



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 24 de enero de 2019

Radicación: 25000-23-42-000-2013-00422-01
N° Interno: 4596-2016
Demandante: Hernando García Nieto
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones¹.
Tema: Reliquidación pensión ordinaria de jubilación Ley 33 de 1985 – régimen de transición de Ley 100 de 1993 – ingreso base de liquidación – precedente de Sala Plena del Consejo de Estado.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

Decide la Sala² el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 29 de mayo de 2014 dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por Hernando García Nieto contra COLPENSIONES, encaminadas a la reliquidación de su pensión de jubilación.

I. ANTECEDENTES

Pretensiones³.

1. El señor Hernando García Nieto, a través de apoderado especial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con la finalidad de obtener la nulidad parcial de las Resoluciones 035953 del 25 de noviembre de 2010, mediante la cual, el Asesor II de la Gerencia Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguro Social⁴ le reconoció la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985; la 029824 del 26 de agosto de 2011, que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior, ordenó su reconocimiento con la Ley 797 de 2003; y la 01625 del 11 de mayo de 2012, por

¹ En adelante COLPENSIONES.

² Según informe secretarial, ingresó al Despacho el 16 de junio de 2017, folio 215.

³ Folios 65 a 75.

⁴ En adelante ISS.

medio de la cual, el Gerente (e) Seccional Cundinamarca y D.C. resolvió el recurso de apelación, y reliquidó la mencionada prestación con la Ley 33 de 1985.

2. A título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que se ordene a la demandada reliquidar su pensión de jubilación en monto del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, con efecto al retiro del servicio; que se le condene al pago de las diferencias causadas entre lo pagado y lo que resulte de la reliquidación, sumas de dinero que pidió sean pagadas de forma indexada; y al reconocimiento y pago de la mesada 14. Por último requirió que el fallo sea cumplido en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Hechos.

3. El demandante señaló que nació el 20 de diciembre de 1944 y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 tenía más de 40 años de edad y 15 años de servicio, razón por la que habiendo cumplido los 20 años de servicio en la DIAN, solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de jubilación en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual le fue reconocida con la Resolución 035953 del 25 de noviembre de 2010 bajo la Ley 33 de 1985, con el IBL de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios.

4. Inconforme con la decisión anterior, el demandante la recurrió en reposición y apelación, con el fin de que su pensión fuera liquidada con la inclusión de todos los emolumentos devengados durante el último año de servicio, sin embargo, el ente previsional al desatar la reposición, señaló mediante Resolución 029824 del 26 de agosto de 2011, que el régimen aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada con la Ley 797 de 2003 y toma como IBL el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación.

5. Adujo, que el ISS al resolver el recurso de apelación, ordenó reliquidar la mencionada prestación con la Ley 33 de 1985 a través de la Resolución 01625 del 11 de mayo de 2012, sobre el 75% de lo devengado durante el último año de servicio, sin incluir todos los emolumentos percibidos durante dicho período, que reclama el actor.

Normas vulneradas y concepto de violación.

6. La parte demandante cimentó su demanda en los artículos: 1º, 2º, 13, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 21 del Código Sustantivo del trabajo; 7 del Decreto 929 de 1976; 45 del Decreto 1045 de 1978⁵; 40 del Decreto 720 de 1978; 36 y 288 de la Ley 100 de 1993; las Leyes 57 y 153 de 1887, 33 de 1985⁶; y los Decretos 1159 de 1994, 2143 de 1995, y 2527 de 2000.

7. Como concepto de violación sostuvo, que la interpretación del régimen de transición ha sido estudiada por el Consejo de Estado⁷, quien a través de su jurisprudencia precisó que es una de las muestras del principio de favorabilidad reconocido por el legislador, debiéndose aplicar a sus beneficiarios pensionados conforme a la Ley 33 de 1985⁸, a través de la liquidación de su prestación con el 75% del promedio de todos los factores de salario devengados en el último año de servicio; cuestionando así el reconocimiento que se le hizo con los conceptos del Decreto 1158 de 1994⁹ y con el período del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que soslayó el principio de inescindibilidad normativa de la seguridad social.

Contestación de la demanda.

8. **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones¹⁰, al estimar que la entidad liquidó la pensión conforme a derecho, por cuanto el artículo 1º de la Ley 33 de 1985¹¹ no establece que la prestación deba liquidarse con la inclusión de todo lo devengado por el empleado, si no sobre el 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, lo cual restringe esos factores conforme a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994¹².

⁵ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

⁶ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

⁷ Cita la sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0112-09, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁸ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

⁹ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

¹⁰ Folios 101 a 106.

¹¹ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

¹² Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

9. Además señaló, que la entidad no ha retardado el pago de las mesadas del actor, razón por la que no es posible reconocer intereses de mora; y precisó que la entidad mediante Resolución 01625 del 11 de mayo de 2012 reliquidó la pensión de la demandante conforme a la Ley 33 de 1985 con el 75% del salario promedio del último año de servicio ajustado a los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

La sentencia de primera instancia¹³.

10. La Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia el 29 de mayo de 2014 en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y no condenó en costas a la parte vencida.

11. Para decidir así, luego de verificar el acervo probatorio, encontró que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello, debe reconocerse la pensión de jubilación atendiendo lo establecido en la Ley 33 de 1985, requisitos que halló cumplidos a satisfacción, atendiendo los principios de favorabilidad e inescendibilidad normativa, y con la perspectiva de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, exp. 0112-09 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, debe existir una relación entre lo devengado como retribución del trabajo y la base de liquidación pensional, siendo importante el concepto de salario para definirla, y descartar así su naturaleza taxativa.

12. De este modo, concluyó que el demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de vejez en monto del 75%, con la inclusión de todos los factores salariales efectivamente devengados durante el último año de servicio (1º-dic-2009 al 30-nov-2010), los cuales por no encontrarse certificados en el proceso, ordenó a la DIAN remitir a COLPENSIONES el documento de rigor para obrar de conformidad; y precisó que no se deben tener en cuenta para la reliquidación de la prestación los siguientes emolumentos: *el sueldo de vacaciones, las vacaciones, la bonificación por recreación, los incentivos por desempeño grupal y nacional*, por no constituir factor salarial; prestación que indicó debe reconocerse con efectos fiscales

¹³ Folios 144 a 165.

desde el 1º de diciembre de 2010 sujeta al retiro del servicio, y por ello ordenó la nulidad parcial de las resoluciones acusadas.

13. Por otro lado, declaró la falta de agotamiento de la vía gubernativa frente a la mesada 14, y la improcedencia de resolver sobre la solicitud de reliquidación de la pensión por retiro del servicio a partir del 1º de enero de 2014, pues la finalización del vínculo laboral ocurrió durante el proceso judicial, razón por la que en aras de salvaguardar la autotutela de la administración, consideró que el asunto se debe ventilar en sede administrativa.

Recurso de apelación.

14. La **parte demandante**¹⁴ apeló la sentencia de primera instancia, con el propósito de que se ordene la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicio, es decir, a la fecha del retiro (1º-dic-2014), indicando que si bien es cierto la desvinculación acaeció durante este proceso judicial, lo verdaderamente importante es la pretensión perseguida que solo se verá satisfecha y por ende materializa el derecho pensional si se incorporan los factores devengados en el real último año de servicio.

Alegatos en segunda instancia y concepto del Ministerio Público.

15. Las partes demandantes y demandadas se abstuvieron de alegar de conclusión; y el **Ministerio Público** guardó silencio en esta oportunidad¹⁵.

16. Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual se tiene en cuenta las siguientes,

¹⁴ Folios 178 a 183.

¹⁵ Según informe secretarial del 16 de junio de 2017, visible a folio 215.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

Cuestión previa.

17. Para la ponente es importante precisar que en temas de reliquidación pensional de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a quienes se les reconoció el derecho conforme a la Ley 33 de 1985, había formulado impedimento por tener interés en las resultas del proceso al tener reconocida una pensión en similares condiciones. Sin embargo, al proferirse la sentencia de unificación por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018¹⁶, proceso en donde también se me aceptó el impedimento y al ser de obligatoria aplicación dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; el margen de interpretación del juez se limita a ella, razón por la cual estimo que objetivamente la situación cambió y que me permite participar en la presente Sala de Decisión, acogiendo dicha línea jurisprudencial.

Problema Jurídico.

18. De acuerdo con el cargo formulado en el recurso de apelación interpuesto, le corresponde a la Sala determinar cómo problema jurídico, cuál es el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con fundamento en la Ley 33 de 1985¹⁷, a quienes son beneficiarios del régimen de transición, esto es, si comprende todos los factores de salario devengados durante el último año de servicio; o solo los previstos en el Decreto 1158 de 1994¹⁸ en consideración de las variables del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁹.

19. También encuentra la Sala, que debe pronunciarse sobre la posibilidad de resolver un asunto que no fue sometido ante la administración, y es el relacionado con la reliquidación por retiro del servicio, que no fue peticionado por el demandante ante el ente previsional, lo cual será resuelto en el caso concreto.

¹⁶ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación.

¹⁷ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

¹⁸ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

¹⁹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

20. Para resolver lo anterior, la Sala tendrá en cuenta la reglas y subreglas fijadas en la sentencia de unificación del Pleno de la Corporación, y ii) el análisis del caso concreto.

Precedente vinculante de la Sala Plena del Consejo de Estado.

21. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales²⁰, precisó que 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*”.

22. La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente:

«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».

23. La razón jurídica que sustenta la regla de interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993²¹ a los beneficiarios del régimen de transición, es la siguiente:

«[...] 85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

²⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: “[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna *fuerza vinculante*; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]”.

²¹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.

[...] 91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

[...]»

24. La primera **subregla** se refiere al **período** para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985²² (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

«[...]

- 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.[...]»

25. 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».

²² Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

26. Esta subregla se sustenta, así:

«[...] 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 [...]»

27. De acuerdo con la regla y subreglas del precedente, el IBL para quienes están en transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o el del artículo 21 de la Ley 100 de 1993²³, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de «edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985».

Del caso concreto.

28. Es importante recordar, que la discusión del presente asunto se contrae en definir el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida al demandante con fundamento en la Ley 33 de 1985²⁴ por ser beneficiario del régimen de transición. Frente a ello, el *a quo* se inclinó hacia la tesis de que era todo lo devengado por el pensionado durante el último año de servicio acreditado en el proceso y que fuera puesto en controversia en sede administrativa; mientras que la parte actora como apelante único, manifiesta su inconformidad con la anterior decisión, en el entendido de que el tribunal de primera instancia debió ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación a partir de la fecha del retiro del servicio acreditada en este proceso, y no la del reconocimiento pensional contenida en los actos acusados; lo cual será resuelto teniendo en cuenta las siguientes documentales:

29. Por medio de la Resolución 035953 del 25 de noviembre de 2010²⁵, el ISS le reconoció la pensión al demandante con la Ley 33 de 1985 en cuantía para el 1º de diciembre de 2010 de \$1.440.611, comoquiera que es beneficiario del régimen de

²³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

²⁴ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

²⁵ Folios 13 a 18.

transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a su entrada en vigencia -1º de abril de 1994 para las entidades nacionales-, contaba con más de 40 años de edad, según se denota en la copia de su cédula de ciudadanía, la cual da cuenta que nació el 20 de diciembre de 1944²⁶.

30. La misma entidad, mediante Resolución 029824 del 26 de agosto de 2011 resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto de reconocimiento pensional, y decidió reliquidar la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003, arrojando un valor de \$1.743.813 a partir del 1º de septiembre de 2010.

31. Ahora bien, encuentra la Sala, que el ISS al desatar el recurso de apelación con la Resolución 01625 del 11 de mayo de 2012²⁷, modificó la resolución que resolvió el recurso de reposición, pues consideró que el régimen pensional del actor es la Ley 33 de 1985 bajo el entendido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que reliquidó la pensión sobre el 75% de lo devengado o cotizado durante el último año de servicio –no el del retiro acreditado durante el proceso judicial- pues según certificación expedida por la DIAN el 27 de enero de 2012, el señor Hernando García Nieto «*presta sus servicios [...] desde el 7 de octubre de 1977 en calidad de empleado público[...]*» que además dice haber allegado el certificado con los factores salariales correspondientes al último año de servicio –estando en servicio activo-, lo cual arrojó una pensión de \$1.864.950 a partir del año 2012, prestación que quedó supeditada al retiro del servicio.

32. De lo anterior observa la Sala, que la entidad demandada reliquidó la pensión del actor, la que se encuentra en suspenso hasta que se acredite el retiro del servicio, situación administrativa que es requerida por el demandante en sede judicial antes de dictar sentencia de primera instancia, por lo que la solicitud de reliquidación por retiro del servicio no fue objeto de decisión de fondo por parte del *a quo* bajo el argumento de salvaguardar la autotuela de la administración pública o autocontrol, pues el asunto no se debatió ante la entidad previsional frente al período que ahora reclama la parte activa de la *litis* a través del recurso de apelación en sede judicial, y por ello indicó, que dicha pretensión debe solicitarse en sede administrativa, agotar los recursos administrativos, para que agotada dicha instancia, la decisión que se tome pueda ser controvertida en la jurisdicción contenciosa.

²⁶ Folio 20.

²⁷ Fólíos 4 a 7.

33. Ahora bien, encuentra la Sala que el fondo de la controversia se centra en la pretensión del apelante de que su pensión sea reliquidada con todos los emolumentos devengados durante el último año de servicio, y no sobre la negativa de reliquidación de la mencionada prestación por retiro del servicio, lo que en el presente caso en sede de apelación, se traduce en dos cuestiones a resolver, la primera, la posibilidad de incluir en la liquidación de la mencionada prestación todo lo devengado durante el último año de servicio, y lo segundo, en si esta judicatura puede pronunciarse de fondo sobre un asunto que no fue controvertido en sede gubernativa.

34. Sobre el primero de los aspectos, ha sido clara la sentencia unificadora proferida por el pleno de esta Corporación el 28 de agosto de 2018²⁸, en el sentido de que los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se pensionarán con el régimen prestacional anterior en cuanto a edad, tiempo y monto, pero no respecto del IBL, el cual se atenderá a lo dispuesto en el mencionado artículo 36 de la ley que creó el Sistema General de Seguridad Social, es decir, sobre los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y respecto de los cuales se hubiere cotizado, razón suficiente para que esta pretensión no esté llamada a prosperar, y está probado, que con la Resolución 01625 del 11 de mayo de 2012²⁹, que al desatar la apelación contra el acto del reconocimiento pensional, y consideró que el régimen pensional del actor es la Ley 33 de 1985 bajo el entendido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que reliquidó la pensión sobre el 75% de lo devengado o cotizado durante el último año de servicio.

35. Ahora, frente al segundo asunto, la Sala comparte la decisión del *a quo*, en el sentido de no resolver sobre la reliquidación con ocasión del retiro del servicio, pues se trata de un asunto que no fue sometido a conocimiento y decisión de la administración pública. Recuérdese, que *«[l]a necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.»*³⁰.

²⁸ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación.

²⁹ Folios 4 a 7.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-192 de 2006.

36. Adicional a lo anterior, la Sección Segunda de esta Corporación ya se ha pronunciado al respecto, y en sentencia del 26 de abril de 2018³¹ se expresó lo siguiente:

«II.2.2 La reclamación a la entidad demandada, presupuesto de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora el agotamiento efectivo del procedimiento administrativo, no solamente lo compone la interposición de los recursos obligatorios en sede gubernativa, puesto antes de ello, resulta, lógicamente, necesaria la existencia de un acto administrativo mediante el cual la entidad competente resuelva de manera definitiva sobre la pretensión del interesado, para lo cual se impone el deber en cabeza de aquel de solicitar primeramente a la autoridad o particular en ejercicio de funciones administrativas, que se pronuncie sobre la cuestión que va a someter a litigio. (Subraya la Sala)

Sobre la necesidad de suscitar una decisión de la administración respecto de un asunto antes de someterlo a conocimiento del juez se pronunció esta Sección en sentencia de 22 de abril de 2015, radicado número: 08001-23-31-000-2011-00335-01(3640-13), CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que señaló:

“(...) por regla general la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por parte del administrado una decisión sobre la pretensión que se desea ventilar ante el Juez³².

(...)

En ese orden de ideas, la vía gubernativa se torna en el instrumento de comunicación e interacción entre la Administración Pública y sus Gobernados cuando media un conflicto de intereses, erigiéndose, no solo como una forzosa antesala que debe transitar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular y concreto, sino en un mecanismo de control previo al actuar de la Administración cuyo beneficio es de doble vía, pues constituye tanto la posibilidad de obtener en vía administrativa la satisfacción de una pretensión subjetiva como la oportunidad de ejercer un control de legalidad sobre las decisiones administrativas, a fin de que se tenga la oportunidad de revisar los puntos de hecho y de derecho frente a un asunto que posteriormente se ventilará dentro de un proceso judicial (...).”

Por tanto, se entiende que el cumplimiento del presupuesto procesal de agotamiento del procedimiento administrativo, no solamente lo compone la interposición de los recursos de ley sino el fiel contenido de la misma de acuerdo a la finalidad de su previsión legal, lo que implica la reclamación ante la administración de las pretensiones que posteriormente se ventilaran en sede judicial.

Es decir, que el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presupone necesariamente la existencia de una decisión de la administración sobre el asunto que se debatirá en juicio, que será justamente el acto administrativo sobre el cual se realizará el control de legalidad, si no hay pronunciamiento de parte de esta, deberá provocarse a través de la formulación de una petición ante la respectiva autoridad y si contra esta procede recursos de apelación es deber del interesado emplear dicho mecanismo de defensa, antes de acudir a la jurisdicción.» (Subraya esta Sala)

³¹ Subsección B, Exp. 1041-2016, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³² Betancur Jaramillo Carlos. *Derecho procesal Administrativo*. Quinta Edición. Pág. 170.

37. Por lo anterior, reitera la Sala, que no es posible poner en consideración en sede judicial la petición de reliquidación con ocasión del retiro del servicio, pues esta no fue solicitada al ente previsional, y por ello, no fue precisamente el objeto de la causa que se resuelve en esta oportunidad, ya que el asunto se contrajo a la inclusión o no de todo lo devengado por el empleado durante el último año de servicio para la liquidación o reliquidación de su pensión de jubilación, dentro del escenario de los actos demandados.

38. En consecuencia, comoquiera que no hay lugar a reliquidar la pensión del actor teniendo en cuenta el periodo solicitado en el recurso de apelación, la Sala confirmará la sentencia apelada sin consideración adicional.

39. Finalmente, y atendiendo el criterio de especialización laboral, se le atribuye la competencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado y a la Subsección que le corresponda de acuerdo al reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 13 del Acuerdo N° 58 de 1999, modificado por el artículo 1° del Acuerdo N° 55 de 2003. No obstante, como dos de los integrantes de la Subsección B, doctor Cesar Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter manifestaron estar impedidos, toda vez que profirieron la providencia apelada, se conforma la Sala con dos de los integrantes de la Subsección A, y se aceptará el impedimento presentado.

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

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR los impedimentos manifestados en la Sala por los doctores César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter de conformidad con el numeral 2° del artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, modificado por el artículo 1° del Acuerdo No. 55 de 2003.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de mayo de 2014 dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por Hernando García Nieto contra la Administradora Colombiana de Pensiones -

COLPENSIONES, para la reliquidación de su pensión de jubilación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

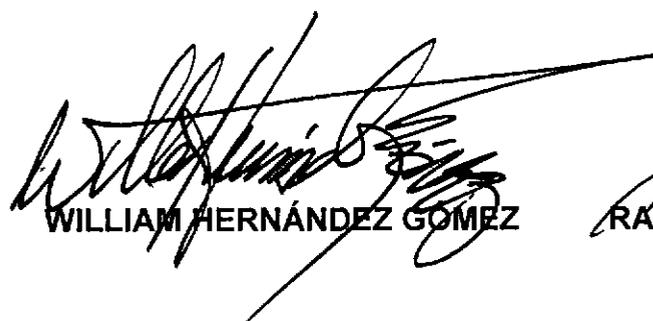
TERCERO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

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



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS