



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 24 de enero de 2019. 1

Acción:	Acción de revisión.
Radicación:	11001032500020150081700
No. Interno:	2988-2015.
Actor:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.
Demandado:	Omar Londoño Mira.
Asunto:	Los efectos fiscales de la reliquidación pensional en el caso bajo estudio deben reconocerse desde la fecha de retiro del servicio del trabajador y no a partir de la fecha de adquisición del status pensional.
Decisión:	Se declara fundada la acción de revisión.

I. Asunto.

1. La Sala procede a dictar sentencia dentro de la acción de revisión interpuesta¹ por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 10 de octubre de 2012 que confirmó el fallo del juzgado once administrativo del circuito de Medellín que ordenó reliquidar la pensión del señor Omar Londoño Mira en monto equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, con inclusión de todos los factores salariales devengados en esa anualidad, pago que se haría efectivo a partir del 2

¹ Acción presentada en fecha 30 de julio de 2015, tal como consta a folio 159 vto del cuaderno principal.

de marzo de 2004, fecha en que adquirió el status de pensionado. Así mismo, dispuso que de las sumas resultantes que deben pagarse, se descontara las mesadas pensionales ya canceladas.

Del recurso extraordinario de revisión².

2. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a través de apoderada judicial interpuso acción de revisión contra la sentencia indicada en párrafo precedente, para lo cual, invocó la causal contenida en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que a su tenor señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.

(...)

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) (...)

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables »

3. Como sustento de la causal invocada señaló que el Tribunal Administrativo de Antioquia no tuvo en cuenta que el pago de la pensión de vejez del señor Omar Londoño Mira debía efectuarse al retiro del servicio, es decir, el 2 de mayo de 2005 fecha a partir de la cual le fue aceptada la renuncia y no al momento de adquirir el status de pensionado, esto es, el día 2 de marzo de 2004, como quiera que para esta última aún se encontraba activo en el servicio oficial.

² Obra a folios 148 al 159 del cuaderno principal.

4. Indica que la citada corporación obró de manera correcta al ordenar la liquidación de la pensión del demandado con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio de conformidad con el Decreto 546 de 1971, pero erró al disponer su efectividad a la fecha de adquirir el status pensional y no al momento de retiro del servicio, razón por la que, considera que la sentencia cuestionada debe ser revisada en la medida que la cuantía reconocida excede lo debido de acuerdo con la ley.

Contestación del recurso extraordinario.

5. El señor Omar Londoño Mira por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda³ oponiéndose a las pretensiones de la misma al señalar que la cuantía del derecho reconocido no excedió lo debido, como quiera que se encuentra demostrado en el proceso que prestó sus servicios al Ministerio Público, a la Rama Judicial y, posteriormente, a la Fiscalía General de la Nación por un periodo superior a los 10 años, lo que lo hizo acreedor del régimen contenido en el Decreto 546 de 1971 por ser destinatario del régimen de transición.

6. Alega además, que una cosa es la cuantía de la pensión y otra muy distinta es la fecha de reconocimiento de la misma, por lo que, la acusación elevada por la UGPP no se encuadra en la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 para solicitar la revisión del reconocimiento pensional, en la medida que se acreditó los requisitos legales para el otorgamiento de la pensión bajo el régimen de los funcionarios de la rama judicial.

³ Ver folios 174 al 184 del cuaderno principal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

De la competencia.

7. La demanda en ejercicio de la acción de revisión que ocupa la atención de la Sala fue interpuesta el 30 de julio 2015, es decir, en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, motivo por el cual, esta Corporación es competente para conocerlo, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 249 *ibidem*⁴.

8. De igual manera, atendiendo el criterio de especialización, por tratarse de un asunto de carácter laboral, la Sección Segunda, en la Subsección a la que corresponda el reparto del proceso, es competente para conocer de la acción de revisión al tenor de lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003⁵.

Problema jurídico.

9. Corresponde a la Sala determinar si la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 10 de octubre de 2012 se encuentra inmersa en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003

⁴ «Artículo 249. *Competencia.*

(...)

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos.» (Resalta la Sala).

⁵ «Artículo 1. Distribución de negocios entre las secciones. El artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, por el cual se expidió el reglamento del Consejo de Estado, quedará así:

Artículo 13.- Distribución de los negocios entre las secciones.

Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)

Sección Segunda:

(...)

3-. El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos relacionados con la competencia de esta sección».

como causal de revisión invocada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, de manera que la Sala deberá establecer, si los efectos fiscales derivados del reconocimiento pensional efectuado a favor del señor Omar Londoño Mira rigen a partir del 2 de marzo de 2004, fecha en que adquirió el status pensional o por el contrario, a partir del 2 de mayo de 2005, fecha en que le fue aceptada la renuncia y por ende, se desvinculó del servicio público.

10. Con el objeto de presentar un análisis sistemático y coherente, la Sala abordará el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: 1. La causal de revisión invocada; 2. De la causación del derecho pensional y el disfrute de las mesadas pensionales. 3. Finalmente, resolver el caso concreto.

De la causal de revisión invocada.

11. La acción prevista en la Ley 797 de 2003, «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales», contempló la revisión del reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, en los siguientes términos:

«Artículo 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública. Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

- a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y
- b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.»⁶.

12. La acción de revisión constituye un instrumento judicial, cuyo ejercicio busca introducir una excepción a la cosa juzgada para reivindicar y defender un bien superior: la protección del patrimonio público, el cual es un bien sagrado de todos los colombianos que con el esfuerzo, trabajo y cumplimiento de nuestros deberes contribuimos a formarlo.

13. En la exposición de motivos que dio origen a la acción de revisión, se estableció que el propósito de consagrar las causales de revisión consistía en afrontar graves casos de corrupción en materia de reconocimiento pensional y evitar los perjuicios que por esa causa pudiese sufrir el erario. La siguiente fue la explicación que se adujo sobre ese particular:

«Artículos 20 y 21. Revisión y revocatoria de pensiones. Estos artículos contemplan la posibilidad de revisar las decisiones judiciales, las conciliaciones o las transacciones que han reconocido pensiones irregularmente o por montos que no corresponden a la ley. Así mismo, se contempla la posibilidad de revocar las pensiones irregularmente otorgadas. De esta manera, se permite afrontar los graves casos de corrupción en esta materia y evitar los grandes perjuicios que pueda sufrir la Nación⁷».

14. Es decir, la consagración de las causales contenidas para dicha acción especial tienen como intención primordial poder realizar un

⁶ Apartes tachados declarados inexecutable mediante Sentencia C- 835 de 2003. M.P.: Jaime Araujo Rentería, en tanto «[...] resulta lesiva del debido proceso (art. 29 C.P.), de la pronta y debida justicia (art. 229 C.P.) y del imperio del Estado Social de Derecho que a todos nos concierne observar y mantener (art. 1 C.P.), en la medida en que desborda y contradice el campo de acción que el artículo 89 superior le demarca al legislador, el cual, precisamente, le encomienda a éste la función de propugnar por la integridad del orden jurídico, que de suyo debe proteger los derechos de todas las personas frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.»

⁷https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/xpexm_10797003.htm#Art%C3%ADculos%2020%20y%2021

estudio de las pensiones reconocidas en forma contraria a la ley, de modo que, en últimas, se eviten perjuicios de carácter patrimonial al erario.

15. Dicha revisión no puede ser invocada por cualquier órgano estatal sino por el contrario, la legitimación en la causa para incoar dicha acción fue establecida de manera restrictiva en determinadas autoridades tales como: el Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación. Sin embargo, el numeral 6^o del artículo 6 del Decreto 5021 de 2009⁹ atribuyó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, la competencia para iniciar acciones de tal naturaleza.

De la causación del derecho pensional y el disfrute de las mesadas pensionales.

16. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en la ley, esto es, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas según sea el caso, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. En esa línea y de acuerdo a la normatividad aplicada al demandado para el reconocimiento y reliquidación pensional, se tiene que el artículo 15 del Decreto 546 de 1971, refiriéndose a la causación de la pensión dispuso lo siguiente:

«Las pensiones se causan desde que se han cumplido la edad y el tiempo de servicios, si son ordinarias o especiales; la edad, si son de vejez; o el diagnóstico de la invalidez, si son de esta clase. Cumplidos estos requisitos, se puede solicitar su reconocimiento en cualquier tiempo, aunque en los tres primeros casos el petitionerario se

⁸ «6. Adelantar o asumir, cuando haya lugar, las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 o normas que la adicionen o modifiquen».

⁹ «Por el cual se establece la estructura y organización de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP– y las funciones de sus dependencias».

halle en ejercicio del cargo: **pero su pago sólo se iniciará con el retiro del servicio, previos los reajustes a que haya lugar según lo dispuesto en este Decreto.** En todo caso o los créditos pensionales prescribirán cada tres años a partir de la fecha de su exigibilidad. Las pensiones de Jubilación y vejez son incompatibles con la remuneración de cualquier otro cargo oficial, salvo cuando el valor conjunto de una de aquellas y de ésta no exceda de \$ 3.000.00 mensuales, o cuando se trate de asignaciones o pensiones provenientes exclusivamente de cargos docentes...» Negrillas fuera de texto.

17. De conformidad con la **norma** antes citada, es pertinente diferenciar 2 circunstancias temporales planteadas en la misma, a saber: (i) la causación del derecho pensional y (ii) el disfrute de las mesadas pensionales.

18. La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y cotizaciones exigidos normativamente o tiempo de servicio según sea el caso; mientras que, para el segundo, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez o la desvinculación del servicio activo. En esa medida, el disfrute de la pensión está condicionado al retiro efectivo del empleo, lo cual no implica, que se vea frenada la posibilidad de que el beneficiario siga efectuando aportes voluntarios si pretende acrecentar el monto de la pensión.

19. En hilo de lo expuesto, se tiene que el momento en el que se causa el derecho pensional, por haberse cumplido con los requisitos mínimos para el efecto y el momento en el que se empieza a disfrutar del reconocimiento pensional, son dos eventos claramente diferenciables que acarrear consecuencias jurídicas diferentes. Así, las normas establecen que una vez causado el derecho pensional cesa la obligación de realizar cotizaciones, lo cual es facultativo del beneficiario, pues puede optar, pese a haber reunido los requisitos legales de edad y semanas cotizadas, por continuar realizando

aportes al Sistema General de Pensiones, caso en el cual queda diferido el derecho a disfrutar de las mesadas pensionales, puesto que para el efecto se requiere del retiro del servicio o la desafiliación del sistema, lo que necesariamente implica la no realización de aportes o cotizaciones.

20. En este sentido, la jurisprudencia constitucional¹⁰ ha señalado que pese a que la obligación de cotizar desaparece cuando se causa el derecho, esto es, cuando se cumplen los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, el disfrute de la pensión está condicionado "*al retiro efectivo del empleo*", lo cual no imposibilita que el beneficiario pueda seguir efectuando aportes voluntarios que le permitan aumentar el monto de la pensión u obtener una reliquidación con base en los últimos aportes realizados. Al respecto, indicó dicha Corporación que *«la obligación de realizar aportes cesa en el momento en que se cumplen los requisitos para acceder a una pensión mínima. No obstante, el disfrute de la pensión que sea reconocida queda supeditado al retiro del empleo y, en todo caso, se brinda a la trabajadora o el trabajador la posibilidad de continuar realizando aportes voluntarios que le permitirán aumentar el monto de su pensión bien si se trata del régimen de ahorro individual con solidaridad u obtener una reliquidación de su pensión con base en los últimos aportes, si la persona se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida.»*¹¹

Del caso concreto.

21. Es importante precisar, a efecto de resolver el problema jurídico planteado, que la UGPP acepta la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia en cuanto a la reliquidación pensional efectuada al demandado con fundamento en el Decreto 546 de 1971, es decir, «en

¹⁰ Sentencia T-705 de 2006, reiterada en la Sentencia T-280 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹ *Ibidem*

cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta como factores para la liquidación todo lo devengado¹²», de manera que, no discute o cuestionada aspecto alguno relacionado con el régimen aplicado, ni sobre la inclusión de los factores salariales tenidos en cuenta para la susodicha reliquidación pensional. Entonces, lo controvertido por el ente previsional se circunscribe a la fecha en que la sentencia cuestionada ordenó el pago efectivo de la reliquidación de la pensión del señor Omar Londoño Mira, al considerar que el aludido fallo no tuvo en cuenta que el pago de la prenotada prestación pensional por vejez debía efectuarse a partir del retiro del servicio de este, es decir, desde el 2 de mayo de 2005 y no a partir del momento de la adquisición del status pensional, valga decir, 2 de marzo de 2004.

22. Con fundamento en lo anterior, la Sala procede a examinar los actos administrativos que fueron demandados dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Omar Londoño Mira contra CAJANAL EICE, encontrando que como decisiones acusadas obraron las siguientes resoluciones: a) Resolución No 28064 del 7 de diciembre de 2004¹³, que reconoció y ordenó con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez; b) Resolución No 1025 del 13 de enero de 2006¹⁴, por la cual se reliquida una pensión de vejez por retiro definitivo del servicio y, c) la Resolución No 3269 del 26 de abril de 2006¹⁵ que desata el recurso de reposición y confirma el acto administrativo indicado en el literal b) de este párrafo.

¹² Ver folio 133 vto del cuaderno principal.

¹³ Ver folio 12 del cuaderno 1 de origen.

¹⁴ Ver folios 17 al 22 del cuaderno 1 de origen.

¹⁵ Ver folio 38 al 42 del cuaderno 1 de origen.

23. Pues bien, al analizar cada uno de los actos administrativos antes relacionados, se observa que en el primero de ellos, esto es, Resolución No 28064 del 7 de diciembre de 2004, le fue reconocida la pensión de vejez al señor Omar Londoño Mira en cuantía de \$847.459,36, efectiva a partir del 02 de marzo de 2004. Ciertamente, la resolución de reconocimiento pensional estableció que el derecho se haría efectivo a partir del 2 de marzo de 2004, fecha para la cual, el demandado aún se encontraba prestando sus servicios a la Fiscalía General de la Nación.

24. Sin embargo, para el disfrute de la pensión, era necesario que el beneficiario de la misma demostrara retiro definitivo del servicio, tal como quedó plasmado en el artículo primero de la referida resolución así: «ARTÍCULO PRIMERO. Reconocer y ordenar el pago a favor del(a) señor(a) LONDOÑO MIRA OMAR ya identificado(a) de una pensión mensual vitalicia por vejez, en cuantía de (847.459,38) OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON 36/100 M/CTE, efectiva a partir del 02 de marzo de 2004. **El peticionario debe demostrar retiro definitivo del servicio en los términos previstos en la ley para el disfrute de esta pensión.**» Negrillas fuera de texto.

25. En efecto, se observa que a folio 75 del cuaderno principal, reposa copia de la Resolución 0821 del 12 de abril de 2005, por medio de la cual, la secretaría general de la Fiscalía General de la Nación acepta la renuncia presentada por el señor Omar Londoño Mira del cargo de asistente de fiscal a partir del 2 de mayo de 2005. Precisamente, con ocasión del retiro del servicio del ente investigador, el accionado solicitó ante CAJANAL EICE en fecha 26 de julio de 2005 se reliquidara la pensión de vejez que le había sido reconocida mediante Resolución No 28064 del 7 de diciembre de 2004, por retiro definitivo. Fue así como el ente previsional mediante Resolución

001025 del 1 de enero de 2006¹⁶, resolvió reliquidar la pensión del señor Omar Londoño Mira, elevando la cuantía de la misma a la suma de (\$918.893,41), efectiva a partir del 02 de mayo de 2005¹⁷, decisión administrativa contra la cual, interpuso el recurso horizontal, siendo confirmada en todas sus partes, a través de la Resolución 3269 del 26 de abril de 2006.

26. Los anteriores actos administrativos fueron parcialmente demandados por el señor Omar Londoño Mira, pretendiendo se reliquidara su pensión de vejez teniendo en cuenta el equivalente al 75% del promedio de todos los factores que constituyen el salario más alto devengado durante el último año de servicio con inclusión de la prima de servicio, bonificación por servicio, prima de vacaciones y prima de navidad. En efecto, mediante sentencia de fecha 9 de agosto de 2010, el juzgado once administrativo del circuito de Medellín condenó a la Caja Nacional de Previsión Social a reliquidar la pensión de vejez del señor Omar Londoño Mira, en un porcentaje equivalente al 75% de la asignación mensual «más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta como factores para la liquidación todo lo devengado por el demandante, **pago que se hará efectivo a partir del 2 de marzo del año 2004**, fecha en que adquirió el status de pensionado¹⁸», providencia que fue confirmada en su integridad por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante proveído de fecha 10 de octubre de 2012.

27. Como se observa, si bien a través de la Resolución No 28064 del 7 de diciembre de 2004 le fue reconocido pensión de vejez al demandado a partir del 2 de marzo de 2004, lo cierto es que, el disfrute de la misma quedó condicionado a la probanza del retiro del servicio, lo cual ocurrió en fecha 2 de mayo de 2005, de manera que,

¹⁶ Ver folio 17 al 22 del cuaderno de origen.

¹⁷ Ver folios 83 al 85 del cuaderno principal.

¹⁸ Ver sentencia que reposa a folio 435 al 442 del cuaderno tercero de pruebas.

el pago de la reliquidación de la pensión de vejez del señor Omar Londoño Mira debía producirse a partir del 2 de mayo de 2005, encontrando la Sala que la sentencia cuestionada incurrió en el yerro de disponer el pago efectivo de la reliquidación pensional a partir del 2 de marzo de 2004, es decir, que para tal efecto, tuvo en cuenta la fecha en que aquel adquirió el status de pensionado y no la fecha en que se produjo el retiro efectivo del servicio como condición necesaria para el disfrute del derecho pensional reconocido.

28. En esa medida, la Sala encuentra a folios 146 y 147 del expediente constancia de pago emitida por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP en la cual se indica que a través de la Resolución 1278013 del 15 de marzo de 2013 con efectos fiscales a partir del 02/03/2004, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social dio cumplimiento a lo ordenado por los fallos cuestionados, observando que en el mes de julio de 2013 le fue pagado al demandado la suma de \$86.267.264,41 por concepto de la reliquidación pensional, encuadrándose tal proceder en la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, toda vez que la cuantía del derecho pensional reconocido excedió lo debido, en tanto que, el pago de la reliquidación de la pensión de vejez debía ordenarse a partir del 2 de mayo de 2005 y no desde el 2 de marzo de 2004, como quiera que para esta última fecha el accionado aún se encontraba en servicio activo en la Fiscalía General de la Nación, razón por la que no le era dable percibir pago alguno por concepto de mesada pensional.

29. Bajo las consideraciones anteriores, se hace necesario declarar fundada la acción de revisión respecto de la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y como consecuencia de ello, infirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 10 de octubre de 2012 que confirmó en su integridad el fallo del juzgado once

administrativo de Medellín de fecha 9 de agosto de 2010, el cual dispuso en su ordinal segundo de la parte resolutive condenar «a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL EICE" EN LIQUIDACIÓN, reliquidar y pagar la pensión de vejez al señor OMAR LONDOÑO MIRA, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores para la liquidación todo lo devengado por el demandante, **pago que se hará efectivo a partir del 2 de marzo del año 2004**, fecha en que adquirió el status de pensionado» y en su lugar, proceder a emitir la decisión de reemplazo de que trata el siguiente acápite.

Sentencia de reemplazo.

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y sus pretensiones¹⁹.

30. El señor Omar Londoño Mira por intermedio de apoderado, demandó la nulidad parcial de las resoluciones 28064 del 7 de diciembre de 2004 que le reconoció pensión mensual de vejez, acusando la misma pero solo respecto del monto de la mesada pensional reconocida; la Resolución 1025 del 13 de enero de 2006, mediante la cual CAJANAL reliquidó la mesada pensional del actor sin tener en cuenta los factores de salario más altos devengados en el último año de servicio y la Resolución 3269 del 26 de marzo de 2006, que confirmó en todas sus partes la decisión anterior. Así mismo, invocó como pretensión, a modo de restablecimiento del derecho, que se ordene al ente previsional reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el equivalente al 75% del promedio de todos los factores que constituyen el salario más alto devengado durante el último año de servicio, incluido prima de servicio, bonificación por servicio, prima de

¹⁹ Ver folios 2 al 8 y 83 al 88 del cuaderno segundo de pruebas.

vacaciones y prima de navidad, que se reajuste año por año el monto de las mesadas en el mismo porcentaje que corresponde al IPC y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

31. Como sustento fáctico de las anteriores pretensiones, el señor Omar Londoño manifestó haber laborado al servicio de la Procuraduría General de la Nación desde el 16 de marzo de 1983 al 9 de febrero de 1987; al servicio de la rama judicial desde el 10 de febrero de 1987 hasta el 7 de septiembre de 1994 y en la Fiscalía General de la Nación desde el 8 de septiembre de 1994 al 1 de mayo de 2005, siendo su último cargo ejercido el de asistente de fiscal I en la dirección seccional de fiscalías de Medellín. Así mismo, indicó que una vez cumplidos los requisitos, solicitó a CAJANAL el reconocimiento de la pensión de vejez la cual le fue reconocida mediante Resolución 28064 del 7 de diciembre de 2004, teniendo como base para la liquidación el 75% de lo devengado en los últimos 10 años y tomando como factores solo la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

32. Dado que el señor Londoño Mira continuó laborando, solicitó reliquidación de la mesada pensional en los términos de los Decretos 546 de 1971 y 1660 de 1978, procediendo el ente previsional mediante Resolución 1025 de 2006 a reliquidar la pensión por mayor tiempo de servicio, computando solo los factores señalados en el párrafo anterior, decisión contra la cual, interpuso recurso de reposición siendo confirmada la misma a través de la Resolución 3269 de 2006. Adujo igualmente que, al ser beneficiario del régimen de transición pensional, tiene derecho a que se le reliquide la pensión con fundamento en lo consagrado en el decreto 546 de 1971, es decir, con el 75% de la asignación más alta devengada en el último año de servicio.

Sentencia de primera instancia.

33. El juzgado once administrativo del circuito de Medellín, mediante sentencia proferida el 9 de agosto de 2010²⁰, accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual, señaló que «al demandante por haber laborado por más de 10 años en la rama jurisdiccional (incluida la Fiscalía General de la Nación) y el Ministerio Público, y ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le liquide la pensión de vejez de acuerdo con lo señalado en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, es decir, en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, en la cual, deben incluirse todos los factores reconocidos y pagados en el mes como retribución del servicio²¹». En consecuencia, el aludido fallo en el ordinal segundo de la parte resolutive dispuso lo siguiente: «**SEGUNDO: SE CONDENA a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL EICE" EN LIQUIDACIÓN, a reliquidar y pagar la pensión de vejez al señor OMAR LONDOÑO MIRA, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores para la liquidación todo lo devengado por el demandante, pago que se hará efectivo a partir del 2 de marzo del año 2004, fecha en que adquirió el status de pensionado²²**» Negrillas fuera de texto.

²⁰ Ver folios 435 al 442 del cuaderno segundo de pruebas.

²¹ Ver folio 441 del cuaderno segundo de pruebas.

²² Ver folio 442 del cuaderno de origen.

Del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del *aquo*.

La entidad previsional condenada adujo que la Ley 100 de 1993 incorporó al régimen general de pensiones a los servidores de la rama judicial beneficiarios el régimen de transición, de manera que, le es aplicable lo establecido en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 en cuanto a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, es decir, el 75% pero del promedio de lo devengado y aportado en el tiempo que le faltara para cumplir todos los requisitos, si fuera menor de 10 años, o todo el tiempo y actualizado, si fuera mayor. De igual manera, señaló que al pretender que se liquide la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales sin haber aportado sobre ellos, es buscar que el Estado responda por cotizaciones que jamás recibió lo que produciría un desequilibrio de las finanzas y detrimento patrimonial.

Por su parte, el demandante cuestionó el fallo de primera instancia, en tanto que el mismo no condenó en costas a CAJANAL, siendo que, a su juicio, la aplicación indebida del artículo 36 de la Ley 100 de 1996 se traduce en un actuar temerario a cargo del ente previsional.

Fallo de segunda instancia objeto de revisión.

34. La decisión de primera instancia fue conocida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, autoridad judicial que mediante proveído de fecha 10 de octubre de 2012, decidió confirmar la sentencia recurrida, para lo cual, señaló que tanto la parte actora como la entidad accionada reconocen que el demandante es beneficiario del régimen de transición, por lo que, se debe aplicar lo contenido en el Decreto 546 de 1971 y demás que lo complementen. En esa medida, indicó que «no resulta acertada la posición de la entidad demandada CAJANAL

respecto de la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante porque la prestación fue reconocida aplicando el régimen especial de los empleados de la rama judicial y por tanto, este debe ser el que rija la liquidación de la prestación incluyendo la asignación más alta devengada en el último año y como factores salariales todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios²³».

Del caso concreto.

35. El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si el pago de la reliquidación de la pensión de vejez del señor Omar Londoño Mira, debía efectuarse a partir del retiro del servicio de este, es decir, desde el 2 de mayo de 2005 fecha en que se produjo el retiro del servicio y no a partir del momento de la adquisición del status pensional, valga decir, 2 de marzo de 2004, por encontrarse para esta última fecha con vinculación laboral vigente en la Fiscalía General de la Nación.

36. De acuerdo con lo expuesto en el acápite denominado «de la causación del derecho pensional y el disfrute de las mesadas pensionales²⁴», la causación de la pensión se produce cuando el cotizante en el régimen de pensiones acredita el cumplimiento de los requisitos necesarios para constituirse como acreedor de la prestación pensional, es decir, cuando demuestra cumplir con la totalidad del tiempo de servicio o semanas cotizadas exigidas por el ordenamiento y la edad mínima requerida. Por su parte, el disfrute de la pensión, opera como consecuencia de la causación pero se encuentra condicionado al retiro o desafiliación efectiva del Sistema General de Pensiones.

²³ Ver folio 507 y vto del cuaderno de origen.

²⁴ Ver párrafos 16 al 20 de este proveído.

37. En el caso bajo estudio, el señor Omar Londoño Mira acreditó ante la Caja Nacional de Previsión Social EICE haber nacido el día 2 de marzo de 1949, contando para la fecha de solicitud de reconocimiento pensional elevada ante el ente previsional el día 11 de marzo de 2004, con 55 años de edad. Así mismo, documentó haber laborado un total de 7547 días, equivalentes a 20 años de servicio²⁵, de manera que, adquirió el status jurídico de pensionado el 2 de marzo de 2004. En efecto, se observa que mediante Resolución 28064 del 7 de diciembre de 2004, CAJANAL le reconoció pensión mensual de vejez en cuantía de \$847.459,38 efectiva a partir del 2 de marzo de 2004, condicionado su disfrute a la probanza del retiro definitivo del servicio.

38. Sin embargo, el solicitante después del reconocimiento pensional continuó laborando al servicio de la Fiscalía General de la Nación, entidad de la cual solo se desvinculó a partir del 2 de mayo de 2005, como quiera que mediante Resolución 0821 del 12 de abril de 2005 le fue aceptada la renuncia en el cargo de asistente de fiscal I de la dirección seccional de Medellín, de manera que, para la obtención del pago de la mesada pensional no basta con el cumplimiento de edad y tiempo de servicio, sino que se hace necesario que se produzca el retiro del servicio.

39. En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-705 de 2006²⁶, indicó que «El retiro de una persona del régimen del Sistema General de Pensiones –SGP- constituye una exigencia para el pago efectivo y el disfrute de la pensión legal que ha sido conferida a aquélla en virtud del cumplimiento de los requisitos de tiempo de semanas cotizadas y edad. Se reitera que la regla general es la afiliación al Sistema General de Pensiones y con el fin de acceder al disfrute de la pensión de vejez, las personas deben acreditar ante el

²⁵ Ver folios 12 al 16 del expediente de origen.

²⁶ Corte Constitucional; Sentencia T-705 de 22 de agosto de 2006; M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

organismo al cual se encuentren afiliadas, su retiro o desafiliación del Sistema General de Pensiones – SGP-»

40. De acuerdo con el anterior contexto, encuentra la Sala que la sentencia del 9 de agosto de 2010 emanada del juzgado once administrativo del circuito de Medellín, que resolvió las pretensiones de reliquidación pensional impetrada por el señor Omar Londoño Mira dispuso en el ordinal segundo de la parte resolutive condenar «a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL EICE” EN LIQUIDACIÓN, a reliquidar y pagar la pensión de vejez al señor OMAR LONDOÑO MIRA, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores para la liquidación todo lo devengado por el demandante, **pago que se hará efectivo a partir del 2 de marzo del año 2004**, fecha en que adquirió el status de pensionado²⁷», decisión que fue confirmada en su totalidad por el Tribunal Administrativo de Antioquia, pasando por alto la referida corporación, que el disfrute de la mesada pensional se produjo solo hasta el 2 de mayo de 2005, puesto que, si bien le había sido reconocido el derecho pensional con fecha de efectividad 2 de marzo de 2004- adquisición del status-, el titular del derecho prestacional continuó laborando como asistente de fiscal I en la Fiscalía General de la Nación hasta el 1 de mayo de 2005, por lo que, el pago de la reliquidación pensional debió ser ordenada a partir del 2 de mayo de 2005.

41. Conforme las razones que anteceden, se hace necesario revocar la sentencia de fecha 10 de octubre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que dispuso confirmar en su totalidad el fallo del 9 de agosto de 2010 del juzgado once administrativo de Medellín y en su lugar, modificar el ordinal segundo de la sentencia de

²⁷ Ver folio 442 del cuaderno de origen.

primera instancia, el cual quedará de la siguiente manera: «SEGUNDO: SE CONDENA a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL EICE" EN LIQUIDACIÓN, a reliquidar y pagar la pensión de vejez al señor OMAR LONDOÑO MIRA, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores para la liquidación todo lo devengado por el demandante, **pago que se hará efectivo a partir del 2 de mayo del año 2005**, fecha en que se produjo el retiro del servicio de la Fiscalía General de la Nación.

42. No obstante, en el evento de que en cumplimiento de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la Caja Nacional de Previsión Social o la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social hubieran pagado la reliquidación de la pensión de vejez al señor Omar Londoño Mira con efectividad a partir del 2 de marzo de 2004 y no desde el 2 de mayo de 2005, no se dispondrá el reintegro de los mayores valores recibidas por parte del pensionado, comoquiera que tales sumas fueron percibidas de buena fe, en el entendido que fueron el producto de una decisión judicial, razón por la cual se debe aplicar lo dispuesto en la parte final del artículo 164²⁸, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁹.

²⁸ «Artículo 164. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe...»

²⁹ Esta postura jurisprudencial fue aplicada por esta subsección en sentencia proferida en fecha 16 de agosto de 2018 dentro de la acción de revisión bajo radicación No 11001032500020140023800 (0704-2014), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez e igualmente, en la sentencia de fecha 15 de julio de 2018 emitida por la subsección A que resolvió la acción de revisión con radicación 11001-03-25-000-2013-00124-00(0279-13)M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

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

FALLA.

PRIMERO. DECLÁRAR FUNDADA la acción de revisión presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social por la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 10 de octubre de 2012 que dispuso confirmar en su totalidad el fallo del 9 de agosto de 2010 del juzgado once administrativo del circuito de Medellín.

SEGUNDO. INFIRMAR la sentencia de fecha 10 de octubre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. En consecuencia se dispone **MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedará de la siguiente manera:

SEGUNDO: SE CONDENA a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL EICE" EN LIQUIDACIÓN, a reliquidar y pagar la pensión de vejez al señor OMAR LONDOÑO MIRA, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores para la liquidación todo lo devengado por el demandante, **pago que se hará efectivo a partir del 2 de mayo del año 2005**, fecha en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

TERCERO. En el evento que la Caja Nacional de Previsión Social o la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social hayan pagado la reliquidación de la pensión de vejez al señor Omar Londoño Mira con efectividad a

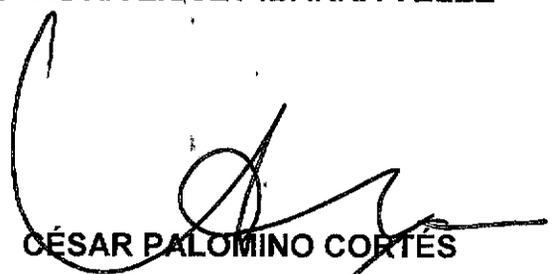
partir del 2 de marzo de 2004 y no desde el 2 de mayo de 2005, no se dispondrá el reintegro de los mayores valores recibidas por parte del pensionado, comoquiera que tales sumas fueron percibidas de buena fe, en el entendido que fueron el producto de una decisión judicial, razón por la cual se debe aplicar lo dispuesto en la parte final del artículo 164, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO. Devolver al tribunal de origen el expediente No 05001333101120070025, que fue enviado en calidad de préstamo a esta Corporación. Cumplido lo anterior, archivar el expediente.

Notifíquese y cúmplase.



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CÉSAR PALOMINO CORTÉS



CARMELO PERDOMO CUÉTER

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24