



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Bogotá, D. C., trece (13) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Acción especial de revisión
Radicación: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)¹
Demandado: Elizabeth Peña Mosquera
Tema: Causales de revisión literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Decide la Sala la acción de revisión interpuesta por la UGPP contra la sentencia proferida el 5 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo del Chocó, por medio de la cual se confirmó de manera parcial el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó el 26 de febrero de 2016, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por Elizabeth Peña Mosquera contra ese ente de previsión social

1. Antecedentes

1.1. La acción especial de revisión

1.1.1. Las pretensiones

La UGPP solicitó, en ejercicio de la acción de revisión establecida en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, la revisión de la sentencia proferida el 5 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo del Chocó, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 27001-33-33-001-2015-00353-01, que confirmó parcialmente el fallo dictado por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó el 26 de febrero de 2016, por medio del cual se accedió a las

¹ En lo que sigue UGPP.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

pretensiones de la demanda presentada por Elizabeth Peña Mosquera contra la UGPP, encaminadas a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como consecuencia de lo anterior solicitó: i) revocar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó el 5 de abril de 2018; ii) declarar que Elizabeth Peña Mosquera no tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de todos los emolumentos salariales percibidos en el último año de servicios; iii) ordenar la reliquidación de la prestación con una base de liquidación con fundamento en lo previsto en los artículos 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda, y los factores de salario objeto de cotización de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1158 de 1994; y iv) devolver valores recibidos en exceso producto de lo decidido por los jueces de instancia.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Como hechos relevantes, se señalaron los siguientes:

- Elizabeth Peña Mosquera nació el 17 de febrero de 1949 y prestó sus servicios al departamento del Chocó como auxiliar de servicios generales desde el 10 de septiembre de 1975 hasta el 30 de enero de 2010.
- Por medio de la Resolución 8222 del 23 de febrero de 2006, la extinta Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal)² le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación.
- A través de la Resolución 41716 del 22 de agosto de 2006, Cajanal le reconoció la pensión de jubilación en consideración al 75% del promedio de lo devengado en los 10 últimos años, en cuantía de \$358.000, a partir del 1º de julio de 2004. No obstante, el disfrute de la prestación quedó condicionado al retiro definitivo del servicio.
- Por medio de las Resoluciones UGM 34135 del 21 de febrero de 2012 y RDP 35778 del 1º de septiembre de 2015, expedidas por Cajanal y la UGPP, respectivamente, se le negó la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.
- En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la UGPP con el fin de que se declarara la nulidad del acto

² En lo que sigue Cajanal.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

ficto o presunto producto de la omisión de respuesta a la petición presentada el 23 de abril de 2015 y en consecuencia se ordenara la reliquidación de su pensión de jubilación con base en el 75% de todos los factores salariales que percibió en el último año de servicios. Este asunto correspondió al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, quien por medio de la sentencia del 26 de febrero de 2016 accedió a las pretensiones, para lo cual resolvió:

«**PRIMERO:** DECLÁRESE probada la excepción de prescripción de las diferencias entre las mesadas pensionales reconocidas y las que se debieron reconocer, causadas con anterioridad al 23 de abril de 2012, fecha en la que se presentó la solicitud de reliquidación pensional a la UGPP.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del acto ficto o presunto de fecha 23 de abril de 2015, por medio del cual la UGPP, niega el reconocimiento y pago de la reliquidación de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora ELIZABETH PEÑA MOSQUERA.

TERCERO: CONDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, reliquidar la pensión de jubilación a favor de la demandante ELIZABETH PEÑA MOSQUERA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.256.845 de Quibdó, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual devengado durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, teniendo en cuenta como factores salariales además de sueldo básico Prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, bonificación por servicios, y prima de navidad³.

CUARTO: CONDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, a pagar a la demandante, ELIZABETH PEÑA MOSQUERA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.256.845 de Quibdó, los mayores valores no pagados, resultante de la diferencia entre las mesadas pensionales de la reliquidación y las mesadas pensionales reconocidas y pagadas desde la causación del derecho pensional, hasta la fecha en la que se realice el pago regular de la pensión reliquidada.

Las sumas reconocidas serán indexadas desde la causación del derecho hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, que le corresponde al demandante en calidad de pensionado y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF a partir de su ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

QUINTO: La UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, si al reliquidar la pensión, cuya orden se impone en esta providencia, encuentra que en virtud de la misma se deben incluir factores salariales sobre los cuales el demandante no realizó los respectivos aportes que por ley le correspondían, deberá liquidar éstos sobre los mencionados factores salariales abarcando todo lo devengado por dichos factores

³ «Las sumas de pago mensual, se tendrá en cuenta el valor mensual y las de pago anual la correspondiente doceava (1/12)».



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

durante la vigencia de la relación laboral, sumas estas que se descontarán del retroactivo pensional a pagar y/o de las mesadas pensionales a pagar a futuro, hasta que se complete el monto debido; sin que el descuento mensual supere la quinta parte de la mesada pensional.

(...))».

- Inconforme con lo decidido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó en el fallo del 26 de febrero de 2016, la UGPP interpuso recurso de apelación en su contra, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo del Chocó mediante sentencia del 5 de abril de 2018, en la que se confirmó de forma parcial la providencia recurrida.

- En cumplimiento de lo resuelto por los jueces de instancia, la UGPP expidió la Resolución RDP 44554 del 20 de noviembre de 2018, por la cual reliquidó la pensión a favor de Elizabeth Peña Mosquera y en consecuencia se aumentó la cuantía de la prestación a la suma de \$1.066.889, efectiva a partir del 1º de febrero de 2010, pero con efectos fiscales, por prescripción, desde el 23 de abril de 2012.

1.1.3. La sentencia objeto de revisión⁴

El Tribunal Administrativo del Chocó mediante sentencia proferida el 5 de abril de 2018 confirmó de manera parcial la providencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó en el fallo del 26 de febrero de 2016, que accedió a las súplicas de la demanda, pues excluyó de la reliquidación pensional el auxilio de transporte.

Para tal efecto, se pronunció en estos términos⁵:

- Elizabeth Peña Mosquera es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, puede acceder al beneficio pensional de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio.

- Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010⁶, la «Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que

⁴ Proceso adelantado bajo las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

⁵ Folios 147 a 157.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 25000 23 25 000 2006 07509 01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios», de modo que la liquidación del monto de la pensión se debe establecer con el 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicios bajo el entendido que son factores de salario aquellas sumas que percibe el servidor de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

- El auxilio de transporte no fue percibido en el último año laborado, por lo tanto, es improcedente su inclusión para la reliquidación pensional. En este sentido se modificó el fallo de primera instancia.

1.2. Las causales de revisión invocadas

La entidad recurrente invocó las causales previstas en los literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003⁷, para lo cual expuso los siguientes argumentos⁸:

- La orden judicial se obtuvo con vulneración al debido proceso, en tanto la reliquidación de la pensión de jubilación de la causante en los términos ordenados desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación (IBL)⁹ debían ser tenidas en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda, y los factores taxativos del Decreto 1158 de 1994 objeto de cotización.

- Se configura la causal contenida en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la cuantía del derecho reconocido excede lo debido de acuerdo con la ley, al haberse accedido a la reliquidación de una pensión de jubilación en contravía de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁷ «Artículo 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública. <apartes tachados inexecutable> Las providencias judiciales que ~~en cualquier tiempo~~ 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 ~~en cualquier tiempo~~ 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.»

⁸ Folios 1 a 8.

⁹ En lo que sigue IBL.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

- Se causó una grave afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que se aumentó la mesada pensional de Elizabeth Peña Mosquera en un 122.15% sin que exista justificación legal o jurisprudencial para ello.

1.3. Contestación a la acción especial de revisión

Elizabeth Peña Mosquera no se pronunció en la instancia procesal.

1.4. El Ministerio Público

El procurador segundo delegado ante el Consejo de Estado no rindió concepto.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

Esta corporación es competente para conocer de la acción especial de revisión en virtud de lo dispuesto en los artículos 20, inciso 1º, de la Ley 797 de 2003 y 249, inciso 2, del CPACA¹⁰.

Además, según lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 12 de marzo de 2019¹¹, por tratarse de un asunto de carácter laboral, la Sección Segunda es competente para conocer de la acción especial de revisión.

2.2. Oportunidad

El recurso extraordinario de revisión fue interpuesto oportunamente, el 11 de abril de 2019¹², pues la sentencia recurrida que se dictó el 5 de abril de 2018 quedó ejecutoriada el 18 de ese mes y año¹³; y conforme con el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia de la Corte Constitucional SU-114 de 2018, en el caso de las causales del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 o en las situaciones contrarias a la ley por fraude o abuso del derecho, la UGPP tiene legitimación para interponer este medio extraordinario en un término de «cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial».

¹⁰ «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).

¹¹ «Por medio del cual se expide el reglamento interno del Consejo de Estado».

¹² Folio 8 vuelto.

¹³ De conformidad con el certificado expedido por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Quibdó el 8 de agosto de 2018, folio 112.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

2.3. Los problemas jurídicos

Se circunscriben a establecer lo siguiente: i) ¿la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó se profirió con vulneración al debido proceso y en consecuencia está inmersa en la causal de revisión establecida en el literal a) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003? y ii) ¿la cuantía del derecho reconocido excede lo debido de acuerdo con la ley, al haberse accedido a la reliquidación de una pensión de jubilación en contravía de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, se configuran los supuestos del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003?

2.4. Marco normativo

2.4.1. Sobre la acción especial de revisión

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20¹⁴ de la Ley 797 de 2003¹⁵ las providencias judiciales que hubiesen decretado el reconocimiento de sumas periódicas a cargo del erario o de fondos de naturaleza pública pueden ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias.

En tal sentido, el legislador dispuso la posibilidad de revisar las sentencias que reconocen sumas periódicas cuando i) el reconocimiento se haya obtenido con violación del debido proceso, o ii) la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención.

¹⁴ «Artículo 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Las providencias judiciales que en cualquier tiempo 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 en cualquier tiempo 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».

¹⁵ «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».



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación, en torno a la causal de revisión del literal a) de la norma analizada, ha señalado que esta se configura cuando «el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso», la Sala precisa que es necesario que se exponga la vulneración del derecho al debido proceso en relación con los núcleos esenciales que lo componen¹⁶.

Ahora bien, esta corporación ha precisado que, si bien la Ley 797 de 2003 indica que la acción especial de revisión debe tramitarse a través del procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión, regulado por la Ley 1437 de 2011, «lo cierto es que presenta aspectos que lo particularizan». En tal sentido, se han definido los siguientes¹⁷:

«i) Son susceptibles del recurso no solo sentencias ejecutoriadas, sino también otro tipo de providencias que tengan como efecto el reconocimiento de una prestación, ellas pueden ser autos que terminan anormalmente el proceso y aquellos actos que sean consecuencia de acuerdos, tales como transacción y conciliación.

ii) Están legitimadas para su interposición el gobierno Nacional, 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 y las entidades que realizan el reconocimiento de pensiones.

iii) Respecto de su alcance la jurisprudencia advirtió que no se extiende a reabrir el debate probatorio, sino que se trata de revisar el valor de las pensiones reconocidas en contra de lo ordenado por la ley, con el propósito de salvaguardar el equilibrio entre la prestación y su legalidad, además de velar por la protección de los recursos limitados del tesoro público, la liquidez, solvencia y sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, así como el principio de universalidad que lo inspira.

iv) De esta manera, no se trata de una tercera instancia que admita reabrir el debate sobre el derecho a una prestación, pues su marco se encuentra circunscrito a revisar los aspectos concernientes al reconocimiento del derecho (literal a) y a la liquidación de aquel (literal b), cuando se concedió con vulneración del debido proceso o de la ley, o en un valor mayor al que corresponde.

v) Igualmente, se entienden excluidos de su alcance los asuntos relativos al reconocimiento de prestaciones periódicas inferiores a las que se deben de acuerdo con las normas que rigen la materia.

Con todo, conviene recordar que el ejercicio de esta clase de recursos entra en colisión con la institución de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero, precisamente, estos mecanismos se instituyeron como una excepción que debe admitirse frente a un fin

¹⁶ Consejo de Estado, Sala 22 Especial de Decisión; sentencia de 5 de febrero de 2019, radicado 11001 03 15 000 2018 01884 00.

¹⁷ Entre otros, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 3 de junio de 2021, radicado 11001 03 25 000 2018 01681 00 (5733-2018), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; y del 8 de octubre de 2020, radicado 11001-03-25-000-2017-00530-00 (2462-2017), M.P. William Hernández Gómez.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

legítimo, el cual es determinar si el reconocimiento pensional se hizo con violación al debido proceso o si la cuantía reconocida excede lo ordenado por la ley».

Lo anterior guarda armonía con la finalidad de la norma, esto es, que «las entidades públicas pagadoras de pensiones y a los entes de control, [tengan] una herramienta judicial para solicitar la corrección de los reconocimientos pensionales que se encuadren en dichas causales»¹⁸.

Como corolario, debe decirse que el objeto de la norma analizada «consistió en incluir causales cualificadas de revisión, con el propósito primordial de realizar un estudio de las pensiones reconocidas en forma contraria a la ley, de modo que, en últimas, se eviten perjuicios de carácter patrimonial al erario»¹⁹.

2.4.2. En torno al ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen previsto en la Ley 33 de 1985

La Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018²⁰, fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para los beneficiarios de la Ley 33 de 1985:

«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».

La razón jurídica que sustenta la regla de interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios del régimen de transición, es que «una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma».

En efecto, a juicio de la sala plena, el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y otorgó efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de estos para sus afiliados y que estaban próximos a adquirir el derecho pensional. «Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión». Esto señaló la Sala:

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Cuarta Especial de Decisión, sentencia del 5 de diciembre de 2017, radicado 11001-03-15-000-2017-01529-00 (REV), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; sentencia del 21 de junio de 2018, radicado 11001-03-25-000-2014-00845-00(2743-13), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, entre otras.

²⁰ Expediente 4403-2013, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

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

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

Además, la corporación estableció dos subreglas. **La primera** se refiere al **periodo** para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

«(...)

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

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

(...)».

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». Esta subregla se sustentó en los siguientes argumentos:

«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,



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

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 (...).

De acuerdo con la regla y subreglas del precedente analizado, el IBL para quienes son beneficiarios de la transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o el del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de «edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985».

Así las cosas, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, como instrumento de garantía de expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a pensionarse al momento de su entrada en vigencia, **solo protegió de la norma anterior** los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, y tasa de retorno; pues, el IBL en sus componentes periodo y factores, son definidos a partir de las disposiciones de aquella normativa y sus reglamentos.

Las reglas señaladas en esta decisión se constituyen en un precedente vinculante y obligatorio²¹ en la resolución de «(...) 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» tal y como se dispuso en la decisión.

2.5. Caso concreto

En consideración a los supuestos en que se funda la acción especial de revisión, la Sala advierte lo siguiente:

²¹ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: «(...) sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones (...).



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

En relación con la causal de revisión establecida en el **literal a)** del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, esto es, cuando «el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso», la Sala reitera que es necesario que se exponga la vulneración a este derecho en relación con los núcleos esenciales que lo componen.

Así se indicó en la sentencia proferida el 5 de febrero de 2019 por la Sala 22 Especial de Decisión²² según la cual de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, el derecho fundamental aludido comprende los siguientes tres elementos: «i) (e)l derecho al juez natural o funcionario competente; ii) (e)l derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa; y iii) (l)as garantías de audiencia y defensa, que, desde luego, incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que se produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de non bis in ídem».

En tal sentido, se advierte que los argumentos del recurrente se dirigen a cuestionar el porcentaje del IBL reconocido y los factores tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación reconocida a Elizabeth Peña Mosquera, sin hacer manifestación alguna en relación con la vulneración de los elementos que componen el derecho fundamental al debido proceso; por lo tanto, el examen del recurso se debe realizar en el marco de la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Ahora, en torno a esa causal de revisión, esto es, la del **literal b)** de la norma en que se funda la acción, la Sala encuentra que el Tribunal Administrativo del Chocó profirió la decisión objeto de revisión con sustento en la posición jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010²³ según la cual, la expresión «monto», contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, comprendía «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».

Al respecto, el ente de previsión recurrente sostiene que la Corte Constitucional de tiempo atrás ha fijado reglas según las cuales el IBL no hace parte del régimen de transición. En efecto, dicha regla fue decantada por la Corte Constitucional a partir

²² Consejo de Estado, Sala 22 Especial de Decisión; sentencia de 5 de febrero de 2019, radicado 11001 03 15 000 2018 01884 00.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de agosto de 2010, radicado 25000 23 25 000 2006 07509 01 (0112-09).



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

del año 2013 con la sentencia C-258 de manera específica para el caso de las pensiones de los congresistas y altos dignatarios del Estado.

Empero, si bien el Consejo de Estado y la Corte Constitucional realizaron interpretaciones diferentes del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en punto del IBL aplicable a las personas beneficiarias del régimen de transición allí previsto, la Sala considera que la sentencia del Tribunal Administrativo del Chocó el 5 de abril de 2018 no fue caprichosa y, por el contrario, respetó los derroteros jurisprudenciales que para la época había trazado el Consejo de Estado como máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo y órgano de cierre de la jurisdicción.

Lo anterior es así, toda vez que para concluir que el IBL también hacía parte del régimen de transición se fundamentó en la referida sentencia del 4 de agosto de 2010 que señaló que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho», en especial, cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación; de manera que fue respetuosa de la tesis jurisprudencial que había decantado la Sección Segunda del Consejo de Estado para la época.

En efecto, el criterio del Consejo de Estado únicamente se modificó con la expedición de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, por lo que es claro que para la época en que se expidió la sentencia recurrida (5 de abril de 2018), la posición era que las pensiones de los servidores públicos debían liquidarse teniendo en cuenta todos los factores constitutivos de salario, bajo la consideración de que la aplicación del régimen de transición debía respetar el principio de la inescindibilidad de la norma.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo del Chocó, ordenó que la pensión de jubilación de Elizabeth Peña Mosquera se reliquidara con la inclusión de los siguientes factores: asignación básica, bonificación por servicios y las primas de alimentación, de servicios y de navidad. En relación con lo anterior, se advierte que el Tribunal siguió la línea jurisprudencial fijada en la aludida sentencia del 4 de agosto de 2010, que en lo particular dispuso:

«De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

(...)

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.» [Negrillas del original].

En virtud de lo anterior, se encuentra que en el expediente administrativo obran certificaciones del 20 de marzo de 2015²⁴ y 26 de octubre de 2018²⁵, expedidas por la directora y la líder de talento humano de la Gobernación del Chocó, respectivamente, según las cuales, Elizabeth Peña Mosquera devengó en el último año de servicios los siguientes factores: asignación básica, bonificación por servicios y las primas de alimentación, de servicios y de navidad.

Ahora bien, la Sala encuentra acreditado que:

- Elizabeth Peña Mosquera nació el 17 de febrero de 1949²⁶ y laboró al servicio del departamento del Chocó, Secretaría de Educación, entre el 10 de septiembre de 1975 y el 31 de enero de 2010, cuando le fue aceptada su renuncia a través de la Resolución 29 del 28 de enero de 2010²⁷, periodo en el que ocupó el cargo de auxiliar de servicios generales²⁸.

- Mediante la Resolución 41716 del 22 de agosto de 2006²⁹, expedida por la asesora de la gerencia general (e) del grupo de servidores públicos de Cajanal, se le reconoció la pensión de jubilación en cuantía equivalente a \$358.000, efectiva a

²⁴ Folios 250 a 252.

²⁵ Folios 170 vuelto a 172.

²⁶ De conformidad con la cédula de ciudadanía, folios 70 vuelto y 204 vuelto.

²⁷ Folio 87.

²⁸ Según los formatos únicos para la expedición de certificado de historia laboral del 3 de agosto de 2010 y del 6 de mayo de 2011, expedidos por el director administrativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), folios 95 vuelto y 96 y 103 vuelto y 104, respectivamente, y la certificación de información laboral del 20 de marzo de 2015, suscrita por la directora de talento humano de la Gobernación del Chocó, folio 254.

²⁹ Folios 79 a 81.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

partir del 1º de julio de 2004. No obstante, el disfrute de la prestación quedó condicionado al retiro definitivo del servicio.

- Por medio de las Resoluciones UGM 34135 del 21 de febrero de 2012³⁰ y RDP 35778 del 1º de septiembre de 2015³¹, expedidas por el liquidador de Cajanal y la subdirectora de determinación de derechos pensionales de la UGPP, respectivamente, se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios.

- Mediante la Resolución RDP 44554 del 20 de noviembre de 2018³², proferida en cumplimiento del fallo objeto de revisión, la UGPP reliquidó la pensión de jubilación y como consecuencia el monto de la mesada pensional aumentó a \$1.066.889, efectiva a partir del 1º de febrero de 2010, pero con efectos fiscales desde el 23 de abril de 2010 por prescripción. Al efecto incluyó los siguientes factores: asignación básica, bonificación por servicios y las primas de alimentación, de servicios, de navidad y de vacaciones.

Visto lo anterior, se tiene que la diferencia que resulta entre el valor que Elizabeth Peña Mosquera recibía antes de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (\$358.000) y la reliquidación efectuada en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal Administrativo del Chocó (\$1.066.889) corresponde a la suma de \$708.889.

Adicional, se encuentra acreditado que Elizabeth Peña Mosquera laboró al servicio del departamento del Chocó, Secretaría de Educación, por más de 20 años, periodo en el que se desempeñó como auxiliar de servicios generales.

Asimismo, se observa que en el artículo octavo del acto administrativo que dio cumplimiento a la sentencia se dispuso el descuento por aportes sobre los conceptos incluidos en la reliquidación y que no se hubieran realizado.

Finalmente, se advierte que la mesada pensional que Elizabeth Peña Mosquera percibía aumentó debido a que en sede administrativa no fue reliquidada por retiro del servicio, el cual ocurrió en el 2010, y la prestación se reconoció en el 2006. Asimismo, que si bien en la Resolución RDP 44554 del 20 de noviembre de 2018 se ordenó la inclusión, entre otros, de la prima de vacaciones, lo cierto es que esta no fue ordenada por el Tribunal Administrativo del Chocó, razón por la cual no existe ningún reproche que sea endilgable a la sentencia revisada.

³⁰ Folios 107 vuelto y 108.

³¹ Folios 220 y 221.

³² Folios 161 vuelto a 164.



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

Así las cosas, la reliquidación efectuada en virtud del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, sobre la pensión de jubilación reconocida a Elizabeth Peña Mosquera, no evidencia un incremento desproporcionado o que no guarde relación con su trayectoria laboral. Por lo que, concluye la Sala, la situación en estudio no es de aquellas que puedan ser consideradas como un abuso del derecho o fraude a la ley.

En consecuencia, la liquidación de la pensión de Elizabeth Peña Mosquera no excedió lo debido de acuerdo con la ley, pues se demostró que i) es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 30 de junio de 1995³³ contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 17 de febrero de 1949, y más de 15 años de servicio en tanto inició labores ininterrumpidas el 10 de septiembre de 1975; ii) demostró que completó más de 20 años de servicios; y iii) durante el último año percibió los factores respecto de los cuales el tribunal ordenó la reliquidación de la pensión.

Finalmente, valga precisar que en la sentencia del 28 de agosto de 2018³⁴ la Sala Plena del Consejo de Estado precisó que las referidas reglas de unificación serían obligatorias para los casos en discusión en sede administrativa y judicial, por lo que resultan inmodificables aquellas decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada, en garantía del principio de seguridad jurídica, pues «(n)o puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada».

Bajo tal panorama, la Sala concluye que la sentencia del 5 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó no incurrió en las causales de revisión previstas en los literales a) y b) de la Ley 797 de 2003 y, por lo tanto, se declarará infundada la acción de revisión interpuesta por la UGPP.

2.6. Costas

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no se dispondrá sobre la condena en costas por la naturaleza del asunto.

³³ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los empleados del orden territorial.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, expediente 52001 23 33 000 2012 00143 01 (IJ).



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00344-00 (2224-2019)
Demandante: UGPP

3. Conclusión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala encuentra que no se acreditó la configuración de las causales invocadas, esto es, las señaladas en los literales a) y b) del artículo 20 de la ley 797 de 2003.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. Declarar infundada la acción especial de revisión que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) presentó contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 5 de abril de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

Segundo. Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Firmado Electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Firmado Electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.