



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
DESPACHO 003 - SALA DE DECISIÓN ORAL - SECCIÓN B**

Barranquilla, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado	08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
Medio de Control o Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Néstor Rafael Coba Espinosa.
Demandado	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.
Magistrado Ponente	Oscar Wilches Donado

I. Asunto

Procede la sala a dictar sentencia dentro de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por el señor Néstor Rafael Coba Espinosa, contra la Administradora Colombiana de Pensiones, de ahora en adelante Colpensiones, de conformidad con los artículos 181 y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II. Petitum

El señor Néstor Rafael Coba Espinosa solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, expedidos por Colpensiones:

- Resolución No. 0005975 de 21 de abril de 2010, mediante la cual se le otorgó una pensión de jubilación.
- Resolución GNR-38831 de 27 de noviembre de 2015, por la cual se le negó una solicitud de reliquidación de la mesada pensional.
- Resolución GNR-43566 de 9 de febrero de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR-38831 de 27 de noviembre de 2015.

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.

DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

- La nulidad parcial de la Resolución No. VPB-23336 de 27 de mayo de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR-38831 de 27 de noviembre de 2015, mediante la cual se otorgó la reliquidación de la mesada pensional sobre el IBL de los últimos 10 años, negándose la aplicación del IBL del último año de servicio.

Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, solicita lo siguiente:

- Que se ordene a Colpensiones expedir un acto administrativo en el que se reliquide la pensión de jubilación del actor, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, incluyendo todos los valores o sueldos que se devengaron en el último año de servicios prestados a REDEHOSPITAL en Liquidación, respetando los derechos adquiridos de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Que se condene a la entidad accionada al pago de los salarios de los meses de abril, mayo y junio de 2009, más los ocho (8) días del mes de julio del mismo año, por valor de \$4.725.430,50, que no fueron cancelados, además de los excedentes de la cuota pensional de los últimos tres años, contados hacia atrás, desde la presentación de la presente demanda, hasta la fecha en que se efectúe el pago solicitado, incrementado anualmente de conformidad al IPC, garantizándose el principio de favorabilidad.
- Que se condene al pago de la respectiva indexación de los dineros adeudados, además de las costas y agencias en derecho.

III. Causa Petendi

3.1.- Fundamentos de hecho. El Tribunal se permite resumir los hechos, visibles a folios 2-3, que fundamentan las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

Manifiesta el actor que prestó los tiempos de servicio que se señalan a continuación, en las siguientes entidades:

Entidad	Desde	Hasta	Tiempo de servicio
Gobernación del Atlántico	01/06/73	01/08/79	6 años, 2 meses
Sociedad Andina	09/06/81	31/08/83	2 años, 1 mes, 9 días
Corelca	16/12/83	01/12/93	9 años, 11 meses, 15 días
Dansocial ¹	22/11/94	21/11/96	2 años
ESE Hospital Nazaret	01/02/97	04/02/98	1 año

¹ Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria.

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

ESE Red Pública Hospitalaria - Fonvisocial en Liquidación	01/08/02	28/08/04	2 años, 28 días
ESE Redehospital DEIP de Barranquilla	21/11/07	30/03/09	1 año, 4 meses, 9 días

Que mediante Resolución No. 0005975 de 21 de abril de 2010, el Instituto de Seguros Sociales le otorgó una pensión de jubilación con el promedio salarial de los últimos 10 años, a partir del 9 de julio de 2009.

Señala que el 20 de marzo de 2013 agotó la vía gubernativa solicitando la reliquidación de su pensión de jubilación por haber sido liquidada con un promedio salarial inferior al establecido en el artículo 1º de la ley 33 de 1985.

Que el 27 de noviembre de 2015, Colpensiones expidió la Resolución GNR-38831, mediante la cual le negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, sin tenerse en cuenta que en su último año de servicios en la ESE REDEHOSPITAL devengó los factores salariales de sueldo, prima de navidad, prima de servicios y bonificación, para un salario promedio de \$6.300.573,80, y que al aplicar el 75% como lo establece el artículo 1º de la ley 33 de 1985, arroja una suma de \$4.725.430,50.

Que contra la Resolución GNR-38831 de 27 de noviembre de 2015, mediante la cual se le negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos por las Resoluciones Nos. GNR-43566 de 9 de febrero de 2016 y VPB-23336 de 27 de mayo de 2016 respectivamente, confirmándose.

Que para la fecha en que dejó de cotizar, devengaba los siguientes emolumentos:

Concepto	Valor
Sueldo básico mensual	\$4.845.391,00
Prima de Navidad	\$5.025.478,00
Prima de Servicios	\$2.236.147,00
Bonificación	\$1.505.811,00
Promedio salarial	\$6.300.573,80

3.2.- Fundamentos de derecho. La demanda plantea como **normas violadas**, las siguientes: artículos 13, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Nacional; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; artículos 14 y 36 de la Ley 100 de 1993; Convenio 95 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1962, y, artículo 2º de la Ley 5ª de 1969.

IV. Actuación procesal.

La demanda fue presentada el 15 de junio de 2016 (fl. 110), correspondiéndole por reparto en primera instancia al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, quien mediante auto de 1º de julio de 2016 (fl. 111-113) declaró su falta de competencia para conocer del mismo por el factor cuantía, ordenando su remisión a la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Barranquilla para su reparto entre los magistrados que conforman el H. Tribunal Administrativo del Atlántico.

Cumplido lo anterior, le correspondió por reparto al magistrado que figura como ponente, conforme acta de reparto de 20 de septiembre de 2016 (fl. 115), quien procedió a avocar su conocimiento (fl. 117) imprimirle el trámite del proceso ordinario procediéndose a su admisión mediante auto de 2º de diciembre de 2016 (folio 118-119).

En auto de 20 de abril de 2018 se fijó fecha para la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (fl. 161), llevándose a cabo el día 17 de mayo de 2018 (fls. 167-169), diligencia en la cual se abrió a pruebas el proceso, señalando que una vez aportados los antecedentes administrativos, se correría traslado de los mismos, como en efecto se hizo mediante auto de 15 de junio de 2018 (fl. 176).

Mediante auto de 13 de julio de 2018 (fl. 183), se corrió traslado para alegar de conclusión de conformidad con el artículo 181 de la ley 1437 de 2011. Dentro del término concedido la parte demandada presentó sus alegaciones, reiterando en líneas generales los argumentos esbozados al descorrer el traslado de la demanda. El Ministerio Público no emitió concepto.

V. Posición de las entidades accionadas

La entidad accionada Colpensiones, dentro del término de traslado de la presente acción, procedió a contestar la demanda materia de análisis en los siguientes términos:

Señala que la Litis en el presente medio de control gira en torno a establecer la legalidad de las resoluciones atacadas, debiendo determinarse si le asiste o no el derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de vejez, conforme lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, reconociendo un IBL correspondiente al 75% de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales.

Que conforme el régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se estableció la posibilidad que determinadas personas que hubiesen cumplido ciertos requisitos antes de la entrada en vigencia de ésta ley, tuvieran la posibilidad de adquirir su derecho prestacional teniendo en cuenta únicamente los requisitos de edad y tiempo del régimen anterior al que hubiese estado afiliada la persona.

201

Afirman que la anterior prerrogativa excluyo en forma taxativa la forma de liquidar la mesada pensional y estableció como se debía realizar la liquidación de los beneficiarios del régimen de transición.

Que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no señala lo que abarca el término "monto de la pensión", ni tampoco define los elementos o factores salariales que integran la remuneración del afiliado y que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que simplemente se limita a establecer los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso, y el porcentaje que aplica al IBL para obtener la mesada pensional.

Que en este orden de ideas, el legislador no quiso mantener para los beneficiarios al régimen de transición la aplicación de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solo tres (3) aspectos puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, por lo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales derogadas (Ley 33/85), sino que pasa a ser regido por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma vigente y que consagra plenos efectos jurídicos.

Conforme a lo anterior, los numerales 1, 2 y 3 del Literal A, del punto IV de la Circular Interna 16 de 2015 de Colpensiones, para el cálculo del IBL se tomará lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Para efectos de determinar los factores salariales a incluir, es menester ceñirse a lo que estipula el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

Por lo tanto, no es posible reliquidar la pensión en los términos solicitados por el demandante, toda vez que respecto del IBL de las pensiones reconocidas bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser estipulada por la legislación anterior.

Propuso las excepciones de:

i) **inexistencia de la obligación**, por cuanto si bien el actor tiene derecho al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la ley 33 de 1985 solo se aplica lo referente a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; mientras que para calcular el IBL se aplica el artículo 21 ibídem y el Decreto 1158 de 1994, y no el artículo 33 de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la ley 62 de 1985.

202

ii) **Falta de causa para demandar** pues, con base en los anteriores argumentos, los artículos citados como fundamento jurídico a las pretensiones del actor no son aplicables al caso concreto.

iii) **Prescripción**, solicitando que en caso de ser procedente, se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron reclamadas dentro de los tres (3) años siguientes a la exigibilidad del derecho;

iv) **Buena fe**, pues la entidad accionada como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ha actuado de buena fe, lo cual se presume de todas las actuaciones realizadas por ella, ceñidas a las normas vigentes al momento de tomarse las decisiones sobre el derecho prestacional del actor; de manera, que cualquier posición diferente por parte del juez competente, no la hace merecedora de sanciones o pago de cualquier mora.

v) **compensación**, sin que implique reconocimiento alguno, en caso de ser procedente se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por Colpensiones al actor por concepto de prestaciones.

vi) **Genérica o innominada**.

La decisión de las anteriores excepciones, dada su naturaleza, se defirieron para el momento en que se profiriera una decisión de fondo.

VI. Control de legalidad

Examinado el expediente, y no hallando ninguna irregularidad que deba ser subsanada o que impida dictar sentencia, se declararán saneadas todas las actuaciones surtidas hasta este momento procesal, de conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011.

VII. Consideraciones

7.1.- Competencia. De conformidad con lo dispuesto en el Núm. 3º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta Sala es competente para conocer en primera instancia del medio de control de de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por el señor Néstor Rafael Coba Espinosa contra Colpensiones, conforme el trámite establecido en los artículos 181 y 187 ibídem.

7.2.- Problema jurídico. El problema jurídico en esta instancia está orientado a determinar si en el asunto sub examine es acertada la posición de la parte actora, conforme la cual es procedente la reliquidación de su mesada pensional, disponiendo

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

203

para ello, la inclusión en el Ingreso Base de Liquidación (IBL) de todos los factores devengados por él en el último año de servicios; o si por el contrario, conforme lo sostiene la entidad accionada, los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición (inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993) son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

7.3.- Marco Legal y Jurisprudencial. Planteada la controversia conforme la delimitación del problema jurídico efectuada, considera la Sala oportuno recordar que al definirse el régimen laboral de los empleados públicos en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, se dispuso:

*"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación **equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.***

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

..."

Del mismo modo, el Artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el Artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece:

"Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. *"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."*

*"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.**"*

204

***"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."* (Negritas fuera de texto)**

En sentencia del 4 de agosto de 2010², la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993 (art.36³) se les aplica la ley 33 de 1985, concluyendo que para liquidar las pensiones de las personas a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones entre otras; al respecto sostuvo:

"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto

² M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 2006-7509. Salvamento de voto M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

³ "Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.” (Negrilla de la Sala)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, estudió la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en el cual se regula el régimen especial de pensiones, reajuste y sustituciones para los Representantes y Senadores, considerando que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición y adicionalmente estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100; concluyendo que la regla que se viene aplicando a dicho concepto ha conducido a beneficios manifiestamente desproporcionados, lo que aunado a la ausencia de una disposición expresa sobre el valor máximo de las mesadas ha permitido que existan mesadas muy por encima del promedio nacional.

En esa misma línea, la Corte Constitucional en sentencia SU 230 de 2015, manifestó que *“Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013⁴ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.”.*

Dicha providencia concluyó:

“Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada

⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia."

Ante la disparidad de pronunciamientos encontrados entre la Corte Constitucional y las diversas Secciones⁵ del Consejo de Estado⁶, sobre el régimen de transición, ingreso base de liquidación y otros aspectos relativos a las pensiones de los servidores públicos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la máxima Corporación de lo contencioso, esgrimiendo razones de seguridad y estabilidad jurídica, en providencia de 29 de agosto de 2017⁷ avocó conocimiento con el objeto de proferir Sentencia de Unificación al respecto.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, produjo dentro del expediente con radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 28 de agosto de 2018, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortes, estableciendo unas subreglas relativas a los factores salariales que se deben incluir en el IBL, para la pensión de vejez de los servidores públicos, interpretación que entró a reemplazar la tesis adoptada por la sección segunda en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en los siguientes términos:

"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:

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01(AC) Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP Demandado: CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA Y OTRO

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13) Actor: LUIS EDUARDO DELGADO Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

⁷ proferida dentro del expediente radicado bajo el No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

- 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.**

Ahora bien, se debe dejar sentado que aun cuando la controversia puesta a consideración de esta Sala se produjo con anterioridad a la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018⁸, aplicada como precedente vinculante para el presente caso, ello se hizo por cuanto en tales pronunciamientos se fijó la retrospectividad de los efectos de dichas sentencias cuando se dijo por parte del Consejo de Estado:

⁸CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018) Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

"Efectos de la presente decisión"

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro Demandado: UGPP 26 principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican 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.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia."

La Sala considera también que es necesario dilucidar lo relacionado con la aplicación retrospectiva de las sentencias de unificación a que se ha hecho referencia, respecto de personas que no hicieron parte del proceso en que se dictaron las mismas, como sería el caso del actor, tal como ha sido abordado el tema por el Consejo de Estado cuando quiera que dichos cuestionamientos han sido planteados dentro de los procesos de unificación, como a través de acciones de tutela interpuestas contra los fallos que dispusieron la aplicación retrospectiva de las sentencias de unificación, incluidas personas que no hicieron parte de tales procesos. Por la relatoría del Consejo de Estado se hicieron las siguientes abreviaciones:

“Mediante escritos presentados el 14 de septiembre de 2018, la señora Ana Nidia Garrido García⁹ y los señores Luis Eduardo Cerra Jiménez y Luis Carlos Martelo Maldonado¹⁰, formularon solicitud de nulidad contra la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018. La solicitud se sustentó por cada uno de los peticionarios de la siguiente manera:

La señora Ana Nidia Garrido invoca los numerales 6 y 8 del artículo 133 del Código General del Proceso (en adelante CGP), en concordancia con el artículo 208 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), y señaló, que como se trata de una sentencia de unificación que define el criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es una decisión que afecta a “todos los pensionados que actualmente adelantan procesos pretendiendo la reliquidación de la pensión”, por lo tanto, debió vincularse, dentro de este proceso, a “ese universo de servidores públicos pensionados conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985”. Considera que está legitimada para formular la solicitud de nulidad porque, con los efectos retroactivos y erga omnes de la sentencia se está afectando al grupo de pensionados a quienes ella representa y que debieron ser vinculados “para que expusieran sus puntos de vista”. Señala que la actuación del Consejo de Estado al desconocer “el interés del universo de pensionados bajo el régimen de la Ley 33 de 1985”, vulnera de manera ostensible la Carta de los Derechos Humanos en varias de sus disposiciones: artículos 8, 10, 22, 23, 25 y 30.

Los señores Luis Eduardo Cerra Jiménez y Luis Carlos Martelo Maldonado solicitan que se declare la nulidad de la sentencia por vicios generados en esa decisión, especialmente por violación al debido proceso, falta de competencia y extralimitación de funciones. Al referirse a la legitimación en la causa señalan que el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia que dispuso la obligatoriedad del precedente para “todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial”, los habilita para formular la solicitud por cuanto en la actualidad cursan, ante esta jurisdicción, los procesos en los que son parte demandante y discuten su derecho pensional con fundamento en el Decreto 546 de 1971.”

El Consejo de Estado resolvió rechazar la solicitud de nulidad antes reseñada con los siguientes argumentos¹¹:

⁹ Folios 606 a 618

¹⁰ A folios 618 a 624 obra memorial allegado vía correo electrónico por el Tribunal Administrativo del Atlántico, con el cual remite memorial que contiene la solicitud de nulidad de la sentencia de 28 de agosto de 2018.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO.SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto de veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número 52001-23-33-000-2012-00143-01(A). ACTOR: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.J.C.E. EN LIQUIDACIÓN

2M

"Sobre la legitimación en la causa para alegar la nulidad"

De conformidad con el artículo 135 del CGP:

"La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, (...)

(...)

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este Capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación".

En el presente caso se trató de un contencioso subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo de carácter individual, particular y concreto como quedó descrito al inicio de esta providencia.

La sentencia proferida dentro de este proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con el artículo 189 del CPACA, tiene efectos interpartes, esto es, como lo indica la norma "aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor".

La obligatoriedad del precedente vinculante de la sentencia de unificación, no legitima a todas las personas respecto de quienes su situación jurídica se encuentre sub judice, para solicitar la nulidad de la sentencia por no haberse vinculado oportunamente dentro del trámite procesal.

La oportunidad para la intervención de terceros en los procesos en que se tramitan pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho es preclusiva de acuerdo con el artículo 224 del CPACA que dispone: "Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvante o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum".

La fuerza vinculante del precedente dentro del sistema de fuentes significa, como lo ha decantado la jurisprudencia constitucional, que las autoridades judiciales deben acudir a la norma jurídica fijada como regla jurisprudencial en las sentencias de unificación, para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero ello no se traduce en una limitación a la potestad interpretativa de los jueces quienes gozan de la autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

212

ejercicio de su función judicial para resolver cada uno de los casos que guarden similitud con los resueltos en las sentencias de unificación. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que las autoridades judiciales pueden abstenerse de aplicar el precedente judicial de las altas cortes, previo cumplimiento de determinadas condiciones¹².

En este orden de ideas, los peticionarios carecen de legitimación en la causa para solicitar la nulidad de la sentencia del 28 de agosto de 2018, dado que no fueron parte dentro del proceso, ni tampoco terceros intervinientes por haber acreditado en la oportunidad legal un interés directo en las resultas de este proceso. Será el juez del caso el que determine si resulta aplicable o no el precedente judicial.

De conformidad con el inciso final del artículo 135 del CGP se rechazará de plano la solicitud de nulidad presentada contra la sentencia de 28 de agosto de 2018 por la señora Ana Nidia Garrido García y los señores Luis Eduardo Cerra Jiménez y Luis Carlos Martelo Maldonado, por carecer de legitimación en la causa."

Esta decisión que rechazó la solicitud de nulidad de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, fue cuestionada a través de acción de tutela, dentro de la cual también se solicitó, dejar sin efecto e inaplicar la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del proceso No. 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 (UGPP), a los accionantes, en los procesos ordinarios de nulidad y restablecimiento del derecho particularmente por ellos promovidos y que se encontraban pendientes de ser decididos judicialmente. Esta acción fue negada por el Consejo de Estado con la siguiente fundamentación:

"[L]os accionantes solicitaron a la Sala Plena del Consejo de Estado la nulidad de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, por considerar que, previo a tomar la decisión, se les debió permitir su participación en el proceso, dado que ellos tienen varios litigios pendientes de resolver cuyos temas corresponden al objeto de la decisión de unificación –IBL pensional- y, allí se ordenó su cumplimiento en todos los casos que se encuentren en discusión tanto en vía administrativa como judicial. //

En efecto, el 28 de agosto de 2018 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado determinó que los factores salariales que se deben incluir en el Ingreso Base de Liquidación (IBL) para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición (inciso 3º del artículo 36 de la Ley

¹² Cfr, entre otras, sentencia C-816 de 2011.

100 de 1993) son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...)

[C]omo el artículo 111 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no señala como función de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la de decidir solicitudes de nulidad, la resolución de la petición de los accionantes no es de su competencia, sino que corresponde a la Sección o Subsección que llevó el asunto a la Sala Plena por importancia jurídica.

// En este orden, es válido afirmar que es de competencia en cabeza del magistrado ponente resolver la solicitud de nulidad presentada por los accionantes, tal como se dispuso en los autos objeto de revisión, de modo que no se configura el defecto orgánico alegado.

// Ahora, en cuanto al defecto procedimental absoluto aducido por los accionantes, con fundamento en que la solicitud no se resolvió conforme al procedimiento establecido en la ley y la jurisprudencia, es importante mencionar que según la jurisprudencia constitucional tal defecto se configura cuando se demuestra que el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido, por lo que no basta con afirmar simplemente su desconocimiento. // En este caso, los accionantes no refieren de qué manera ocurrió tal omisión, por lo tanto, al no cumplirse con la carga argumentativa tal planteamiento se tornaría en improcedente. (...)

[E]s importante precisar que las decisiones materia de cuestionamiento estuvieron acorde con el procedimiento establecido, el cual le permitía al Consejero Ponente, rechazar de plano la solicitud de nulidad cuando quien la solicitare careciera de legitimación -como se expuso claramente en las decisiones-, decisión contra la que no era procedente el recurso de súplica. (...)

Finalmente, en relación con el cargo de violación directa a la Constitución por vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, el artículo 111 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no señala como función de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la de decidir solicitudes de nulidad, la resolución de la petición de los accionantes no es de su competencia, sino que corresponde a la Sección o Subsección que llevó el asunto a la Sala Plena por importancia jurídica. // En este orden, es válido afirmar que es de competencia en cabeza del magistrado ponente resolver la solicitud de nulidad presentada por los accionantes, tal como se dispuso en los autos objeto de revisión, de modo que no se configura el defecto orgánico alegado.

// Ahora, en cuanto al defecto procedimental absoluto aducido por los accionantes, con fundamento en que la solicitud no se resolvió conforme al procedimiento establecido en la ley y la jurisprudencia, es importante mencionar que según la jurisprudencia constitucional tal defecto se configura cuando se demuestra que el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido, por lo que no basta con afirmar simplemente su desconocimiento. // En este caso, los accionantes no refieren de qué manera ocurrió tal omisión, por lo tanto, al no cumplirse con la carga argumentativa tal planteamiento se tornaría en improcedente. (...) [E]s importante precisar que las decisiones materia de cuestionamiento estuvieron acorde con el procedimiento establecido, el cual le permitía al Consejero Ponente, rechazar de plano la solicitud de nulidad cuando quien la solicitare careciera de legitimación -como se expuso claramente en las decisiones-, decisión contra la que no era procedente el recurso de súplica. (...)

Finalmente, en relación con el cargo de violación directa a la Constitución por vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, por haberseles negado su condición de terceros con interés, en la medida en que tal situación se acreditó con ocasión de los efectos retrospectivos ordenados en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, esta Sala no advierte que las decisiones objeto de revisión hayan quebrantado los derechos mencionados. (...) [E]n el presente caso, el interés que manifiestan los accionantes a juicio de la Sala no corresponde a un interés legítimo sino a la proyección de la sentencia de unificación en las decisiones que se puedan adoptar en los asuntos en los que sí son parte con aplicación del precedente del 28 de agosto de 2018. Sin embargo, ese efecto no los legitima para participar en el proceso, cuya nulidad solicitaron, pues aunque en la referida sentencia se ordenó su aplicación obligatoria a todos los casos pendientes de decisión, los jueces cuentan con autonomía judicial para resolver los casos sometidos a su consideración en los cuales pueden apartarse del precedente jurisprudencial, siempre y cuando lo hagan de manera razonada y justificada. Sería entonces, ese el escenario en donde los accionantes podrían ventilar válidamente sus posiciones en la materia o su disenso con lo expresado en la sentencia de unificación, a fin de restar fuerza a la postura allí expresada para que no les aplique la sentencia de unificación.¹³

Visto lo anterior, de acuerdo con los precedentes expuestos, y a manera de gran conclusión, los únicos factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de jubilación, son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado efectivamente los aportes

¹³CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERASUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Sentencia de diez (10) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01201-00(AC). Actor: LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ Y OTRO. Demandado: CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

215

o cotizaciones al Sistema de Pensiones, y que se encuentran enlistados en la norma en mención.

7.4.- Solución al asunto planteado. De los actos administrativos cuya nulidad se persigue por este medio de control, y de los medios de prueba allegados al plenario, se obtiene la siguiente información:

Mediante petición de 30 de septiembre de 2009¹⁴, el actor solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, la cual devino en la expedición de la Resolución No. 0005975 de 21 de abril de 2010 "*Por medio de la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones – Régimen de Prima Media con Prestación Definida*", visible a folios 17 y s.s. del expediente, mediante la cual se le reconoció una pensión de jubilación, a partir del 10 de julio de 2009, en una cuantía de \$1.016.064,00, liquidación que se efectuó con base en 1210 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$1.354.752,00 y un porcentaje de liquidación del 75%.

Mediante Resolución GNR-38831 de 27 de noviembre de 2015, se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez presentada por el actor señor Néstor Rafael Coba Espinosa el 15 de mayo de 2015, radicada bajo el No. 2015_4377984. (fls. 88-91)

Contra la anterior decisión, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, siendo decidido el de reposición por la Resolución GNR-43566 de 9 de febrero de 2016, confirmándose en todas sus partes lo dispuesto en la Resolución GNR-38831 de 27 de noviembre de 2015. (fls. 98-101)

Mediante la Resolución No. VPB-23336 de 27 de mayo de 2016 (fls. 103-109), se resolvió el recurso subsidiario de apelación interpuesto contra la Resolución GNR-38831 de 27 de noviembre de 2015, concediéndose la reliquidación de la pensión de vejez del actor, señalando como IBL la suma de \$1.960.943,00, tomando como factores salariales los establecidos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, correspondientes a la asignación básica mensual, bonificación por año de servicios y la prima técnica¹⁵, cuyo porcentaje de liquidación del 75%, corresponde a la suma de \$1.470.707,00, siendo éste el valor de la mesada a 10 de julio de 2009, reliquidándose en consecuencia la de los años posteriores, en los siguientes términos:

2010	\$1.500.121,00
2011	\$1.547.675,00

¹⁴ Así se estableció en la Resolución No. 0005975 de 21 de abril de 2010 "*Por medio de la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones – Régimen de Prima Media con Prestación Definida*", visible a folios 17 y s.s. del expediente.

¹⁵ Lo anterior, conforme consta en el Formato No. 3(B) Certificado de Salario Mes a Mes expedido por la Alcaldía Distrital de Barranquilla el 20 de febrero de 2013 visible a folio 26, Formato No. 3(A) expedido por la Escuela Superior de Administración Pública Territorial Atlántico el 15 de mayo de 2009, visible a folio 40.

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
 DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
 DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

216

2012	\$1.605.403,00
2013	\$1.644.575,00
2014	\$1.676.480,00
2015	\$1.737.839,00
2016	\$1.855.491,00

En lo que respecta a la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985, incluyéndose todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, la entidad accionada considero que dicha solicitud no era procedente toda vez que para efectos de establecer el IBL se tiene en cuenta el ingreso base de cotización durante los últimos 10 años reportados en la historia laboral del asegurado y los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

Conforme lo anterior, en los actos de reconocimiento y liquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez del actor y en el de reliquidación, se tuvo en cuenta las siguientes circunstancias y fundamentos legales:

Que el actor nació el 22 de abril de 1953 y a la fecha del reconocimiento (10 de julio de 2009), tenía 55 años de edad.

Que el señor Néstor Rafael Coba Espinosa para el 01 de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, **contaba con más de cuarenta (40) años de edad**, siendo por consiguiente beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la mencionada ley, teniendo derecho a que su pensión de vejez sea calculada conforme el tiempo de servicios, edad y monto contemplado en la Ley 33 de 1985, esto es: 20 años de servicios al Estado, 55 años de edad, y con un monto del 75% del Ingreso Base de Liquidación.

Con base en lo anterior, la liquidación de la pensión se efectuó aplicando un 75% del Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó y/o aportó el actor durante los últimos diez (10) años, conforme lo señala el inciso 3º al 6º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debidamente actualizados.

Lo anterior es correcto conforme la primera subregla establecida en la sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 28 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que al actor a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), le faltaban más de Diez (10) años para cumplir con el requisito de cincuenta y cinco (55) años de edad para adquirir la pensión vitalicia de vejez, al contar con cuarenta (40);

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

217

contando además para esa fecha, con un poco más de dieciocho (18) de los veinte (20) años de servicio que exige el artículo 1º de la Ley 33 de 1985¹⁶.

De igual manera, se encuentra acreditado en el proceso que la liquidación de la pensión reconocida se efectuó solo tomando la ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR AÑO DE SERVICIOS y LA PRIMA TÉCNICA¹⁷.

El actor aportó una certificación expedida por el Coordinador General de Redehospital ESE en Liquidación (fl. 23), en la que consta que laboró en la entidad desde el 21 de noviembre de 2007 hasta el 30 de marzo de 2009, en el cargo de Jefe de Suministros, percibiendo en dicho lapso de tiempo los siguientes emolumentos: salario, bonificación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, pero no demostró que sobre esos valores haya efectuado aportes y/o cotizaciones al sistema pensional al cual se encontraba afiliado.

En efecto, obran en el plenario certificados de información laboral (Formato No. 1)¹⁸, certificados de salarios mes a mes (formato No. 3 (b))¹⁹, certificado de salario base (formato No. 2)²⁰, y, certificados de salarios mes a mes (formato No. 3 (A))²¹, expedidos

¹⁶ **ARTÍCULO 1º.**- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

¹⁷ Lo anterior, conforme consta en el Formato No. 3(B) Certificado de Salario Mes a Mes expedido por la Alcaldía Distrital de Barranquilla el 20 de febrero de 2013 visible a folio 26, Formato No. 3(A) expedido por la Escuela Superior de Administración Pública Territorial Atlántico el 15 de mayo de 2009, visible a folio 40.

¹⁸ - A folio 27, reposa el expedido por la Gobernación del Atlántico, para el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1973, al 1 de agosto de 1979.

- A folio 33, se encuentra el expedido por Corelca S.A. E.S.P., para el periodo 16 de diciembre de 1983 a 1º de diciembre de 1993.

- En el folio 34 reposa el proferido por Dansocial, para el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 1994 al 21 de noviembre de 1996.

- En el folio 37, aparece el expedido por ESE Hospital Nazareth en Liquidación, para el periodo que va del 6 de febrero de 1997, al 2 de marzo de 1998.

- En el folio 38, aparece el expedido por la ESAP, para el periodo correspondiente del 1 de diciembre de 2000, al 17 de junio de 2002.

- A folio 41, reposa el expedido por la ESE Hospital General de Barranquilla en Liquidación, para el periodo que va del 22 de agosto de 2002, al 27 de mayo de 2003.

- A folio 43, el expedido por el Fonvisocial, para el periodo que va del 9 de enero de 2004, al 25 de agosto de 2004.

- A folio 25 reposa el certificado expedido por la Alcaldía de Barranquilla, del periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2007 al 30 de marzo de 2009.

¹⁹ - A folio 26, reposa el expedido por la Alcaldía de Barranquilla, del periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2007 al 30 de marzo de 2009, donde se certifica que para la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta para el IBL además del Salario básico, la bonificación por año de servicios.

- En el folio 36 reposa el proferido por Dansocial, para el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 1994 al 21 de noviembre de 1996, donde se certifica que los salarios mes a mes para liquidar el bono pensional corresponden a la asignación mensual, y otros factores salariales (Dto. 1158).

- En el folio 38, aparece el expedido por la ESAP, para el periodo correspondiente del 1 de diciembre de 2000, al 17 de junio de 2002, donde se certifica que los salarios mes a mes para liquidar el bono pensional corresponden a la asignación mensual y a la prima técnica (Dto. 1158).

- A folio 41, reposa el expedido por la ESE Hospital General de Barranquilla en Liquidación, para el periodo que va del 22 de agosto de 2002, al 27 de mayo de 2003, donde se certifica que los salarios mes a mes para liquidar el bono pensional corresponden solamente a la asignación mensual (Dto. 1158).

²⁰ - A folio 27, reposa el expedido por la Gobernación del Atlántico, para el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1973, al 1 de agosto de 1979, donde se determina que no existieron factores adicionales no netos para la determinación del Salario base de liquidación de la pensión.

- En el folio 35 reposa el proferido por Dansocial, para el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 1994 al 21 de noviembre de 1996, donde se determina que los factores adicionales no netos para la determinación del Salario base de liquidación de la pensión, corresponde al factor salarial remuneración o bonificación por servicios prestados.

- En el folio 39, aparece el expedido por la ESAP, para el periodo correspondiente del 1 de diciembre de 2000, al 17 de junio de 2002, donde se determina que no existieron factores adicionales no netos para la determinación del Salario base de liquidación de la pensión.

²¹ - A folios 29-32, reposa el expedido por la Gobernación del Atlántico, para el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1973, al 1 de agosto de 1979, donde se certifica que el salario mes a mes para liquidar el bono pensional tipo 1 solo incluye la asignación básica mensual.

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

218

por las entidades en las cuales prestó sus servicios el actor (Gobernación del Atlántico, Corelca S.A. E.S.P., Dansocial, ESE Hospital Nazareth en Liquidación, ESAP, ESE Hospital General de Barranquilla en Liquidación, Fonvisocial y Alcaldía de Barranquilla), donde se hace constar que durante el periodo comprendido por los Diez años anteriores a la fecha en que se reconoció al actor la pensión de jubilación (10 de julio de 2009), se efectuaron descuentos al actor para efectos pensionales únicamente sobre la asignación básica, bonificación por año de servicios y la prima técnica²²; lo anterior, de conformidad con lo estipulado en el decreto 1158 de 1994.

En este orden de ideas, y siguiendo la segunda de las subreglas de la jurisprudencia de unificación antes reseñada, los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley 33 y 62 de 1985, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, pues, ningún factor diferente puede ser incluido válidamente en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las normas mencionadas no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir factores diferentes a los que taxativamente señala la norma.

En este punto, es oportuno señalar que para efectos de liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, debe tenerse en cuenta para tal fin los factores consignadas en las Leyes 33 y 62 de 1985²³, por ser las que establecen cuáles son los factores salariales que debían incluirse en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos, que para efecto de liquidación pensional contemplan: *Asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

No obstante, considerando que de conformidad con lo establecido en los certificados de salarios mes a mes²⁴ - Formato No. 3 (b) -, expedidos por la ESAP (periodo correspondiente del 1 de diciembre de 2000, al 17 de junio de 2002), por la ESE Hospital General de Barranquilla en Liquidación (para el periodo que va del 22 de agosto de 2002, al 27 de mayo de 2003), la Alcaldía de Barranquilla (periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2007 al 30 de marzo de 2009), los descuentos se efectuaron con

- En el folio 36 reposa el proferido por Dansocial, para el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 1994 al 21 de noviembre de 1996, donde se certifica que el salario mes a mes para liquidar el bono pensional tipo 1 incluye la asignación básica mensual y otros factores salariales.

- En el folio 40, aparece el expedido por la ESAP, para el periodo correspondiente del 1 de diciembre de 2000, al 17 de junio de 2002, donde se certifica que los salarios mes a mes para liquidar el bono pensional tipo 1 incluye la asignación mensual y a la prima técnica (Dto. 1158).

²² Lo anterior, conforme consta en el Formato No. 3(B) Certificado de Salario Mes a Mes expedido por la Alcaldía Distrital de Barranquilla el 20 de febrero de 2013 visible a folio 26, Formato No. 3(A) expedido por la Escuela Superior de Administración Pública Territorial Atlántico el 15 de mayo de 2009, visible a folio 40.

²³ Asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

²⁴ Fols. 26, 36, 38 y 41.

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

219

fundamento en lo estipulado en el Decreto 1158 de 1994²⁵, es menester señalar, que dicha norma guarda consonancia con los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, de tal manera que su aplicación no resulta menos beneficiosa para la parte actora.

Visto lo anterior, de acuerdo con la sentencia de unificación vigente del Consejo de Estado, los únicos factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de jubilación, son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, en este caso sobre asignación básica, bonificación por año de servicios y la prima técnica, tal como se hace constar en los certificados de información laboral (Formato No. 1), certificados de salarios mes a mes (formato No. 3 (b)), certificado de salario base (formato No. 2), y, certificados de salarios mes a mes (formato No. 3 (A)), existentes en la foliatura respectiva, tal como se detalló precedentemente.

7.5.- Conclusión. En este orden de ideas, tenemos que para responder el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, la Sala llega a la conclusión de que la parte actora no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tal como lo pretende. Bajo estas consideraciones, se deben negar las pretensiones de la demanda.

Establecido lo anterior, la Sala considera que en el análisis anterior se encuentra subsumido el estudio de las excepciones propuestas por la entidad accionada, toda vez que los argumentos que las sustentaban constituyen igualmente los argumentos de defensa que fueron analizados el resolver el problema jurídico planteado.

Por último, debe dejarse sentado que recientemente la Corte Constitucional en sentencias T-078 y 109 de 2019, al examinar providencias proferidas en sede de tutela por el Consejo de Estado, recalcó que "... *el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional*"²⁶. Concretamente, sostuvo que:

"79. Al conocer en segunda instancia de las acciones de tutela objeto de revisión, algunas de las decisiones del Consejo de Estado afirmaron que la existencia de un precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en sede de tutela (incluso

²⁵ **ARTICULO 1o.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> El artículo 69 del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;

²⁶ Sentencia T-656 de 2011, M.P. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

cuando se trata de sentencias de unificación) no constituía una regla de decisión que debiera acatar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto se profirieron en el marco del proceso de amparo constitucional.

En este sentido, por ejemplo, la Sección Primera en uno de los fallos de segunda instancia objeto de revisión consideró que las pautas jurisprudenciales que ha establecido la Corte Constitucional en relación con el IBL como aspecto excluido del régimen de transición no resultaban aplicables para las decisiones de los jueces y tribunales administrativos. Al respecto, indicó que: "las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en sede de tutela y aún aquellas de unificación, no son precedente de obligatorio cumplimiento para los tribunales y jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto existen sentencias de unificación dictadas como Tribunal Supremo de la Jurisdicción y con fundamento en el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (...)"²⁷.

Igualmente, en otra de las providencias de segunda instancia que se revisan en esta oportunidad, la Sección Primera del Consejo de Estado aseguró, en relación con la vigencia de los precedentes, que "no puede sostenerse, en sana hermenéutica, que una sentencia de tutela posterior conlleve la pérdida de efectos de las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado como órgano de cierre, pues como anteriormente se anotó, los criterios fijados en estas sentencias solo pueden ser modificados por el alto tribunal que los estableció"²⁸.

80. Aunado a lo anterior, tales consideraciones han sido reiteradas en varias oportunidades por el Consejo de Estado, incluso en casos que han sido objeto de revisión por la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, en la **Sentencia SU-068 de 2018**²⁹ se estudió una acción de tutela contra una decisión judicial proferida por el Consejo de Estado, en el marco de un trámite en el cual el peticionario solicitaba la extensión de los efectos de la sentencia de unificación dictada por la Sección Segunda de dicha Corporación el 4 de agosto de 2010. En la providencia, esa autoridad judicial "indicó que las interpretaciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizadas por la Corte Constitucional en Sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 no obligan a los demás tribunales de cierre. Incluso, reiteró que la jurisprudencia de control abstracto y la de unificación en temas estrictamente constitucionales es la única vinculante para el Consejo de Estado"³⁰.

En esa ocasión, la UGPP consideró que el fallo anteriormente reseñado vulneraba su derecho al debido proceso, dado que había desconocido el precedente

²⁷ Expediente T-6.919.786. Cuaderno II, folios 145 a 176.

²⁸ Expediente T-6.911.557. Cuaderno II, folios 63 a 99.

²⁹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

³⁰ M.P. Alberto Rojas Ríos.

constitucional. No obstante, aunque la Sala estimó que no se satisfacía el requisito de subsidiariedad en el caso concreto, hizo un llamado de atención al Consejo de Estado en relación con su deber de acatar el precedente constitucional³¹.

81. En consideración a tales razonamientos, la Sala Sexta de Revisión estima necesario formular algunas precisiones en relación con el alcance y la vinculatoriedad del precedente constitucional, especialmente aquel que dicta la Corte en sede de revisión de tutela.

Prevalencia del precedente constitucional

82. Una modalidad particular del precedente es el **constitucional**, definido como el conjunto de pautas de acción que informan un determinado asunto, identificadas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sobre el alcance de las garantías constitucionales o de la congruencia entre las demás normas que componen el ordenamiento jurídico y la Constitución. Su carácter es **vinculante**, no solo en forma vertical (respecto de todos los jueces que conforman la jurisdicción constitucional), sino también para los órganos de cierre de las demás jurisdicciones que, en aras del principio de supremacía constitucional, deben procurar por una lectura sistemática del derecho, la cual comprende la interpretación auténtica de la Constitución, que se encuentra a cargo de la Corte³². En esa medida, tal como se ha establecido previamente:

"las decisiones judiciales que sean contrarias a la jurisprudencia emitida en Sala de Revisión de la Corte Constitucional, pueden ser objeto de tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente constitucional. Igualmente, ha indicado esta Corporación que una actuación contraria a la jurisprudencia constitucional es violatoria de la Carta Política porque atenta contra el desarrollo de un precepto superior contenido en la sentencia, sea de constitucionalidad o de tutela"³³.

83. Valga señalar que "el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional"³⁴, al tenerse en cuenta el principio de supremacía constitucional y la importancia que tienen las decisiones sobre la interpretación y alcance de los preceptos constitucionales.

³¹ M.P. Alberto Rojas Ríos. En este fallo, la Sala Plena indicó: "Sin embargo, la Corte llama la atención sobre la obligación que tienen los jueces y corporaciones de seguir los pronunciamientos emitidos por parte de los altos tribunales de justicia, deber que se maximiza cuando estamos en presencia de las decisiones de la Corte Constitucional, ya sea de las providencias proferidas en el trámite de constitucionalidad o de amparo tutelar de derechos. La obligatoriedad del precedente pretende garantizar los principios de igualdad, de justicia formal, de buena fe y de seguridad jurídica, así como realizar la coherencia y consistencia del sistema jurídico. En ese contexto, reprocha que el Consejo de Estado hubiese desconocido el balance judicial vigente en torno a la exclusión del ingreso base de liquidación del régimen de transición, como se había advertido en las Sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016".

³² Sentencia SU-298 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³³ Sentencia SU-298 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁴ Sentencia T-656 de 2011, M.P. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

222

*Además, respecto de la relevancia particular de las sentencias de unificación, cabe destacar que una de las razones que fundamentan la obligatoriedad de las providencias que unifican la jurisprudencia, cuando son proferidas por la Corte Constitucional, es que garantizan el principio de igualdad³⁵. En razón de lo anterior, "la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los pronunciamientos realizados en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, **aun cuando sean altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones**"³⁶. A su vez, "en el caso de las sentencias de unificación de tutela (SU) [...], basta una sentencia para que exista un precedente, debido a que [...] unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos"³⁷.*

En vista de lo anterior, fuerza concluir que al haber sido expedida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, en armonía con el Precedente de rango Constitucional sentado por la Corte Constitucional, en garantía de principios jerárquicamente superiores, tales como el principio de igualdad y del debido proceso, la Sala le dará aplicación en el presente caso.

7.8.- Costas. Al respecto, la Sala de Sección indica que si bien no existe criterio único que gobierne su condena, se acude al de causación conforme los lineamientos del H. Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁸, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso³⁹.

³⁵ Sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁶ Sentencia T-566 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz reiterada en la sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras posteriores. **El resaltado es de la Sala.**

³⁷ Sentencia T-830 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸ «Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.»

³⁹ «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

REF. EXP. No. 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: Néstor Rafael Coba Espinosa.
DEMANDADA: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
DECISIÓN: Se niegan las pretensiones de la demanda.

223

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no se encuentran elementos que justifiquen razonablemente la imposición de una condena; en tal sentido, que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en esta instancia.

VIII. Decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral Sección "B", administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- NIÉGASE las súplicas de la demanda. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Tercero.- Notifíquese la presente providencia al procurador judicial delegado para ante este Tribunal.

Cuarto.- Ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS,


OSCAR WILCHES DONADO


VIVIANA MERCEDES LOPEZ RAMOS


ÁNGEL HERNÁNDEZ CANO
SALVAMENTO DE VOTO



224

**Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
DESPACHO 006 SALA DE DECISIÓN ORAL – SECCIÓN B**

Radicado	08001-23-33-000-2016-01072-00-W
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Néstor Rafael Coba Espinosa.
Demandado	Colpensiones

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto característico, me permito salvar el voto en relación a la sentencia del 29 de noviembre de 2019, proferida dentro del asunto del epígrafe, mediante el cual la sala de mayoría, resolvió denegar las súplicas de la demanda, con fundamento en la providencia de unificación del 28 de agosto de 2018, emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En la sentencia del 28 de agosto de 2018, Exp. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01; C.P Dr. César Palomino Cortés, se sostuvo que la interpretación adoptada en esa decisión, sería aplicable a todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como judicial, es decir, que tal decisión tendría alcance respecto de quienes en circunstancias comunes no acudieron a dicho mecanismo.

Desde esta óptica se advierte que, la extensión analógica intercomunis (entre comunes), ha sido un criterio adoptado en algunos fallos por la H. Corte Constitucional, en sede de tutela, para modular los efectos de las sentencias, cuya génesis, según se tiene sabido, es la aplicabilidad del Principio y Derecho de Igualdad, como también el de Economía Procesal, en tanto se garantizará el mismo trato entre similares y evita que personas que no fueron parte del proceso, deban iniciar acciones judiciales independientes para obtener la protección de sus derechos.

Así, por ejemplo, en sentencia T-203 de 2001; M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se precisó la aplicación de los alcances de la figura intercomunis en comento, así:

“(...) la adopción de estos efectos es procedente cuando se constate la existencia de un grupo en el cual: (i) existan otras personas en la misma situación; (ii) exista identidad de derechos fundamentales violados; (iii) en el hecho generador;

Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa.
Accionado: Colpensiones.
Decisión: salvamento de voto.

225

(iv) deudor o accionado; además de (v) un derecho común a reconocer; y, finalmente, (vi) identidad en la pretensión.
(...)"

Y en cuanto a su definición, la sentencia SU-1023 de 2001; M.P Dr. Jaime Córdoba Triviño, sostuvo:

"(...) aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales. (...)"

Es decir, por regla general, los efectos inter comunis permiten modular los fallos, con el propósito de extender las decisiones adoptadas en sede de tutela a personas que, estando en situación equiparable a la de los accionantes, no han instaurado la acción respectiva, a fin de **proteger** los derechos fundamentales de todo un grupo.

Como se advierte, el contenido de los efectos inter comunis, tiene su génesis en el principio de igualdad en su acepción básica; es decir, igualdad ante la ley o igualdad de trato, bajo el entendido de que el mismo ha de incorporarse siempre en el ejercicio interpretativo de protección de los derechos fundamentales. Por lo tanto, en principio, cabría sostener que la extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, tal como se concibió, generaría consecuencias adversas respecto de los derechos fundamentales de quienes, al amparo de la tesis predominante que el H. Consejo de Estado trazó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, solicitaron la reliquidación de su pensión jubilación con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio, pues la actual regla jurisprudencial señala que únicamente deben incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones durante los diez (10) años anteriores, tesis restrictiva que deviene opuesta a la aplicada inicialmente.

Por manera que, en el escenario de personas a las cuales la decisión de primera instancia les reconoció el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, ahora, la sentencia de segunda instancia que se profiera, como consecuencia del

X

Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa.
Accionado: Colpensiones.
Decisión: salvamento de voto.

226

recurso de apelación, les resulte adversa, en virtud del nuevo criterio jurisprudencial, se generaría la alteración de los efectos jurídicos de esas órdenes judiciales iniciales.

En esa específica situación, se posibilitaría aplicar la modulación de los efectos de la sentencia de unificación a quienes no fungieron como sujetos procesales de ese litigio, siempre que a los receptores a los cuales se extienden sus efectos, se les hubiese convocado al proceso, alternativa que mejor protege los derechos fundamentales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Solo así, los efectos *inter comunis*, materializarían en condiciones de igualdad los derechos a todos los miembros de un grupo afectados por la misma situación de hecho o de derecho, en aras de garantizarles idéntico tratamiento jurídico, sin perder de vista que en los conflictos jurídicos en los cuales las decisiones judiciales, incluidas las sentencias de unificación, se constituyen eje clave para su resolución, se impone como punto de partida, el deber de trato igualitario cuando se presente una misma situación de hecho y de derecho, pues existe la confianza legítima del interesado en que su conflicto será resuelto conforme a decisiones anteriores de casos idénticos o similares, lo cual, desde luego, no se opone al ejercicio hermenéutico propio de la actividad judicial.

Sin embargo, respetuosamente, se estima que en esa labor no deberán afectarse o lesionarse expectativas legítimas que la aplicación de la nueva regla interpretativa podría ocasionar a quienes acuden a reclamar determinados derechos, amparados en soluciones que de manera pacífica y uniforme se venían otorgando respecto a específicos asuntos, máxime tratándose de controversias de carácter pensional.

Téngase en cuenta que, desde antaño, no ha habido uniformidad de criterios en cuanto a los efectos del nuevo pronunciamiento, verbigracia, los salvamentos de voto de quienes fungieron como Consejeros de la Sección Tercera del Consejo de Estado, doctores Daniel Suárez Hernández y Julio César Uribe Acosta, ante la sentencia S-122 de 21 de noviembre de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa.

En efecto, Suárez Hernández fijó su disenso de la siguiente manera:

“Con todo respeto me aparté de la decisión mayoritaria consignada en la sentencia de 21 de noviembre de 1991, por las siguientes razones:



1. En la página 7 de la sentencia (fl. 139 del recurso extraordinario) se dice que

"... la contrariedad entre lo sostenido por la sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada resulta por tanto ostensible.

Este hecho sin embargo no da lugar a que se infirme la sentencia, sino a que se rectifique la jurisprudencia contrariada, toda vez que reexaminado el punto, la Sala considera que ella procede por las siguientes razones".

El fallo del cual me aparto, básicamente, después de recordar qué debe entenderse por caducidad de la acción, envuelve nueva doctrina compendiada en el siguiente párrafo:

"De manera que, salvo lo que antes se disponía para el juicio de impuestos, el legislador invariablemente ha partido para el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, de la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia" (fl. 140).

Así las cosas, fácil resulta concluir que el recurso extraordinario de súplica estaba llamado a prosperar, dado que al proferirse sentencia por la Sección Primera el 29 de junio de 1989, se encontraba vigente jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa, acogida por sentencia de 7 de marzo de 1988, que resultó violada por aquella.

En otros términos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sí puede rectificar, modificar o cambiar sus jurisprudencias, pero los efectos jurídicos de dichas innovaciones, como apenas lo impone la lógica elemental, lo serán hacia el futuro, mas nunca para aplicársela a situaciones pretéritas." (Subrayado fuera del texto)

A su vez, Uribe Acosta, fundó su inconformidad con la sentencia mayoritaria, con lo siguiente:

"Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, pues en el fallo se reconoce que hay contrariedad "...entre lo sostenido por la Sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada....", pero no obstante esta realidad, el recurso no prospera, porque la corporación opta por cambiar de perspectiva jurisprudencial. Sobre el particular reitero mi posición sobre la materia, en el sentido de que estimo que, por razones de justicia, de seguridad jurídica y de certeza, la Sala Plena no puede cambiar la jurisprudencia en que se apoya el recurso de súplica, pues ello equivaldría a sorprender al

Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa.
Accionado: Colpensiones.
Decisión: salvamento de voto.

228

impugnante en pleno debate procesal, máxime si al proceder así comete una injusticia. Cuando el fallador encuentre que se impone un cambio de jurisprudencia, debe anunciarlo en el fallo que confirma la anterior, pero nada más. En esta materia hago mías las palabras del gran jurista americano Holmes, cuando afirma:

"Si un grupo de casos trata el mismo punto, la partes esperan la misma decisión. Sería una gran injusticia decidir casos semejantes según principios opuestos. Si un caso se decidió en mi contra ayer cuando yo era el demandado, buscaré la misma sentencia hoy que soy el demandante. Decidir en forma diferente haría surgir un sentimiento de resentimiento y agravio en mi pecho, sería una infracción material y moral de mis derechos" (Cita de Benjamín Cardozo. La Naturaleza de la Función Judicial. Arayu, página 21)."

Más reciente y antes de que se profiriera la decisión unificatoria aludida, adiada 28 de agosto de 2018, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de septiembre de 2016, Exp. No. 2016-00038, C.P Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas al resolver, por vía de tutela, un conflicto en el cual se discutía la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 de la H. Corte Constitucional, respecto al ingreso base de liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, con base en las reglas de la Ley 100 de 1993 y no con el régimen anterior, sostuvo:

"(...)

Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida. En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima. Sin embargo, debe precisarse que si bien el juez puede innovar las interpretaciones del derecho, lo cierto es que debe hacerlo con sindéresis y con cuidado de no afectar derechos fundamentales. En efecto, puede ocurrir que la nueva regla no pueda aplicarse de manera inmediata, porque, de hacerlo, se afectarían las expectativas legítimas de los asociados. En ese caso, es conveniente adoptar medidas para proteger esas expectativas.

(...)

La Sala estima que si el legislador procura respetar la confianza legítima de las personas en materia pensional, nada obsta para que los órganos jurisdiccionales, al cambiar la jurisprudencia en detrimento de los derechos pensionales, sigan ese mismo ejemplo, esto es, respetar la confianza legítima.

A partir de lo anterior, la Sala encuentra que la variación jurisprudencial que introdujo la SU-230 de 2015 representa una alteración significativa de las relaciones jurídicas que se suscitan entre las personas con derecho a pensión bajo el régimen de transición y los respectivos fondos de pensiones.

Para ilustrar lo anterior, conviene anotar que muchos pensionados obtuvieron el reconocimiento de esa prestación con fundamento en el régimen de transición. Sin embargo, el ingreso base de liquidación les fue calculado de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993 (bien sea artículo 21 o inciso 3° del artículo 36), lo que justificó que, de conformidad con la jurisprudencia que predicaba la propia Corte Constitucional antes de la SU-230 de 2015, iniciaran las respectivas acciones administrativas y judiciales, pues legítimamente estimaban que se les desconocía un derecho sustancial: cálculo del IBL con el régimen anterior, que había sido reconocido jurisprudencialmente tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado. De este modo, a juicio de la Sala, el pronunciamiento de la Corte Constitucional produjo la extinción de un derecho sustancial de carácter pensional (o al menos la eliminación de una expectativa legítima) de las personas beneficiarias del régimen de transición, que creían, con fundamento en la jurisprudencia, que el ingreso base de liquidación de sus pensiones debía ser calculado en la forma prevista en el régimen anterior.

Justamente por lo anterior, esto es, por tratarse de un cambio de jurisprudencia respecto de derechos pensionales, la Sala concluye que resultaría desproporcionada la aplicación inmediata del precedente judicial establecido en la sentencia SU-230 de 2015. Como se ilustró, muchas personas tenían la expectativa legítima de que les asistía el derecho a que el ingreso base de liquidación se calculara con el régimen anterior, pues venía siendo reconocido jurisprudencialmente, y, por ende, acudieron a la jurisdicción a reclamarlo.

La desproporción se manifiesta en que se estarían alterando relaciones jurídicas de contenido pensional, en detrimento del trabajador, sin que las razones que motivaron el cambio jurisprudencial se fundamenten en principios constitucionales de mayor valor. (...)"

Se trata, entonces, de que los ciudadanos tengan certeza sobre la uniformidad de las decisiones judiciales, al ejercitar los mecanismos de protección de sus derechos, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las

X

Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa.
Accionado: Colpensiones.
Decisión: salvamento de voto.

230

actuaciones judiciales, frente a los cambios abruptos en situaciones objetivamente aptas para generar el nacimiento de derechos.

De igual manera, en la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2018; Exp. No. 2010-00463-01 (58890); C.P Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se puntualizó:

“(…)

5.3.- Entonces, si ya se tiene averiguado que una Alta Corte puede cambiar la orientación de su jurisprudencia y que, en ocasiones, ello es necesario, lo que debe indagarse es el efecto que debe reconocerse a esa situación de transición jurídica o, dicho de otra manera, ¿cómo debe ser el trato que la Autoridad debe dispensar a quienes acuden a la justicia en un contexto histórico en el cual han seguido una directriz jurídica que luego resulta modificada por esa misma autoridad judicial?, ¿Habría lugar a predicar alguna protección a quien actuó amparado por un criterio jurisprudencial ya revaluado por el Juez al momento de desatar el litigio? o acaso el interés de actualizar y dinamizar el derecho impone hacer abstracción de esas situaciones jurídicas particulares que han caído en esa etapa de transición.

5.4.- Esta Sala considera que una razonable aproximación a esa problemática desde un enfoque basado en derechos impone asumir una premisa fundamental: las buenas razones que impulsan el progreso del pensamiento jurídico, por la vía del cambio de jurisprudencia, no justifican que a costa de tal evolución sea legítimo y proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. Así, aun cuando no existe un derecho subjetivo de persona alguna de impedir la evolución y cambio de las soluciones que provea el derecho de fuente jurisprudencial, sí es razonable demandar que tales mutaciones sean respetuosas de los derechos subjetivos de los justiciados

En ese orden, si bien es cierto que, por regla general, la jurisprudencia es la manifestación por excelencia de la actividad judicial, también lo es que su aplicación retrospectiva, acorde con la doctrina constitucional, debe ser excepcional, siempre que no se afecten Derechos Fundamentales; por ejemplo, la vida digna, en conexión, con el mínimo vital cualificado de quienes durante más de veinte (20) años vendieron al Estado su fuerza de trabajo, con el propósito de obtener una pensión bajo el régimen de transición que los cobijaba.

También se debieron garantizar las expectativas legítimas, basadas en la pacífica y uniforme jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado contenida

Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa.
Accionado: Colpensiones.
Decisión: salvamento de voto.

231

en la sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Y si a la variación de la jurisprudencia aplicada desde hacía casi una década, se le otorgarían efectos retrospectivos, a mi modo de ver, se debió garantizar el Debido Proceso y los derechos de contradicción y defensa de quienes tenían en curso sus procesos, pues son sujetos procesales determinados y determinables, a fin de que concurrieran a fijar sus criterios dentro del proceso No 52001-23-33-000-2012-00143-01 que, finalmente, les afectó sus expectativas legítimas.

De los señores magistrados,

Atentamente,



ANGEL HERNANDEZ CANO
MAGISTRADO