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.
7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.

Artículo 163. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.»



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.⁵⁷

Así entonces, el principio de la congruencia de la sentencia debe atender al 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.

Ahora bien, en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha sostenido que el juez debe integrar e interpretar la demanda de forma tal que supere los meros formalismos y llegue a impartir justicia, de fondo y sin dilaciones⁵⁸, especialmente cuando se está en presencia de escenarios de desprotección de derechos fundamentales de personas de la tercera edad, tales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, artículos 29, 228 y 229 de la Constitución Política, a quienes imponerle la carga de volver a presentar la demanda para acceder a la reliquidación pensional, constituye un desacierto que no se ajusta a los principios que rigen el Estado Social de Derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional ha aclarado, que en los casos en los que el solicitante o afectado sea una persona de la tercera edad, implica por sí misma, el incremento de la vulnerabilidad del individuo⁵⁹, frente a quienes las autoridades deben

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02501-01(1146-05), Actor: MILTON JOSE MORA LEMA

⁵⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; 12 de noviembre de 1998; M. P. doctor Carlos A. Orjuela Góngora; radicado interno No. 17593; actor: Caja Nacional de Previsión Social.

⁵⁹ En tal sentido la Corte dijo en la Sentencia T-668 de 2007, lo siguiente:

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



obrar, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del constituyente y se busque garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.⁶⁰

Para este caso, se encuentra probado que el demandante cuenta con más de 70 años⁶¹, por lo que no se compadece con los postulados constitucionales que imponen la protección de las personas de la tercera edad por parte del Estado, exigirle la presentación de un nuevo proceso ordinario para demandar los nuevos actos que profirió la misma entidad a la cual demandó en este caso, a efectos de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, pues como se dijo, tales usuarios de la justicia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales, atendiendo el tiempo extenso que podría transcurrir la resolución de un nuevo conflicto ante la jurisdicción a través del trámite de un proceso ordinario.

Además, lo que se solicita en la demanda es la reliquidación pensional por aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que como consecuencia de ello, se liquide la pensión de jubilación atendiendo a todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pretensión que sustenta en la aplicación de la Leyes 33 y 62 de 1985, debate que siempre ha conocido la entidad por lo que al analizarse la legalidad de los nuevos actos administrativos no se viola su derecho a la defensa al no variarse en modo alguno el objeto de la *litis*.

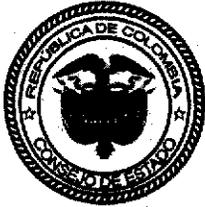
En los términos indicados y considerando que el análisis efectuado arroja la necesidad de analizar el fondo del asunto y con ello la legalidad de las Resoluciones GNR 18246 de 22 de junio de 2010, 013127 de 12 de abril de 2011 y 00160 de 18 de enero de 2012 y 189819 de 28 de mayo de 2014.

3.4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

3.4.1. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 y el IBL de las pensiones de jubilación reconocidas en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

⁶⁰ Sentencia T-719 de 2003.

⁶¹ Como se aprecia de copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 2 1, que indica que el accionante nació el 19 de junio de 1949.



Esta Sección en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010⁶² consideró que no era taxativo el listado de factores salariales sobre los cuales se calcula el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, al estimar que además se debían tener en cuenta aquellos factores que constitúan salario, independientemente de la denominación que recibieran, es decir, todos los que se cancelaran de manera habitual como retribución directa por el servicio y no solamente los descritos en dicha normativa.

Luego, la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-395 de 2017, SU-023 de 2018, entre otras, destacó la relación de correspondencia que existe entre los aportes que hace el empleado a lo largo de su vida laboral ante el sistema general de seguridad social y los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Posteriormente, en la sentencia de 28 de agosto de 2018⁶³, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, unificó su jurisprudencia en relación con el índice base de liquidación (IBL) de las pensiones reconocidas con fundamento en el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y precisó que, lo en ella decidido 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»⁶⁴.

⁶² Sentencia proferida dentro del proceso radicado No. 25000232500020060750901. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁶³ Radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

⁶⁴ La anterior decisión judicial cuenta con salvamento parcial de voto, con ponencia de quien se ocupa de esta providencia, donde se analizaron temas tales como las competencias constitucionales de las Cortes de cierre; los efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto y en revisión de las sentencias de tutela; la fuerza vinculante de la interpretación de la Constitución por vía de autoridad y como doctrina constitucional integradora; la doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley; el caso de las sentencias de unificación jurisprudencial; la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas, así como las sentencias SU-230 de 2015, C-258 de 2013, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018. Igualmente se analizaron los alcances y efectos de la sentencia C-258 de 2013 y los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la inescindibilidad del régimen de transición pensional y los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional.

A partir de allí se concluyó que en ese caso que «[...] el "régimen de transición" previsto en la Ley 100 de 1993 protegía la expectativa legítima de la demandante de pensionarse con sujeción al régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, esto es, una pensión de jubilación liquidada conforme lo dispuso el artículo 10 de esa ley, esto es, ni más ni menos, el "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".»



Pues bien, las reglas y subreglas jurisprudenciales fijadas en dicha providencia son las siguientes:

«92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“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”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, 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 hiciera 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.
[...]

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.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales



que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. (Negrilla de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la Sala Plena de esta Corporación unificó su criterio en torno al IBL de las pensiones de jubilación reconocidas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para lo cual específicamente fijó dos subreglas referentes a: i) el periodo que se debe tener en cuenta para liquidar el IBL de las mismas, y ii) los factores salariales que se deben incluir para dicho efecto.

En cuanto al periodo dispuso que, tratándose de personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 les faltare más de 10 años para adquirir el derecho prestacional, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, de lo contrario, esto es, si les faltare menos de 10 años, el IBL será: i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior.

Referente a los **factores salariales** la sentencia de unificación determinó que únicamente se deben incluir **(i) aquellos respecto de los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones y (ii) que se encuentren consagrados expresamente en la ley.**

Con fundamento en las reglas que preceden, se procede a decidir el presente caso.



3.5. Caso concreto

En el proceso se encuentra debidamente probado lo siguiente:

El señor Alonso Oviedo Rodríguez nació el 19 de junio de 1949⁶⁵, por lo que al 1.º de abril de 1994 contaba con 44 años de edad, encontrándose en una de las previsiones del régimen de transición previsto en el inciso 2.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁶⁶. Igualmente según la Resolución GNR 18246 de 22 de junio de 2010 el demandante acreditó en total 5521 días laborados en la Gobernación del Tolima⁶⁷, en el Ministerio de la Protección Social⁶⁸ y en el municipio de Facatativá⁶⁹, por lo que contaba con más de 15 años laborados.

Igualmente se tiene que de conformidad con las certificaciones obrantes a folios 37 y siguientes el demandante laboró como médico especialista y se presentó simultaneidad en algunos periodos, pero se adelantó de la siguiente manera según certificación que obra a folios 39 y siguientes:

- En la ESE del Hospital San Rafael de Facativa desde el 2.º de enero de 1984 al 31 de diciembre de 1993
- En el Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca del 1.º de enero de 1994 al 30 de junio de 1995.
- Instituto del Seguro Social del 1.º de julio de 1995 al 15 de febrero de 2000.

También se aportó una certificación a folios 37 y 38 acerca de un periodo laborado como médico en los municipios de Ibagué y Casabianca, desde el 1.º de enero de 1975 hasta el 1.º de julio de ese año. Y se señala que nuevamente ingresó el 16 de julio de 1975, el 1.º de enero de 1976 y el 1.º de enero de 1978, pero no se indica la fecha de finalización

⁶⁵ Ff. 21.

⁶⁶ «[...]»

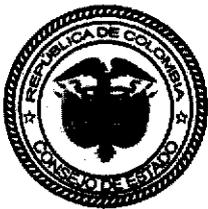
La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son 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.

[...]».

⁶⁷ Del 1.º de enero de 1975 al 1.º de julio del mismo año

⁶⁸ Del 23 de septiembre de 1978 al 30 de diciembre de 1993

⁶⁹ Del 2 de enero de 1984 al 31 de diciembre de 1993 y del 1.º de enero de 1994 al 30 de junio de 1995.



de cada etapa, por lo que no se atenderá a dicha prueba debido a sus inconsistencias, que no permiten establecer con certeza los periodos laborados.

Igualmente, aparece a folio 44 certificación suscrita por el Jefe del Departamento de Talento Humano de la ESE Hospital San Rafael de Facatativá en el que se indica que el demandante laboró como médico especialista de planta de dicha entidad desde el 2.º de enero de 1984 y hasta el 15 de febrero de 2000 y que sus aportes a pensión se giraron al ISS, con lo que se aprecia que laboró como servidor público en el citado ente hospitalario.

Acorde con lo anterior se tiene que el demandante cumplió los 20 años de servicios y los 55 años de edad en el mes de junio de 2004.

Si bien en las resoluciones inicialmente demandadas 025447 de 14 de junio de 2007⁷⁰, 027495 de 7 de julio de 2006⁷¹ y en la Resolución 018246 de 22 de junio de 2010⁷² se indica que hubo un traslado temporal del demandante a una AFP, se tiene que en esta última resolución se explicó que el demandante no perdió el derecho al régimen de transición, al reunir los requisitos señalados en el Decreto 3995 de 2008⁷³.

Ahora bien, de acuerdo con todo esto es incuestionable que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual significa que para el reconocimiento de su pensión son aplicables las reglas dispuestas en la Ley 33 de 1985, específicamente en lo que se refiere a: la edad para consolidar el derecho pensional (55 años); el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas (20 años) y el monto (correspondiente al 75%). Igualmente, como se sostuvo en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, para el cálculo del monto pensional, el IBL corresponde, en el *sub examine*, al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 *ibidem*.

⁷⁰ Ff. 8 y s.s.

⁷¹ Ff. 17 y s.s.

⁷² CD f. 203.

⁷³ « Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993. ».



Asimismo, en lo referente a los factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el IBL, la providencia de unificación fue clara que son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al Sistema General de Pensiones y que se encuentren dispuestos en la ley.

Como se aprecia de lo anterior, según las normas aplicables al demandante su pensión de jubilación debe liquidársele teniendo en cuenta la tasa de reemplazo equivalente al 75% sobre el IBL señalado anteriormente, según lo establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994 que devengó y sobre los que cotizó durante los últimos 10 años antes de adquirir el estatus pensional, en junio de 2004.

Ahora bien, en este caso la entidad efectuó el reconocimiento pensional a la luz de lo señalado por la Ley 797 de 2003⁷⁴ con efectividad a partir del 2 de julio de 2009. Esto al advertir que si bien el asegurado era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio de favorabilidad, por aplicación de un mayor porcentaje para el reconocimiento de la prestación económica por vejez, aplicaría la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 que exige acreditar 55 años de edad la mujer o 60 años de edad el hombre y mínimo 1175 semanas cotizadas para el año 2010, permitiendo contabilizar el tiempo laborado en entidades del Estado y no cotizado, las semanas cotizadas al seguro social y las semanas cotizadas a las diferentes entidades de previsión del sector público de cualquier orden.

Aprécia la Sala que no fue aportada prueba alguna que permita determinar que se hicieron aportes por tiempos cotizados en el sector privado, salvo en la Resolución 189819 de 28 de mayo de 2014⁷⁵ donde se indicó que a partir de año 2006 el demandante reportó tiempos laborados en cooperativas médicas hasta el año 2013; no obstante como se dijo, el estatus pensional lo adquirió desde el **mes de junio de 2004**.

En este sentido, como el tiempo de servicio antes de la adquisición del estatus fue desempeñado en entidades públicas, no es posible aplicar la figura de la pensión por aportes como lo señaló la entidad, que además es desfavorable al demandante toda vez que reconoce el derecho solo partir de los 60 años y no de los 55 como lo señala la Ley

⁷⁴ Cd f. 203

⁷⁵ Ff. 169 y s.s.



33 de 1985, Ahora, si bien el porcentaje que le corresponde asciende al 75%, es decir inferior al 75.46 %, como se le venía reconociendo, advierte la Sala que percibirá un retroactivo correspondiente a casi tres años por lo que no se aprecia afectación alguna a los derechos del demandante.

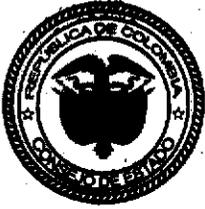
Ahora bien, en la citada Resolución 189819 de 28 de mayo de 2014⁷⁶ se insistió en que la pensión se otorgaba conforme con lo señalado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, es decir con 60 años de edad; empero, se tiene que ese reconocimiento pensional no es procedente pues como se vio, la pensión de jubilación del accionante debe liquidarse teniendo en cuenta la tasa de reemplazo equivalente al 75% sobre el IBL señalado anteriormente, según lo establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994 que devengó y sobre los que cotizó o debió cotizarse durante los últimos 10 años.

Como se aprecia el demandante adquirió el estatus pensional en junio de 2004, sin embargo permaneció laborando en el Hospital de La Misericordia hasta el 23 de noviembre de 2006 (f. 170) y luego continuó efectuando aportes por su vinculación a una Cooperativa Médica hasta el 30 de abril de 2013. Sin embargo estos aportes al sector privado efectuados con posterioridad a la adquisición del status no tienen la virtualidad de afectar el reconocimiento pensional, ni mucho menos el régimen aplicable, por lo que la pensión solo tendrá efectividad desde el 23 de noviembre de 2006 (f. 170) y no como lo dispuso la entidad, es decir, desde 2 de julio de 2009⁷⁷, como equivocadamente resolvió la demandada.

En este sentido, habrá de revocarse la decisión de primera instancia en cuanto se inhibió para fallar de fondo el asunto de la referencia, y en su lugar se anularán las Resoluciones GNR 18246 de 22 de junio de 2010, 013127 de 12 de abril de 2011 y 00160 de 18 de enero de 2012 y 189819 de 28 de mayo de 2014. Además, se ordenará el reconocimiento pensional con base en el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, en concordancia con lo dispuesto por el Decreto 1158 de 1994 con efectividad a partir del 23 de noviembre de 2006 y se acredite el retiro definitivo del servicio.

⁷⁶ Ff. 169 y s.s.

⁷⁷ F. 172.



Atendiendo a la deficiencia descriptiva de las certificaciones aportadas, se dispondrá que en caso de que en los últimos 10 años de servicio, se hayan devengado y efectuado aportes sobre factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, estos se incluirán en la liquidación pensional.

Los valores utilizados para tal efecto deberán ser actualizados a la fecha de la liquidación de la pensión. Así entonces, para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por el demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha en que ésta se hizo exigible hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

3.6.- De la condena en costas en segunda instancia⁷⁸

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho⁷⁹, los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso⁸⁰ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

⁷⁸ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

⁷⁹ Artículo 361 del Código General del Proceso.

⁸⁰ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.



Atendiendo esa orientación, no se impondrá condena en costas al no advertir temeridad en la actuación de las partes como lo exige el artículo 171 del CCA⁸¹.

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.- SE REVOCA la sentencia de nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸², que se inhibió para fallar de fondo dentro del proceso promovido por Alonso Oviedo Rodríguez contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar se dispone:

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones GNR 18246 de 22 de junio de 2010, 013127 de 12 de abril de 2011 y 00160 de 18 de enero de 2012 y 189819 de 28 de mayo de 2014, a través de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES le concedió una pensión de jubilación al señor Alonso Oviedo Rodríguez y negó su reliquidación, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

TERCERO.- CONDÉNASE a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a pagar la pensión de jubilación reconocida a Alonso Oviedo Rodríguez, de acuerdo a lo señalado por las Leyes 33 y 62 de 1985. Para el cálculo del monto pensional, la tasa de reemplazo corresponderá al 75% y el IBL al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez años anteriores al 23 de noviembre de 2006, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 *ibidem*, con efectividad a partir del 23 de noviembre de 2006 y siempre y cuando se acredite el retiro definitivo del servicio. En caso de que en los últimos 10 años de servicio, se hayan devengado y efectuado aportes sobre factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994,

⁸¹ **CONDENA EN COSTAS.** En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

⁸² Sección Segunda - Subsección "F"



estos se incluirán en la liquidación pensional, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de ésta providencia.

CUARTO.- Las sumas que se paguen en favor de Alonso Oviedo Rodríguez, se actualizarán en la forma como se indica en la parte considerativa, a la fecha de la liquidación de la sentencia, de acuerdo al régimen general y se aplicarán sobre las mismas los reajustes de ley.

QUINTO.- La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984 y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 *ibídem*, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia C-188 de 1999 proferida por la Corte Constitucional, así como las previsiones del artículo 178 de la misma obra.

SEXTO.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- SIN CONDENA EN COSTAS en segunda instancia según las consideraciones expresadas en este fallo.

OCTAVO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS