



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, octubre veintiséis (26) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Luz Marina Rivera Rodríguez**
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
Expediente: 15001-33-33-006-2016-00072-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida el **24 de abril de 2017** por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por **Luz Marina Rivera Rodríguez**.

I. ANTECEDENTES

- **Demanda y subsanación (f. 2-12 y 61-72):**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **Luz Marina Rivera Rodríguez**, a través de apoderada judicial, pidió declarar:

- * La nulidad parcial de la **Resolución No. RDP 012840 de 15 de marzo de 2013**, expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez (f. 13-14 vto.)
- * La nulidad de la **Resolución No. RDP 001503 de 16 de enero de 2015**, expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, por la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez (f. 15-21)
- * La nulidad de la **Resolución No. RDP 012585 de 30 de marzo de 2015**, expedida por el Director de Pensiones de la UGPP, por al cual se resolvió un recurso de apelación contra la Resolución No. RDP 001503 de 16 de enero de 2015 (f. 23-25),

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- * Se pague la pensión de jubilación sobre lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales, a partir del 1 de diciembre de 2012.
- * Se realicen los ajustes pensionales y diferencias de las mesadas reconocidas y reliquidadas.
- * Se hagan los ajustes de valor conforme al IPC de las diferencias dejadas de reliquidar desde el 1 de diciembre de 2012.
- * Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Como normas violadas señaló el preámbulo, los artículos 20, 60, 13, 250, 29, 53 y 580 de la Constitución Política; inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 163 y ss. c.2)

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, declaró no probada la excepción propuesta, accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la entidad accionada, por las siguientes razones:

Contrajo el problema jurídico a determinar si la demandante tiene derecho a que su pensión sea reliquidada con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último de prestación del servicio.

Se refirió al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; indicó que existen dos tesis sobre su aplicación: i) La tesis contenida en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, en las cuales se establecieron unos parámetros de interpretación que consiste en la no aplicación ultractiva del IBL y, ii) El criterio del Consejo de Estado, conforme al cual los beneficiarios del régimen de transición, tienen derecho a que se reliquide la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales que haya recibido el trabajador en forma habitual, dado que éste cobija, de forma inescindible, la edad, el tiempo de servicios, el monto de la pensión y la base salarial de la liquidación. Citó las sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes número 2729 y 470; la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, número interno 0112-09; la sentencia de 2 de julio de 2015, radicación número 25000-23-42-000-2013-04281-01.

Manifestó acogerse a la segunda posición, en tanto, los jueces deben seguir el precedente del superior funcional de su respectiva jurisdicción, además, porque la sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional dio a la sentencia C-258 de 2013 un alcance que ésta nunca otorgó. Por lo anterior, se acogió al precedente establecido en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 expedida por el Consejo de Estado. Al respecto, trajo en cita jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción Contencioso Administrativa y la Corte Constitucional.

Descendiendo al caso concreto, sostuvo que la demandante cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, a su entrada en vigencia, tenía 15 años, 1 mes y 18 días de servicio y 36 años y 4 meses de edad; por tanto, deben aplicarse las Leyes 33 y 62 de 1985.

Señaló que la actora laboró desde el 12 de febrero de 1979 y el 6 de enero de 2005 y adquirió el status el 1 de diciembre de 2012; que, en el último año de servicios, devengó: asignación básica, bonificación, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Sobre la excepción de prescripción, sostuvo que no hay lugar a su prosperidad comoquiera que el derecho se reconoció a partir del 1 de diciembre de 2012, la petición se presentó el 12 de septiembre de 2014 y la demanda el 26 de mayo de 2016.

Indicó que procedían los descuentos de los aportes que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, durante los últimos 5 años de su vida laboral por prescripción extintiva, en el porcentaje que le correspondía, durante el periodo comprendido entre el 6 de enero de 2000 al 6 de enero de 2005. Así lo ordenó en la parte resolutive de la sentencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales**, parte demandada, presentó recurso de apelación (fl. 184 y ss.).

Manifestó que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición que contempla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, la entidad le reconoció la pensión teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto

establecidos en el régimen anterior, es decir la Ley 33 de 1985; y en cuanto a los factores sobre los cuales se debe liquidar la pensión, tuvo en cuenta los que contempla la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Respecto de los factores ordenados como fueron **auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones**, dijo que las pensiones de los empleados oficiales, de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos que hayan servido de base para calcular los aportes y, por esta razón, no es procedente la reliquidación con la inclusión de aquellos sobre los cuales no se ha efectuado aportes. Citó in extenso, salvamento de voto a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado.

Pidió que en este caso se atienda lo dispuesto en la Sentencia C-258 de 2013, que ordenó incluir en las liquidaciones pensionales únicamente los factores sobre los cuales se hicieron aportes; que, aunque el actor devengó otros emolumentos como se encuentra demostrado en el proceso, no obra prueba de los aportes realizados sobre los mismos, de manera que no hay lugar a ser considerados para determinar el monto de la pensión.

Reiteró que la sentencia señalada es de obligatorio cumplimiento en todos los casos en que se discuta el monto pensional; que, si bien esa decisión se contrae a la situación relacionada con las pensiones más altas, específicamente, las reconocidas a Congresistas y Magistrados de Alta Corte, debe extenderse su contenido a todos los demás servidores públicos por cuanto se trata de principios generales encaminados a salvaguardar los recursos destinados al pago de pensiones.

Solicitó se dé aplicación a la Sentencia SU-230 de 2015 en la que la Corte Constitucional reiteró la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y ratificó la posición de la Corte Suprema de Justicia, es decir, que la pensión bajo régimen de transición se liquida respetando la edad, el tiempo en cotizaciones y el monto correspondiente al régimen anterior, pero el IBL se rige por la Ley 100 de 1993.

Agregó que, de confirmarse la sentencia impugnada, se quebrantan los principios de solidaridad y sostenibilidad presupuestal, por cuanto los aportes al régimen general de pensiones deben ser los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; lo contrario implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del régimen y un detrimento para los afiliados con expectativa de pensión.

Finalmente, solicitó no se condene en costas, comoquiera que la jurisprudencia del Consejo de Estado "ha sido uniforme en señalar que procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, pues en el presente proceso al no haber existido conducta dilatoria por la parte que represento, muy respetuosamente se considera que se debe revocar dicha condena." (f. 199)

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término de traslado para alegar de conclusión, la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

*La **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP**, sostuvo (f. 221 y ss.) en síntesis lo siguiente:*

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y sostuvo que los factores que deben ser incluidos en la base de liquidación pensional, no son otros que los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, sobre los cuales el beneficiario haya realizado los aportes correspondientes.

Citó in extenso el salvamento de voto presentado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 por el Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve y adujo que una aplicación como la que realizó el Consejo de Estado, "conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados con desconocimiento de la normativa prevista para tal fin, y de los principios de solidaridad e igualdad" (fl. 222)

Solicitó la aplicación de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, respecto a la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el presente asunto; citó la sentencia SU-427 de 2016 proferida por la Corte Constitucional.

Igualmente, trajo en cita las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2016 y el 24 de abril de 2017 y 15 de diciembre de 2016 en el proceso con radicación número 2016-00625-01, siendo ponente el Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno y adujo:

*"...es del caso traer a colación el reciente pronunciamiento expuesto por el **H. Consejo de Estado- Sección Quinta**, en la que se ordenó a la sección segunda de dicha corporación, proferir una nueva decisión respecto del fallo que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que ordenó reliquidar el derecho*

prestacional de la demandante, sin atender los criterios jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional dispuestos en las sentencias C-258 de 2013 y la SU-230 de 2015, pues en su criterio aun cuando la demanda de reliquidación pensional fue instaurada con anterioridad a que se proferiera dichas sentencias, ello no era óbice para no dar aplicación a los precedentes de la alta corte, pues al momento de dictar sentencia el precedente jurisprudencial en cuestión se encontraba vigente; recordó que los mismos son obligatorios y vinculantes, inclusive para los jueces de inferior jerarquía. (...)” (fl. 235)

Sobre la condena en costas, manifestó que no se desconoce el pronunciamiento del Consejo de Estado de 7 de abril de 2016 en el cual se acogió el criterio valorativo, sin embargo, dado que se no se trata de un criterio unificado, consideró que debía aplicarse el régimen subjetivo.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP contra la sentencia proferida el **24 de abril de 2017** por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por **Luz Marina Rivera Rodríguez**.

5.1. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación.

La Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar **procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa**.

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de **unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos.

El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*“Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación jurisprudencial** las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por **necesidad de unificar o sentar jurisprudencia**; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.” (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

*“Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adaptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**” -Resaltado fuera de texto.-*

En efecto, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está **confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción**, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de los bienes jurídicos prenombrados. De manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.

5.2. De los factores salariales en el régimen de la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, expediente con Radicación No. 25000-2325-000-2006-7509-01, luego de examinar las distintas posiciones jurisprudenciales sostenidas por esa Corporación, se detuvo en señalar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, el principio de progresividad que debe orientar las decisiones en materia de prestaciones sociales y el principio de favorabilidad que debe atenderse en la interpretación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, concluyó que:

*“...en consonancia con la normatividad vigente y las directrices 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 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**, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.*

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 efecto 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 se expuso en las consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto 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 en el momento de efectuar el reconocimiento pensional.”
Resaltado fuera de texto.*

Así pues, en casos de reliquidación de pensiones de personas en régimen de transición de Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado tiene sentados como criterios, en primer lugar, que el monto de la pensión no puede desprenderse del régimen anterior aplicable; y, en segundo lugar, que en materia de factores pensionales las Leyes 33 y 62 de 1985 los señalaron de manera enunciativa y, en consecuencia, deben incluirse todos los que tengan carácter salarial devengados en el último año de servicios.

En consecuencia, la Sala adopta el criterio jurisprudencial de Sala de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado por constituir precedente de obligatorio cumplimiento.

5.3. De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Sea lo primero reiterar que el pronunciamiento contenido en la Sentencia C- 258 de 2013 tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de Congresistas y a los Magistrados de Alta Corte¹, ello en interpretación del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992².

¹ “...4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes

La Constitución confirió a la Corte Constitucional muy amplios poderes en orden a preservar la supremacía y la integridad del ordenamiento superior. Sin embargo, como elemento de garantía del sistema y de preservación del principio de separación de poderes, cuando la Corporación conoce de una demanda ordinaria de inconstitucionalidad, no puede ejercer un control oficioso sobre la constitucionalidad de todo el precepto u otras disposiciones, sino que su análisis debe circunscribirse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante.

En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control,

En segundo lugar, no se pasa por alto, las distintas sentencias proferidas en vía de tutela por el Consejo de Estado, en materia del IBL que corresponde aplicar a quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 que, dicho sea, no representan una línea pacífica, en tanto unas han considerado que debe ser el previsto en la Ley 100 de 1993 y otras, por el contrario, que debe aplicarse el establecido en la Ley 33 de 1985³.

como el Procurador General de la Nación - artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado – artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestas por convenciones colectivas, entre otros⁴. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.” Subrayado y resaltado fuera de texto.

² “ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

³ Las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 con ponencia del Consejero Doctor Alberto Yepes Barreiro en el proceso radicado No. 11001-03-15-000-2016-00132-01, siendo accionado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A y por el Consejero Doctor Carlos Moreno Rubio en el expediente Radicado No. 11001-03-15-000-2015-03135-01 en la que fue demandado el Tribunal Administrativo del Cesar, coinciden en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a los cuales, el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y

Ahora, la Sentencia SU-230 de 2015 lo que hizo fue es extender la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

Mención particular merece la sentencia de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Ponente Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el proceso con Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01, Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP y demandados: Consejo de Estado Sección Segunda – otro, que dejó sin efecto la sentencia de unificación que profiriera la Sección Segunda del Consejo de Estado sentencia el 25 de febrero de 2016 dentro del proceso número 25000 2342 000 2013 01541-01 (4683-2013) con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve en la que, en vía ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, había determinado que para los beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el IBL era el determinado en la Ley 33 de 1985.

Ahora, en cumplimiento de la sentencia de tutela acabada de mencionar, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de reemplazo el 9 de febrero de 2016⁴ providencia que inició sus consideraciones con la siguiente precisión “Desde ahora, la Sala advierte que la sentencia en los términos que aquí se adopta obedece, simple y llanamente, al cumplimiento del fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, empero, no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación...” postura que se concreta en las conclusiones⁵. En estas condiciones, esta decisión

no las señaladas en el régimen anterior. Por el contrario, la sentencia de tutela proferida en el Expediente con Radicación No. 11001031500020160009400 el 22 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho.

⁴ Consejero Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes

⁵ “...5. Conclusiones:

5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.

5.2. No se hace evidente que el recatamiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones gratuitas, salvo, la especialísima del personal docente.

no tiene el carácter de precedente y debe, por el contrario, considerarse como un pronunciamiento aislado de la línea jurisprudencial.

Ha de resaltarse que, en sentencia de tutela proferida también por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio el **23 de marzo de 2017**, expediente con Radicación No.: 11001-03-15-000-2016-03366-01 señaló:

“...En esa medida, en el presente caso se presenta el defecto alegado por la parte demandante, pues si bien el a quo para acceder al amparo deprecado tuvo en cuenta la presentación de la demanda ordinaria, lo cierto es que las autoridades judiciales acusadas no consideraron que la interpretación de las normas que rigen el régimen de transición, así como de las reglas contenidas en las sentencias que constituyen precedente, no podía oponérsele a la tutelante sin tener en cuenta el momento en que se consolidó su derecho pensional.

En igual sentido, se advierte que la administración en su momento debió reconocer el derecho a la actora con observancia en las normas aplicables al caso concreto y al criterio del máximo órgano jurisdiccional competente sobre la materia, sin que el cambio legislativo o la interpretación constitucional que se hiciera frente a una norma, como lo fue el que efectuó la Corte Constitucional con la sentencia C-258 de 2013, variara la decisión que en derecho correspondía.

De otra parte, la Sala no puede ignorar que es la misma Constitución Política en su artículo 48 la que establece que: i) el derecho pensional se adquiere al momento de cumplir los requisitos de edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás

5.3. La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componente de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.

5.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado el principio de favorabilidad y conexo a éste, el principio de inescindibilidad, en la medida que la norma que se adopte debe aplicarse en integridad y se prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales. Al escindir la norma se compromete el derecho a la igualdad en materia laboral, el principio de favorabilidad de raigambre constitucional, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles que contiene el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral y su efectividad.

5.5. La regla de interpretación ínsita en la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.

5.6 Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.

condiciones que señala la ley; ii) se deben respetar los derechos adquiridos; y, iii) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Por lo que, se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010.

De manera que, es preciso poner de presente que dichas autoridades judiciales ordinarias, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia, gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y, en sus providencias, solo están sometidas al imperio de la Ley. No obstante, ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado, quien logró la materialización de manera legal su derecho pensional, por lo que mal podría aplicarse de forma retroactiva una tesis sobre la interpretación normativa del régimen de transición propuesta años después de la consolidación de su derecho prestacional...” (Resaltado fuera de texto)

Bajo el anterior esquema se examinará el caso concreto.

5.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Esta Corporación en sentencia de 19 de febrero de 2016, radicado 15238-3331-703-2014-00096-01, se ocupó de analizar lo relativo al periodo de los descuentos en aportes a pensión, cuando en virtud de la aplicación de la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, se incluyen en la reliquidación pensional, nuevos factores respecto de los cuales no se ha realizado el correspondiente descuento.

Examinó en tal providencia el **carácter parafiscal** de los aportes a la Seguridad Social⁶ y señaló que conforme al Título XVII del E.T. artículo 187 **la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años**, criterio sostenido por la Sección

⁶ C- 711 de 2001 “(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichas aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)”

Cuarta del Consejo de Estado en sentencias de 26 de marzo de 2009⁷ y 2 de diciembre de 2010⁸.

Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe, además, como se ha precisado, en ánimo a salvaguardar los derechos de personas de protección constitucional especial, como son los pensionados.

Como corolario de lo expuesto, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo **es durante toda la bien laboral**, no es menos cierto que ésta –la obligación– se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.

En suma, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados**, por prescripción extintiva de la obligación, criterio que ha adoptado ya en forma retirada este Tribunal⁹.

Se precisa acá que, a juicio de esta Sala, **en este aspecto la sentencia es constitutiva de la obligación** en tanto, antes que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportes por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985 y, en cualquier caso, si de aquellos a los que estaba obligado en los términos de la mencionada ley, algunos dejaron de efectuarse, tal deber de cobro tenía que ejercerse en los términos de imprescriptibilidad que antes se explicaron.

En consecuencia, sólo cuando el demandante – pensionado – pide la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios

⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco de Bogotá contra el Instituto de Seguros Sociales, en sentencia de 26 de marzo de 2009.

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, sentencia de 2 de diciembre de 2010.

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, sentencias de 11 de marzo de 2016 con radicación No. 2013-00080-02; 2015-00040-02; 2014-00513-00, con ponencia del doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana. Así mismo, sentencias proferidas por la Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la suscrita magistrada de fecha 8 de marzo de 2016 y radicación número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02.

y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador **respecto de los factores distintos** a los que se señalaron en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Por último, dirá la Sala que aplicar la prescripción a los aportes parafiscales, resulta equitativo si se tiene en cuenta que, a las mesadas pensionales también, de ser procedente, se aplica la prescripción propia de los derechos laborales.

VI. Del Caso Concreto.

6.1. De lo probado.

La señora Luz Marina Rivera Rodríguez, a través de apoderado, solicitó la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- * Parcial de la **Resolución No. RDP 012840 de 15 de marzo de 2013**, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez (f. 13-14 vto.)
- * **Resolución No. RDP 001503 de 16 de enero de 2015**, por la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez (f. 15-21)
- * **Resolución No. RDP 012585 de 30 de marzo de 2015**, que resolvió un recurso de apelación contra la Resolución No. RDP 001503 de 16 de enero de 2015 (f. 23-25),

La demandante nació el **1 de diciembre de 1957**¹⁰; adquirió el status de pensionado el **1 de diciembre de 2012**; prestó sus servicios en el Hospital San Vicente de Paul de Tenza desde el 12 de febrero de 1979 al 6 de enero de 2005, en el cargo de Cajera¹¹.

Por Resolución No. 001 del 5 de enero de 2005, la Gerente Liquidadora de la ESE Hospital San Vicente de Paul de Tenza, resolvió declarar terminado el vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos, entre ellos, el de la demandante, (f. 30-34 c.1).

¹⁰ Expediente Administrativo, cuaderno de pruebas No. 1, folio 12

¹¹ Expediente Administrativo, cuaderno de pruebas No. 1, folio 15

- **De los Antecedentes Administrativos:**

Con la Resolución No. RDP 012840 de 15 de marzo de 2013, la UGPP reconoció la pensión de jubilación a favor de la actora sobre el 75% del promedio de los salarios cotizados desde el 6 de enero de 1995 al 5 de enero de 2005, luego, indexó la primera mesada a 2012, lo cual reportó una pensión mensual en cuantía de **\$783.228**. La pensión fue reconocida a partir del 1 de diciembre de 2012.

El 12 de septiembre de 2014¹², la demandante solicitó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; sin embargo, fue negada mediante los actos administrativos ahora acusados.

- **De los factores pensionales:**

Según el certificado de devengados obrante a folios 46 y 47, en el último año de servicio, esto es, desde el **5 de enero de 2004 y el 5 de enero de 2005**, la señora Luz Marina Rivera Rodríguez devengó los factores: **suelo, reajuste suelo, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación y prima de servicios**; en efecto, su inclusión fue ordenada por la a quo.

- **De los reajustes sobre factores pensionales y el principio Non Reformatio In Peius.**

El juez a quo omitió incluir los siguientes factores salariales devengados en el año de consolidación del derecho pensional: reajuste suelo mensual y reajuste subsidio de alimentación.

El CGP prevé:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

(...)

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. (...)”

¹² Expediente Administrativo, cuaderno de pruebas No. 1, folio 111.

Lo anterior se ha conocido como el principio *non reformatio in peius*, sin embargo dicho principio no es absoluto y tiene posibilidad de menguar sus efectos, tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

"(...) el principio prohibitivo de la *reformatio in peius* no es de carácter absoluto, pues con él no se trata de evitar que se introduzcan enmiendas o correcciones accesorias a la sentencia de primer grado orientadas a subsanar yerros en que aquella incurrió, por lo que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, se admite que en determinados eventos el superior pueda cambiar la parte no impugnada de una decisión, como acontece cuando con motivo de la reforma de la resolución recurrida es necesario hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella, situación que es la configurada en el sub-judice"¹³ (Negrilla y subrayas del Tribunal)

En éste sentido se pronunció el Consejo de Estado, en los casos que versan sobre el tema pensional; al respecto sostuvo:

"La Sala previo a resolver el problema jurídico planteada en los términos que anteceden, debe precisar que si bien el demandante, Rafael María Velandía Gómez, es apelante único, la competencia en esta instancia no queda limitada dado que la inconformidad con la decisión de primera instancia se centra en la forma como se tomó el tiempo laborado en el último año de servicios y se ordenó conformar la base liquidatoria del derecho pensional, lo que da la facultad al Juez de segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del C.P.C."¹⁴ de estudiar todos los aspectos relacionados con la aplicación del régimen regulador del derecho en su integridad"¹⁵.

En el mismo sentido se pronunció para señalar que cuando están inmersos derechos fundamentales, el principio de *non reformatio in peius*, debe ceder ante esas circunstancias, así:

"(...) Al respecto se debe recordar que el proceso contencioso administrativo hace parte de la llamada "justicia rogada", es decir, el juez administrativo en sus decisiones no puede resolver cuestiones no planteadas en la demanda -artículo 137 *Ibidem*-, sin embargo el concepto de jurisdicción rogada no impide al juez administrativo proteger derechos fundamentales, o cualquier otra parte del ordenamiento jurídico que se demuestre efectivamente

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 18 de marzo de 1989. Expediente 10.398. Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara.

¹⁴ "Artículo 357. Modificado D.E. 2282 de 1989, Art.1, numeral 175 Competencia del Superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (...)"

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Sentencia de 12 de julio de 2012, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Sentencia de 12 de julio de 2012, Radicado número: 25000-23-25-000-2005-05008-01(1996-09)

violada, en el caso de las acciones de simple nulidad -aunque se aparten de las normas que se denuncian como vulneradas-¹⁶.

Ahora bien, esta causal genérica de nulidad de actos administrativos, se hace evidente ante el simple estudio comparativo entre el acto acusado y la norma; o normas de superior jerarquía a las debía ajustarse el primero y su resultado será la constatación de una violación al ordenamiento jurídico superior, bien sea por exceso o por defecto en su aplicación."¹⁷ (Negrillas y Subrayas fuera del texto)

Y en la misma línea de pensamiento el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección "A", Sentencia del 17 de agosto de 2011. Radicación No 76001 2331 000 2008 00342 01 (2203-10), señaló:

"El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico."¹⁸

Frente al caso particular de las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la debilidad manifiesta de dicho grupo poblacional, pues ha de entenderse que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada y que su condición física luego de una vida de labor representa una situación desventajosa frente a los demás individuos, de manera pues que la efectividad del mismo, involucra y compromete directamente la vigencia de una serie de derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física y el mínimo vital, que hacen necesario un amparo especial, convirtiéndolo en un derecho de aplicación inmediata respecto a tales individuos, cuya expresión formal se encuentra consignada en los artículos 13 y 46 de la Carta Constitucional, en donde se señala como un imperativo para el Estado la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y la garantía de su derecho a la seguridad social"¹⁹.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicación No 11001-03-26-000-1997-14226-00(14226)

¹⁸ Corte Constitucional. T-528-07, T-558-97, T-299 de 1997, T-305-98, T-169-98, T-137-00, T-190-00, T-1154-00, C-130-04, C-425-05.

¹⁹ Artículo 13. - Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. Artículo 46. - El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia

Así las cosas, en este caso se encuentra presente la excepción que ha sido estudiada para que ceda el principio de *non reformatio in peius*, frente a la necesidad de incluir los reajustes a los factores salariales, es decir: **reajuste del sueldo y reajuste subsidio de alimentación**, y que no fueron incluidos en la sentencia de primer grado; por cuanto, de un lado se trata de una situación íntimamente relacionada con la controversia procesal y de otro, el dejar de incluirlos implica el desconocimiento del derecho a la seguridad social, que como se dijo tiene rango ius fundamental, por lo cual debe prevalecer frente al principio procesal enunciado.

Los reajustes por los factores antes mencionados, son excedentes pagados por conceptos que hacen parte de aquellos que integran el IBL de liquidación pensional.

- **Modificación de la sentencia**

A efecto de lograr que la sentencia sea un título ejecutivo es decir que contenga una obligación **clara, expresa** y exigible, se modificará la sentencia para determinar las diferencias que se causaron en cada mesada pensional y se ordenará su reliquidación **desde el momento de causación del derecho**.

Así entonces, la liquidación es la siguiente:

MES (2004-2005)	Asignación básica	Reajuste Sueldo Mensual	Subsidio de alimentación	Reajuste Subsidio de Alimentación	Auxilio de transporte	Prima de navidad	Prima de servicios	Prima de vacaciones	Bonificación
Enero (25 días)	501.174		22.433		34.667				
Febrero	601.409		26.920		41.600				
Marzo	601.409		26.920		41.600				
Abril	601.409		26.920		41.600				
Mayo	601.409		26.920		41.600				
Junio	601.409		26.920		41.600				
Julio	601.409		26.920		41.600				
Agosto	601.409		7.681		11.093				
Septiembre	601.409		8.641		12.480				
Octubre	601.409		27.845		40.213				
Noviembre	601.409		28.805		41.600				
Diciembre (30 días)	601.409	560.965	28.805	19.697	41.600	809.166	372.684	776.800	323.257
Enero (5 días)	129.303		5.761		8.320				
TOTAL INGRESO	7.245.976	560.965	291.491	19.697	439.573	809.166	372.684	776.800	323.257
PROMEDIO ANUAL	603.831	46.747	24.291	1.641	36.631	67.431	31.057	64.733	26.938
IBL	903.301								
IBL *75%	677.476								

Dado que el último año de servicios de la demandante ocurrió entre 2004 y 2005 y, el status lo adquirió hasta 2012, la primera mesada pensional debe ser indexada así:

VALOR MESADA A 2005	DESDE	HASTA	INDICE INICIAL	INDICE FINAL	VALOR INDEXADO	VALOR INDEXACION
\$ 677.476	6/01/2005	1/12/2012	\$ 80,21	\$ 111,72	\$ 943.618	\$ 266.142

Ahora, de lo anterior se colige:

VALOR RECONOCIDO (R. 012840/13)	\$ 783.228
VALOR RELIQUIDADO	\$ 943.618
DIFERENCIA	\$ 160.390

La pensión mensual reconocida por la entidad demandada fue de \$783.228; no obstante, con la inclusión de los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio -2004/2005-, el valor mensual de la pensión para el año 2012 es de \$943.618, es decir, dejaron de pagarse **\$160.390 mensuales**, valor que debe ser reajustado anualmente conforme al IPC²⁰, lo cual reporta las siguientes diferencias mensuales faltantes en la pensión reconocida:

AÑO	IPC	DIFERENCIA MENSUAL	PENSIÓN MENSUAL
2012		160.390	943.618
2013	2,44%	164.303	966.642
2014	1,94%	167.491	985.395
2015	3,66%	173.621	1.021.460
2016	6,77%	185.375	1.090.613
2017	5,75%	196.034	1.153.323

Por lo anterior, se modificará el numeral **tercero** de la sentencia de primera instancia.

- **De la Sentencia SU-427 de 2016:**

La Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de **11 de agosto de 2016** en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias

²⁰ ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificada por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínima legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.

del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

“...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho²¹ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y **que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación**²².

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen **ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario**²³, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, **obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral**, y por el contrario, **representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...).**”

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, **los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral**, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen **vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).**”²⁴

²¹ En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que “en términos generales, cabe abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.”

²² Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

²³ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

²⁴ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), “si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de las regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con las requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión... ” (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado, enfatiza también en que resulta inadmisibles la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivos y desproporcionados, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa “...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.”

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae del acto de reconocimiento pensional y la certificación obrante a folio 61, la siguiente fue la historia laboral del demandante en los últimos 10 años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	Cargo	Entidad
Desde el 12 de febrero de 1979 al 6 de enero de 2005	Cajera	Hospital San Vicente de Paul de Tenza

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante el último año de su historia laboral se devengaron, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos.”

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

- **De los descuentos por aportes al empleado.**

Los **aportes para pensión** se harán sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva.

El demandante, está obligado al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en **la ley vigente para cuando se efectuó el pago**. En el caso del demandante, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Ahora, como lo sostuvo el juez a quo, los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el **6 de enero de 2000** y el **6 de enero de 2005**, periodo para el cual, en materia de aportes para pensión se **aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, reglamentada por el Decreto 510 de 2003**. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

- **De las costas.**

La entidad demandada, solicitó que en el trámite de segunda instancia no sea condenada en costas, dado que no se ha presentado conducta dilatoria o abusiva.

Las argumentaciones generales presentadas en la impugnación, permiten inferir que el criterio que dice la recurrente, impera en la jurisprudencia sobre elemento subjetivo en materia de imposición de costas, al respecto se dirá lo siguiente.

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-.*
- b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo que planteaba el hoy derogado Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso, pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera ésta dilatoria, abusiva o temeraria. Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas establecido para el Procedimiento Civil (actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365), quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio.

²⁵ "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...)"

Ahora, en nada influye que la gestión judicial no se haya extendido en tiempo, para que el juez de conocimiento adopte la decisión de condenar en costas, pues, se reitera, para su imposición debe prevalecer el criterio objetivo, de modo que al proferir sentencia y hallarse vencida una de las partes, aquél procederá conforme a derecho y condenará a dicha parte.

Entonces, a juicio de esta Sala, el factor subjetivo no es el que debe analizarse sino que, por el contrario, al juez corresponde **disponer** sobre la imposición de costas, siempre que ellas se hayan demostrado.

Ahora, en cuanto se refiere a la segunda instancia, conforme al artículo 365 del CGP. “I. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto...” A su vez, precisa el numeral 3º de esta misma norma que habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme **totalmente** la del inferior. Como en este caso la sentencia será modificada no se condenará en costas a la parte apelante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. FALLA:

1. **Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja el **24 de abril de 2017**, en el proceso iniciado por **Luz Marina Rivera Rodríguez** contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, excepto el numeral **tercero** que se modifica. En su lugar se dispone:

“Tercero: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- pagará las **diferencias** de los factores dejados de reconocer en la pensión de jubilación pagada a Luz Marina Rivera Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía 23.605.409 de Caragoa (Boyacá), **a partir del 1 de diciembre de 2012, en cuantía mensual de:**

AÑO	DIFERENCIA MENSUAL
2012	160.390
2013	164.303
2014	167.491
2015	173.621
2016	185.375
2017	196.034

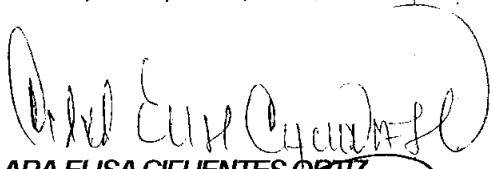
Las sumas resultantes de la condena serán **indexadas mes a mes conforme al IPC** tal como lo ordena el inciso último del artículo 187 del CPACA.

Parágrafo: La pensión a reconocer a partir de la ejecutoria de esta sentencia será de **UN MILLÓN CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$1.153.323)** En adelante, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, aplicará a la mesada pensional los reajustes anuales, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 o las normas que la modifiquen."

2. **Sin costas** en esta instancia.
3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS