

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**

Tunja, 12 de agosto de 2020

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – Lesividad

Demandante: Unidad de Gestión pensional y parafiscales UGPP

Demandado: María Dora Parra de Malagón

Expediente: 15001-33-33-007-2015-00053-01

Tema: Revoca sentencia de primera instancia que accedió a pretensiones. Reiteración de jurisprudencia sobre la improcedencia de la condena en contra de las personas a quienes en su momento les fue liquidada la pensión gracia con base en los factores salariales percibidos al retiro definitivo del servicio oficial.

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandante contra la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad), con el fin de que se concedan las siguientes:

1. Pretensiones

Declarar la nulidad de la resolución No 025135 del 03 de noviembre de 2000, por medio de la cual, CAJANAL reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo del servicio a favor de la señora María Dora Parra de Malagón.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

Que a manera de restablecimiento del derecho se condene a la señora María Dora Parra de Malagón a restituir a la UGPP todas las sumas de dinero pagadas en exceso por concepto de la pensión gracia otorgada.

Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A, aplicando los ajustes de valor o indexación desde el momento en que se causó hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso, prorrogable hasta la fecha del pago efectivo del reajuste y la retroactividad.

Que en caso de que la señora María del Carmen Galvis de Gallo no efectuó el pago en forma oportuna, se liquiden los intereses comerciales y moratorios, tal como lo ordena el artículo 192 del C.P.A.C.A.

2. Fundamentos fácticos

Narra que la demandada, nació el 31 de agosto de 1944, y adquirió su status de pensionada el 31 de agosto de 1994.

Que la señora María Dora Parra de Malagón, prestó los tiempos al servicio del Estado así:

- Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, desde el 12 de enero de 1968 hasta el 29 de Julio de 1990.
- Secretaría de Educación del municipio de Saboyá, desde el 30 de Julio de 1990, hasta el 31 de diciembre de 1999, este con tipo de vinculación departamental.

Por medio de la resolución N° 008821 del 31 de julio de 1996, la extinta Caja Nacional de Previsión Social, reconoció una pensión gracia a favor de la señora María Dora Parra de Malagón, en cuantía de \$203.521.71 M/cte., efectiva a partir del 31 de agosto de 1994, sin condicionar a retiro por ser del ramo docente

Mediante resolución N° 025135 del 03 de noviembre de 2000, la entonces Cajanal reliquidó la pensión gracia a favor de la señora María Dora Parra de Malagón, por

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

retiro definitivo del servicio oficial, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$778.247.25 M/cte., efectiva a partir del 01 de enero de 2000.

La señora María Dora Parra Malagón interpuso acción de Tutela, cuyo conocimiento le correspondió **al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá**, que, en **sentencia del 09 de agosto de 2004**, ordenó tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, reconocimiento de una pensión justa y vida digna, y en un término de 60 días desde la notificación del fallo, proceder a reliquidar de manera definitiva la pensión de los accionantes.

Este fallo fue aclarado por medio de **auto del 19 de agosto de 2005**, argumentando que involuntariamente los accionantes **María Dora Parra de Malagón...** no habían sido incluidos en el ordinal segundo de la parte resolutive del fallo proferido el 09 de agosto de 2004, sin embargo, si habían sido tenidos en cuenta en la parte motiva y en el ordinal primero de la parte resolutive, razón por la cual deben ser igualmente beneficiarios.

En cumplimiento del fallo de tutela, la entonces Cajanal expidió la resolución N° 04046 del 31 de enero de 2006 y en consecuencia reliquidó la pensión gracia, en cuantía de \$215.151.61 M/cte., efectiva a partir del 31 de agosto de 1994.

Indica, que revisado el aplicativo kactus de la entidad, se evidencia que la señora María Dora Parra de Malagón, se encuentra incluida en nómina con Resolución N° 025135 del 03 de noviembre de 2000, que reliquidó la prestación al retiro definitivo del servicio.

3. Fundamentos de derecho

- **Normas invocadas:** Artículos 1° , 2° , 6° ,121 y 128, de la Constitución Política de Colombia, Artículo 2° de la Ley 114 de 1913, artículo 1° de la Ley 24 de 1947 – que adiciona el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, artículo 4° de la Ley 4ª de 1966, artículo 5° del Decreto 1743 de 1966 – reglamentario de la Ley 4ª de 1966, artículo 5° del Decreto Ley 224 de 1972, artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y artículo 9° de la ley 71 de 1988.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

- Concepto de la violación

Afirmó la parte actora que la señora María Dora Parra Malagón transgredió los artículos 1 constitucionales porque se está desconociendo el sometimiento a las leyes, y esto se vulnera al concederse un derecho del cual la accionada no es beneficiaria.

Así mismo, adujo que el artículo 2° resulta vulnerado, pues el acto administrativo acusado va en contravía de la Ley y la jurisprudencia, toda vez que se está otorgando una reliquidación pensional sin asistirle el derecho a la demandada atentando de manera flagrante contra los principios, derechos y deberes de los ciudadanos.

El artículo 6° resulta transgredido, pues, señala el demandante que al usarse dineros públicos sin sustento constitucional y legal para ello, los funcionarios administrativos que permitieron tal situación pueden verse inmersos en investigaciones disciplinarias, fiscales, e incluso penales.

Adicionalmente señala que frente al artículo 128 constitucional, se constituye una excepción, sin embargo, señala que el cálculo de la pensión gracia debe hacerse con lo devengado en el año anterior a la adquisición del status, y no al retiro del servicio.

Adujo la parte demandante, que a la señora Dora Parra de Malagón no le asiste la reliquidación de la pensión gracia, pues al tratarse de un régimen especial, la ley contempla taxativamente la manera en que se debe liquidar, lo cual debe ser tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, argumentando que este es el inmediatamente anterior a aquel en que se consolidó el status de pensionado.

Por último, señaló que se presenta una falsa motivación del acto administrativo demandado, por cuanto los fundamentos que dieron origen a la actuación no se ajustan a la realidad de los hechos, toda vez que a la demandada no le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión gracia, y por lo cual, la administración pública, no está obligada a soportar una situación que genera un detrimento continuo al erario.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

4. Solicitud de medida cautelar

El apoderado de la parte demandante solicitó la suspensión provisional de la resolución demandada, de conformidad con las disposiciones que regulan la medida, artículos 238 de la Constitución Política, y 231 del C.P.A.C.A, pues aparece prima facie la contradicción entre esta y los preceptos vigentes al momento de expedirse aquella, pues el cálculo que se hizo para reliquidar la pensión gracia por retiro definitivo del servicio no era viable.

Reitera, que jurídicamente no es viable la reliquidación de la pensión gracia por inclusión de factores devengados al momento de retiro del servicio, pues dicha prestación especialísima del docente oficial, se consolida a partir del momento en que la docente adquirió el status pensional, por lo que no se puede modificar la liquidación para incluir factores devengados en el último año laborado.

Como consecuencia de lo anterior, señala que el acto administrativo demandado es ilegal ya que este realiza un cómputo contrario a la Ley y al precedente jurisprudencial relatado, por lo que debe decretarse la suspensión provisional presentada.

5. Del decreto de la medida cautelar

Mediante proveído del 8 de mayo de 2017¹, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, decretó la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución N° 025135 del 03 de noviembre de 2000 y como consecuencia ordenó a la UGPP que a partir de la fecha notificación de la providencia, realice el pago conforme a las Resoluciones N°008821 del 31 de Julio de 1996 y N° 004046 del 31 de enero de 2006, y hasta que se profiera el fallo de primera instancia.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 19 de enero de 2015 ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, quien mediante proveído del 26 de febrero de 2015², decidió no avocar

¹ Ver folios 74-80 del cuaderno de medida cautelar.

² Ver folio 133 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

conocimiento por razón de competencia y ordenó remitir la demanda al Centro de Servicios para su reparto en los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Tunja.

En consecuencia, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en auto del 31 de Julio de 2015³, inadmitió la demanda, ordenando corregir los errores en un término de diez días al tenor de lo dispuesto al artículo 170 del C.P.A.C.A, so pena de rechazo de la demanda.

Una vez subsanada la demanda en auto del 29 de noviembre de 2015⁴, decidió admitir la demanda y ordenó notificar personalmente a la demandada el contenido de la providencia conforme a los artículos 198, 199 y 200 del C.P.A.C.A.

1. Contestación de la demanda⁵

La señora María Dora Parra Malagón a través de su apoderado judicial, presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que las leyes 114 de 1913, 24 de 1947 y 4 de 1966 y el Decreto 1743 de 1966, son claras y coincidentes en preceptuar que las pensiones se liquidarán de acuerdo al promedio del sueldo devengado en el último año, más no, a la adquisición del status de pensionado, es decir, la demandante habiendo recibido sueldo durante todo el año 1999, tiene derecho a recibir su mesada pensional liquidada con el promedio del sueldo devengado en el último año de prestación de servicios al Estado.

De otra parte, en la demanda se indica que la pensión gracia constituye una excepción expresa a la prohibición de recibir doble asignación por cuanto el tesoro, sin embargo, a renglón seguido se contradice señalando que el pago de la pensión viola tal normativa. Tampoco explica la demandante, ni hace paralelo de cuáles son los dos supuestos beneficios que recibe la demandante.

³ Ver folio 139 del expediente.

⁴ Ver folio 163 del expediente.

⁵ Ver folios 197-211 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

Propone la demandada las siguientes excepciones:

a. Cobro de lo no debido

Adujo, que entre el 31 de agosto de 1994 y el 31 de diciembre de 1999, la señora María Dora Parra Malagón, ostentó la calidad de docente activa, recibiendo su salario mensual, según el certificado expedido el 19 de enero de 2000, donde consta lo percibido como fruto de su trabajo.

b. Inexistencia de la obligación de devolución de las mesadas pensionales

Señaló que la pensión gracia tiene su propio régimen especial, lo cual permite al docente recibir la motivación económica y continuar trabajando a cambio de un salario. Para adquirir el status de pensionado se requiere el reconocimiento de aquel estado, y el retiro de la persona del servicio, así, la docente demandada se retiró del servicio el 31 de diciembre de 1999, por tanto, solo hasta ese momento, adquiere el status de pensionada. Por lo tanto, los actos administrativos que reconocieron y reliquidaron el derecho, se ajustan a la normativa.

c. Prescripción

Adujo que el derecho está prescrito y la acción tiene caducidad, desde 2000 hasta la fecha de presentación de la demanda se han superado todos los términos prescriptivos, incluso los de la prescripción extraordinaria.

d. Falta de indicación concreta de los aparentes mayores valores pagados – no se especifica el supuesto monto adeudado – no se aporta liquidación clara ni concreta

Argumentó que la señora María Dora Parra de Malagón no adeuda suma alguna a la demandante, sino que el dinero recibido es la consecuencia del pago de un derecho adquirido legítimamente con fundamento en la normativa existente al momento de desvinculación.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

e. Primacía de la realidad sobre las formas

Señaló que la demandada sólo adquirió su calidad de pensionada el 31 de diciembre de 1999 y en relación al artículo 53 de la Constitución Política, prevalece la realidad sobre las formas que las partes puedan darle a determinada circunstancia.

f. Buena fe de la demandada

Explicó que la señora María Dora Parra de Malagón, ha recibido su pensión de conformidad con lo preceptuado en la constitución, la ley y en los actos administrativos que así le reconocieron sus derechos, en virtud del principio de confianza legítima, de la cual gozan los actos administrativos, la demandada ha recibido su mesada pensional.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 14 de agosto de 2017⁶ se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, y evacuadas las etapas de esta, se fijó fecha para realización de audiencia de pruebas.⁷

Practicada la audiencia de pruebas⁸, se incorporan al proceso las decretadas por el a quo, por lo cual se procede a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 181 del C.P.A.C.A., y de conformidad con esto, se considera innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordena la presentación de alegatos de conclusión por escrito.

⁶ Ver folio 221 del expediente.

⁷ Ver folio 226 del expediente.

⁸ Ver folio 245-247 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

3. Alegatos de conclusión

3.1. Alegatos de conclusión presentados por la UGPP⁹

Reiteró los argumentos presentados en la demanda, indicando que la reliquidación efectuada mediante el acto administrativo acusado se dio en unos términos no autorizados por la normatividad que regula la materia, dado que no es jurídicamente viable la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión de factores devengados al momento de retiro del servicio, pues dicha prestación se consolida cuando el docente adquiere su status pensional, por lo que no es procedente modificar la liquidación para incluir factores devengados en el último año laborado, de ahí que sea viable que la referida resolución se declare nula a través del presente medio de control.

No obstante, la demandada adquirió su status jurídico pensional el 31 de agosto de 1994, siendo, por ende, los factores salariales devengados para esta fecha los que debieron ser incluidos en la liquidación de la pensión gracia, y no los factores certificados para el año anterior a la fecha de retiro de servicio.

Resaltó que la pensión gracia es una prestación especial que otorgó la Ley 114 de 1913, luego no se rige por las Leyes 33 y 62 de 1985, en razón a que se trata de una pensión ordinaria. En consecuencia dicha pensión especial, debe ser liquidada al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1743 de 1966, esto es, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, que para el caso de la prestación que ocupa la atención, es el anterior a la consolidación o adquisición del derecho, dado que es el momento a partir del cual empieza a percibirse, pues para devengarla no es necesario el retiro definitivo del servicio oficial, sino el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.

Solicita entonces acceder a las pretensiones de la demanda.

⁹ Ver folio 257-261 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

3.2. Alegatos de conclusión presentados por la demandada¹⁰

Solicitó negar las pretensiones de la demanda y en su lugar, se ordene a la UGPP a devolver los saldos descontados con ocasión de la medida cautelar decretada por el a quo y continuar pagando el derecho pensional de la demandante conforme a los derechos adquiridos con antelación a la presentación del asunto de la referencia.

Solicitó que en el evento en que se ordene la disminución de la mesada pensional de a demandada se niegue la devolución de los salarios recibidos de buena fe por la demandante.

Reiteró que la demandada adquirió su status de pensionada el 15 de diciembre del año 2000, fecha en que fue notificada de la resolución No 025135 del 3 de noviembre del año 2000 y entre el 31 de agosto de 1994 y el 31 de diciembre de 1999 percibió salario mensual como docente activa.

Señaló que la mesada percibida actualmente por la demandante, corresponde únicamente al cumplimiento de los requisitos legales, aplicados de conformidad con el Estado Social de Derecho, esto es, con fundamento en las normas preexistentes, en aplicación al principio de legalidad y del debido proceso. Solicitó además el respecto por los derechos adquiridos.

3.3. Alegatos de conclusión presentados por el Ministerio Público¹¹

El ministerio público allegó su concepto por medio del cual, tras un análisis legal y jurisprudencial aplicable al caso, argumentó que conforme al acervo probatorio es claro que la mesada pensional le fue cancelada a la demandante con la inclusión de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, 1999, lo cual es contrario a las normas que regulan la materia, a saber Ley 4 de 1966 y Decreto reglamentario 1740 de 1966, así como a la línea jurisprudencial que sobre el tema ha decantado la sección segunda del Consejo de Estado, de donde se concluye que la forma cómo se canceló dicha prestación a la demandada es abiertamente ilegal, pues

¹⁰ Ver folio 262-268 del expediente.

¹¹ Ver folio 250-256 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

desde el momento en que adquirió el status ha debido ser liquidada con los factores percibidos durante el año anterior a la consolidación del derecho, esto es,, entre agosto de 1994 y agosto de 1994, circunstancia que hace evidente la concreción de los cargos de violación de normas constitucionales y legales del acto acusado, por lo que solicitó a la a quo declarar la nulidad de los actos demandados.

Sin embargo, solicita declarar probada la excepción de buena fe y abstenerse de ordenar el reintegro de las sumas pagadas de más por concepto de la reliquiación errónea sustentada.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 9 de noviembre de 2017¹², accedió a la pretensión 1ª de la demanda, y negó las demás bajo los siguientes argumentos:

- Que la pensión gracia creada mediante Ley 114 de 1913 fue concebida como una compensación o retribución a favor de los maestros de primaria del sector oficial que percibían una baja remuneración y, por consiguiente, tenían un poder adquisitivo precario y menor frente a aquellos educadores cuyas prestaciones estaban a cargo de la Nación. Posteriormente, la Nación amplió dicho beneficio a todos los docentes del sector oficial como una forma de reconocer la importante labor que cumplían, por lo que expidió las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, normas a partir de las cuales, tanto los maestros de primaria como los de secundaria del sector oficial, podrían acceder a la pensión gracia, siempre y cuando cumplieran los requisitos de ley
- Con la Ley 43 de 1975 la educación oficial primaria y secundaria sería un servicio público a cargo de la Nación, por lo que los gastos que ocasionaba y que sufragaban los departamentos y demás entes territoriales, serían ahora de cuenta de la Nación. Finalmente, con la expedición de la Ley 91 de 1989, la pensión gracia sólo sería reconocida a los docentes que se hubiesen vinculado al sector público de la educación antes del 30 de diciembre de 1980.

¹² Ver folios 274-284 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

- En cuanto a los factores de liquidación de la pensión gracia, señaló que con la Ley 4 de 1966 reglamentada por el Decreto 1743 del mismo año se estableció que las pensiones de los trabajadores de entidades de derecho público se liquidarían tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, coligiendo de ello que en la liquidación de la pensión gracia debe tenerse en cuenta todo lo percibido por el beneficiario durante el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición de status.

- En consecuencia, la especialidad de la pensión gracia excluye la posibilidad de aplicación del artículo 9 de la ley 71 de 1988 que contempla la posibilidad de la reliquidación de las pensiones ordinarias al retiro definitivo del servicio, siendo solamente viable la liquidación de la pensión gracia con los factores salariales devengados al cumplimiento del status.

- Indicó que revisada la Resolución N° 025135 del 03 de noviembre de 2000 la reliquidación se hizo desconociendo las normas y criterios jurisprudenciales que rigen la materia, dado que a través del mismo, se reliquidó la pensión de la demandada con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la desvinculación definitiva, y que por tratarse de una pensión gracia, debe realizarse teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición del status pensional.

- Señaló que respecto a la devolución de dineros percibidos, el Consejo de Estado ha señalado que se debe acreditar que el beneficiario de estos ha actuado de mala fe o actuó con acciones tendientes a hacer caer en error a la administración, y en el caso en concreto no se demostró que el actuar de la señora María Dora Parra de Malagón hay concluido en error cometido por la entidad demandante, por lo cual no le asiste razón a la UGPP en reclamar el reintegro y devolución de los dineros pagados por este concepto, razón por la cual declarara probada la excepción de buena fe.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por el apoderado de la parte demandante en el recurso de apelación¹³, se contraen en lo fundamental a los siguientes aspectos:

1. Adujo no estar de acuerdo con la excepción de buena fe probada por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, pues la señora María Dora Parra de Malagón solicitó la reliquidación de su pensión allegando para tal efecto nuevos tiempos de servicio; razón por la cual la entidad procedió a reliquidar la prestación pensional.

2. Señaló que la normatividad que regula la pensión Gracia es expresa al señalar que los factores a tener en cuenta son aquellos percibidos en el año anterior a aquel en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad.

3. Que es claro que la reliquidación solo era posible respecto de los valores devengados al momento de la consolidación del status de pensional y no a la época de la desvinculación, por tanto, el acto administrativo demandado no se ajustó a la normatividad que rige la materia.

4. Finalmente señaló que no le asiste la buena fe a la demandada, pues ella sabía claramente que no tenía derecho a la reliquidación pretendida y aun así, presentó la solicitud a la entidad para que efectuara dicho reajuste, induciendo a error a la administración en beneficio propio.

Solicitó entonces confirmar parcialmente la sentencia recurrida en lo relativo a la declaratoria de nulidad del acto acusado y proceda a revocar la negativa de acceder al restablecimiento del derecho pedido, accediendo en su lugar a la devolución de dineros a favor de la entidad, en los términos en que fue solicitada en el libelo introductorio.

¹³ Ver folios 286-290 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.¹⁴

Mediante providencia del 06 de marzo de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante.¹⁵

A través de proveído de 24 de abril de 2018¹⁶ el despacho prescindió de la realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos de conclusión, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, término dentro del cual se pronunció la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

1. Alegatos de conclusión presentados por la UGPP.¹⁷

Reiteró los argumentos planteados en el recurso de apelación, agregando algunos criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado con el fin de reafirmar su posición.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

¹⁴ Ver folios 292 del expediente.

¹⁵ Ver folio 297 del expediente

¹⁶ Ver folio 301 del expediente.

¹⁷ Ver folios 304-308 del expediente

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en la sentencia de primera instancia y los esbozados en el recurso de apelación, en principio debería este Tribunal determinar si es procedente tal y como lo afirma la entidad demandada, ordenar la devolución de las diferencias percibidas por la demandante como consecuencia de la errónea liquidación de su mesada pensional, o si, por el contrario, como lo adujo la juez de primera instancia, no hay lugar a devolución de suma alguna por no haberse probado la mala fe de la demandada.

Pese a lo anterior, atendiendo a la postura reiterada que ha sostenido la Sala en casos como el estudiado, analizará la Sala si el presente caso constituye una excepción al principio de la no reformatio in pejus, por desconocimiento de principios constitucionales y si ello permite revocar la sentencia de primera instancia.

3. Plan metodológico

La Sala dará a conocer la postura que ha venido adoptando en casos como el estudiado, planteará su abierta contradicción con el fallo recurrido, hará una ponderación de la postura actual frente al principio de la no reformatio in pejus y finalmente resolverá el caso concreto

4. De la postura que ha venido sosteniendo esta Sala en caso como el aquí estudiado

En recientes pronunciamientos proferidos por esta Sala¹⁸ en casos en que la UGPP ha demandado la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se ha reliquidado la pensión gracia con los factores salariales devengados al retiro del servicio, y no al estatus o fecha de reconocimiento, la Sala ha negado pretensiones, bajo las consideraciones que se resumen, en síntesis, bajo los argumentos que se esbozan a continuación:

¹⁸ Ver sentencia proferida por esta Sala el 13 de mayo de 2020 dentro del expediente con radicado No 15001 33 33 0012 2017 00190 adelantado por la UGPP contra Luis Enrique Suárez y sentencia fechada del 22 de abril de 2020 dentro del radicado No 15238 33 33 001 2017 00051 01 de la UGPP en contra de María del Carmen Galvis Gallo

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

a. A quiénes se reconoce la pensión gracia

La pensión gracia de jubilación a favor de los maestros fue creada por la ley 114 de 1913, debiendo acreditar para su reconocimiento, además de los 20 años de servicio de que trata la norma en cita, los cuales podían computarse por servicios prestados en diversas épocas,¹⁹ los requisitos establecidos en el artículo 4 de la citada ley, a saber, i). que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración; ii). que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento; iii). Que observe buena conducta; iv) que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento”.

Luego, con las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 hizo extensivo este reconocimiento prestacional para todos los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción Pública, y a los maestros que hubiesen completado los años de servicio en establecimientos de educación secundaria, es decir, dio una garantía a aquellos que inicialmente fueron maestros de primaria y que posteriormente pasaron a prestar sus servicios en secundaria.

Con la expedición de la ley 91 de 1989 el legislador limitó la prestación especial de pensión gracia de jubilación para docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980. No obstante, a quiénes resultasen vinculados con posterioridad a dicha fecha, sólo se les reconocería la pensión ordinaria de jubilación.

La pensión gracia de jubilación es entonces de carácter especial porque la Ley 33 de 1985 de manera expresa excluyó de su régimen a quienes gozaran de una pensión de carácter especial, y en este ámbito la Corte Constitucional se pronunció señalando que dicha pensión constituye un régimen especial de pensiones, pues, de un lado, aparece reglada por normas propias y de otro, porque es concurrente con la pensión general a la que eventualmente tienen derecho sus titulares, y además porque se concibió con

¹⁹ Artículo 3 de la ley 114 de 1913

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

un fin específico, a saber, cómo una compensación o retribución en favor de los maestros de primaria del sector oficial que percibían una baja remuneración y por consiguiente, tenían un poder adquisitivo precario y menor frente a aquellos educadores cuyas prestaciones estaban a cargo de la Nación.²⁰

También expuso la Corte Constitucional que la pensión gracia es un derecho de carácter especial y autónomo frente al régimen pensional ordinario, concebido como una compensación o retribución a favor de los docentes territoriales que tenían una diferencia salarial frente a los maestros de carácter nacional. Por tanto, su reconocimiento es directo e independiente de cualquier otra situación ordinaria, la cual sólo es aplicable a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre y cuando acrediten la totalidad de los requisitos señalados para su reconocimiento a cargo de la UGPP” pensión gracia de Jubilación es especial²¹.

b. Del monto y liquidación de la pensión gracia

Ha sostenido además la Sala lo siguiente:

Con la Ley 4 de 1966 se reguló el monto y los factores a tener en cuenta para liquidar esta prestación; dicha norma en su artículo 4 preceptuó:

“Artículo 4: A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”

De igual manera el artículo 5° de la mencionada Ley expresó:

“ARTÍCULO 5°.- Las pensiones de jubilación o invalidez reconocidas por una o más entidades de Derecho Público con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán aumentadas, por una sola vez hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para liquidación, o su equivalente.

Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta Ley”

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-174-2005.

²¹ Corte Constitucional Sentencia T-411-2016

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

La norma en cita fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 que en sus artículos 5 y 6 dispuso:

“Artículo 5. -A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.

Artículo 6. -A partir del veintitrés (23) de octubre de 1966 se aumentarán las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de Derecho Público con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª del mismo año, por una sola vez y hasta llegar a setenta y cinco (75%) de la asignación actual, o sea, la correspondiente en veintitrés (23) de abril de 1966, del cargo o cargos que sirvieron de base para su liquidación. Este aumento o reajuste, para efectos de su liquidación y pago solamente operará seis (6) meses después de la vigencia de la citada Ley 4ª de 1966.”

De esta manera quedó regulado lo relacionado con el monto a tener en cuenta para realizar la liquidación de la pensión gracia de jubilación en favor de los docentes de escuelas primarias, escuelas normales, e inspectores de instrucción pública.

Posteriormente se expidió la Ley 43 de 1975 que ordenó en su artículo 1 que la educación oficial básica primaria y media estaría a cargo de la Nación:

“ARTÍCULO 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.”

La Ley 33 de 1985 mantuvo el monto del 75% sobre el promedio mensual para realizar la respectiva liquidación de la pensión, pero excluyó de su aplicación a quienes como la demandante gozaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los docentes beneficiarios de la pensión gracia de jubilación.²²

Con la expedición de la Ley 71 de 1988 el legislador señaló en su artículo 9 que:

²² Artículo 1 Ley 33 de 1985: **“ARTÍCULO 1º.**- *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*”
No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

“**Artículo 9.-** Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.”

Lo anterior permitía entender que aquellas personas que gozaran de una pensión y no estuvieran retiradas del servicio, tenían derecho a que se les reliquidara su pensión tomado como base el promedio del último año de salarios, es decir, el de la fecha de retiro y no el del último año anterior a cumplir su estatus de pensionado.

Sin embargo, ante la especialidad de la pensión gracia, existieron corrientes jurisprudenciales que entendieron que la mentada reliquidación procedía para este tipo de pensiones, en tanto otra, que afirmaban lo contrario

c. De las posturas jurisprudenciales en materia de liquidación de pensión gracia

El Consejo de Estado entre los años 1996 y 2005 no tenía una postura definida acerca de la reliquidación de la pensión gracia de jubilación, pues por una parte adoptaba la tesis en la que establecía que la reliquidación de la pensión gracia debía hacerse teniendo en cuenta el año anterior al retiro del servicio y así lo expreso en sentencia con N° radicado 25000-23-25-000-2001-05732-01 del 1 de enero de 2000, indicando:

“En este proceso se debate la nulidad de la actuación administrativa acusada que le negó la reliquidación de la pensión de jubilación gracia por retiro definitivo, proferidas por autoridades de la Caja Nacional de Previsión Social por no incluir la totalidad de los factores devengados durante el año de su desvinculación

La reliquidación pensional de los docentes por factores pensionales al tiempo del retiro definitivo. Este es un caso excepcional debido a que los docentes, en virtud de excepción legal a la prohibición constitucional, pueden entrar a devengar las pensiones (ordinaria y gracia, cuando es el caso) sin tener que retirarse del servicio. Entonces, es factible que cuando finalmente el docente decida retirarse del servicio su remuneración sea diferente a la que percibía cuando “adquirió y se le reconoció la pensión”; por eso, asimilando esta reclamación al régimen ordinario pensional, que se liquida por lo devengado en el último año de servicio

La Sala, conforme a la legislación y jurisprudencia analizadas anteriormente, considera que la Entidad Prestacional en su momento no actuó conforme a derecho, dado que la pensión de jubilación gracia (especial) puede ser reliquidada teniendo en cuenta los últimos factores devengados en el año anterior al retiro del servicio”.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

En igual sentido en la sentencia de 24 de junio de 2004 del Consejo de Estado, con número de radicado 25000-23-25-000-2001-05732-01 (5707-03) indicó:

“La Sala, conforme a la legislación y jurisprudencia analizadas anteriormente, considera que la Entidad Prestacional en su momento no actuó conforme a derecho, dado que la pensión de jubilación gracia puede ser reliquidada teniendo en cuenta los últimos factores devengados en el año anterior al retiro del servicio. Como así no ocurrió, los actos acusados (que reconocieron la reliquidación pero solo sobre algunos factores) deberán ser anulados parcialmente (en cuanto no reconocieron los factores señalados) y ordenarse el restablecimiento del derecho que luego se determina.

Ahora bien, el a quo ordenó que el reconocimiento de la reliquidación de la pensión jubilación gracia fuera desde dic. 4/87, con efectos a partir de enero 30/97 por prescripción trienal, debido a la petición relevante de enero 30 /00. La anterior solución sería aplicable pero cuando se reclama el reconocimiento pensional o la inclusión de factores devengados al momento de cumplir los requisitos pensionales. Pero, en este caso, la situación es distinta porque la parte actora ya cuenta con el reconocimiento de su pensión de jubilación gracia y lo que pretende –en este caso– es que los factores devengados durante el último año de servicios anteriores al retiro definitivo del servicio se le tengan en cuenta para la reliquidación pensional al futuro, vale decir, a partir de su desvinculación, lo cual es viable”.

Finalmente, en sentencia de 19 de mayo de 2005, el Consejo de Estado en providencia con número de radicado 15001-23-31-000-2000-02970-01 indicó:

“La pensión de jubilación gracia (especial) puede ser reliquidada teniendo en cuenta los últimos factores devengados en el año anterior al retiro del servicio.

En el caso concreto el A quo ordenó que el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del día 27 de diciembre de 1987 (fecha en que adquirió el status jurídico de pensionada). Lo viable en este caso según el pedimento de la actora en vía gubernativa es la reliquidación de su pensión a partir de su desvinculación con el servicio, pues no es posible que se reliquide una pensión (v. gr. desde 1987) con factores devengados en otro tiempo posterior (v. gr. 1997-1998). **Por ello, se deberá modificar esta parte de la decisión, ordenando la reliquidación con efectos a partir de julio 31 de 1998 (fecha de retiro del servicio fl. 64), debiéndose incluir la totalidad de los factores certificados por la Secretaría de Educación de Boyacá.**

De la reliquidación pensional. **La administración deberá volver a liquidar la pensión de jubilación gracia de la Parte Actora y reconocerla en cuantía del 75% del promedio mensual obtenido en el último año anterior a la fecha de retiro (31 de julio de 1998) y a partir de esta fecha, y teniendo en cuenta no sólo la asignación básica, sino todos los factores certificados por la Secretaría de Educación de Boyacá, tales como prima de alimentación, prima de grado y quinquenio 25%, los que está demostrado, se pagaban por la administración”.**

De otra parte, también se sostenía la tesis de que la pensión gracia de jubilación debía ser liquidada teniendo en cuenta el promedio de los factores salariales devengados en

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

el año anterior a la adquisición de su estatus de pensionado, y ejemplo de dicha postura puede evidenciarse en providencia del Consejo de Estado con radicado número: 25000-23-25-000-1998-0363-01 (0185-01) del 06 de septiembre de 2001:

“Así mismo se impone reiterar que el reajuste del valor de la pensión gracia se hace sobre los factores devengados en el año inmediatamente anterior al que se causó dicha prestación.

Tratándose de esta pensión especial que se adquiere por los servicios docentes, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se adquirió el derecho, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio.

No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados del régimen prestacional común, para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo”.

De igual manera esta corporación en sentencia con radicado número 25000-23-25-000-2001-08402-01(1776-04), del 19 de mayo de 2005 indicó:

“Se trata de dilucidar en el caso sub-judice la legalidad de la Resolución No. 3024 de 20 de junio de 2001, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, por la cual se accedió a la reliquidación de la pensión reconocida a la demandante mediante Resolución N° 16269 de 11 de diciembre de 1996, pero en cuantía diferente a la solicitada.

En el caso sub lite, la actora estaba sometida a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiaria de la “Pensión Gracia” que se otorga a docentes, de conformidad con la ley 114 de 1913, que, no obstante estar a cargo del Tesoro Nacional se causa sin estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, es decir sin que se requiera de aportes a ésta.

Por esta razón, su pensión no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el último año de servicios, sino que como se señaló anteriormente, su liquidación se hace sobre los factores salariales devengados en el año anterior a adquirir el status”.

Finalmente, en sentencia de 04 de agosto de 2005, Del Consejo de Estado con número de radicado 05001-23-31-000-2003-00567-01(2509-05) resolvió el caso así:

“En criterio de la Sala no es viable la reliquidación de la pensión gracia pues los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio, que se tienen en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión ordinaria, no pueden valorarse para la liquidación de la pensión gracia, dado que esta, como su nombre lo indica, por ser especial y tener reglamentación propia, debe regirse por el tratamiento que le dio el legislador.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

El derecho al disfrute de la pensión gracia se adquiere a partir de la fecha del cumplimiento de los requisitos señalados en las normas especiales, momento a partir del cual entra al haber de la persona y, por ende, el derecho queda consolidado desde ese instante, lo que hace imposible tener en cuenta factores devengados posteriormente, cuando el derecho ya está consolidado.

Por las razones que anteceden no es válido reliquidar la pensión gracia reconocida a favor de la actora teniendo en cuenta los factores devengados durante el último año de servicios porque, como ya se indicó, estos deben tenerse en cuenta para reliquidar la pensión ordinaria de jubilación y la pensión gracia debe reliquidarse con los factores vigentes a la fecha del status”.

Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales relacionados anteriormente en lo tocante a la reliquidación de la pensión gracia como ya se ha dicho, la postura entonces sostenida por el Consejo de Estado amparaba la posibilidad de que la pensión gracia que se reconoce a los docentes pudiera ser reliquidada con el promedio de los salarios percibidos en el último anterior al retiro del servicio.

Sin embargo, es hasta el año 2005 que la postura del Consejo de Estado toma un solo sentido, indicando que la manera correcta de liquidar la pensión gracia es teniendo en cuenta lo devengado el año anterior a la adquisición del status de pensionado, es decir, en el momento en el que el docente cumplió los requisitos establecidos por la legislación siendo estos el cumplimiento de los 20 años de servicio y 50 años de edad.

d. De las conclusiones a las que ha llegado la Sala en casos como el estudiado en este proceso

Del marco normativo y jurisprudencial, ha concluido la Sala en casos como el estudiado lo siguiente:

- Que antes del año 2005, existían al interior del Consejo de Estado posturas encontradas que de una parte avalaban la reliquidación de la pensión gracia, con los salarios y factores salariales devengados por el docente al retiro del servicio, y otras que sostenían, que su liquidación sólo era viable con lo devengado al momento de la adquisición del status de pensionado.
- Que el criterio imperante a partir del año 2005 y aplicado en la actualidad, da cuenta de que la reliquidación de la pensión gracia debe realizarse con lo devengado en el año anterior a la adquisición del status.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

- Que sin embargo, pretender aplicar criterios jurisprudenciales expedidos con posterioridad a la fecha en que esta reliquidación fue ordenada, (para el caso estudiado, en el año 2002), afectaría el principio de la seguridad jurídica²³ que garantiza los derechos fundamentales y la dignidad humana ante posibles atropellos que puedan sufrir, incluso hasta por las mismas autoridades judiciales.

-Que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Principio de Seguridad Jurídica busca garantizar la certeza en los ciudadanos de que se fallará de una forma determinada sujetándose a la normatividad que para ese momento se encuentre vigente, sin perjuicio de que cambios posteriores en la normatividad puedan afectar el derecho adquirido.

²³ Ha señalado la Corte Constitucional respecto a la seguridad jurídica, en sentencia T-502 de 2002, que:

“La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta.

La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas

En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo)

4. La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley.

Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso”.

Así mismo esta corporación en sentencia SU354-2017 Preciso:

“este principio permite a los ciudadanos prever las reglas que les serán aplicadas; así mismo, indicó que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite.

La seguridad jurídica también encuentra fundamento en el principio de la buena fe, que impone a las autoridades del Estado el deber de actuar de manera coherente y de abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83), y se vincula con la igualdad de trato bajo el entendido que “si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los ciudadanos no podrían esperar que el asunto que someten a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

- Para el caso en estudio, las normas que regulan la pensión gracia y que fueron tenidas en cuenta en el año 2000 permitían inferir, que ante la no exclusión de sus textos de la pensión gracia de jubilación, la misma podía reliquidarse con lo devengado en el año anterior al retiro del servicio. No obstante, con el tiempo y ante diferentes interpretaciones el Consejo de Estado llegó a la conclusión de su liquidación únicamente al momento del status.

- Pese a lo anterior, ha venido sosteniendo esta Sala que la existencia de criterios disímiles para la fecha en que la UGPP ha ordenado la reliquidación de las pensiones gracia con lo devengado al retiro del servicio, no permite afirmar, que como el criterio aplicado por la entidad no se acompasa con el criterio actual y acogido a partir del año 2005 por el Consejo de Estado, la decisión es ilegal, pues dichas decisiones ordenaron la reliquidación de la pensión de jubilación de los docentes, atendiendo a que la normatividad y el precedente jurisprudencial permitían hacerlo de esa manera.

-Ha venido valorando además la Sala el hecho de que se trate de pensiones cuyas reliquidaciones han sido ordenadas hace más de 15 años a docentes que en la actualidad son de la tercera edad, por lo que resulta abiertamente inconstitucional afirmar que ante un cambio jurisprudencial es viable desmejorar las condiciones de su pensión gracia, porque la entidad e incluso el juez de tutela, en su momento aplicaron criterios del Consejo de Estado que hoy ya no se encuentran vigentes, pero que en su momento eran acogidos por parte del alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción.

Ha indicado además esta Sala que dentro de la labor constitucional que corresponde al juez, no puede pasar por alto que, en casos como este, a la demandada le asiste una condición de vulnerabilidad por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, cual es la tercera edad, protegida por el artículo 46²⁴ de la Constitución Política de 1991, con respecto a la cual, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

“La Corte ha destacado en varias oportunidades que las personas de la “tercera edad”, los “adultos mayores” o los “ancianos” son titulares de una especial protección por parte del Estado, cuando el perjuicio sufrido afecta la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud el mínimo vital, cuando surgen lazos de

²⁴ 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 (...)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

conexidad con derechos fundamentales, o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario”²⁵

Así mismo la Corte Constitucional ha proferido diversas sentencias en las cuales ha señalado que los adultos mayores son sujetos de especial protección por cuanto con el pasar de los años comienzan a presentar signos de debilidad e indefensión respecto de las condiciones en que lo hacen los demás, cambios fisiológicos inevitables, lo cual conlleva a que se les deba dar un trato diferenciado a fin de proteger y salvaguardar sus Derechos fundamentales, así lo expreso la Corte Constitucional en Sentencia T-339-2017, en la cual indicó:

“La edad representa un factor de vulnerabilidad para dos grupos poblacionales: para los niños, niñas y adolescentes y para las personas de la tercera edad.

En el caso de las personas mayores, los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo, pueden representar un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de los derechos fundamentales, respecto de las condiciones en que lo hacen los demás miembros de la sociedad. De ningún modo ello significa que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que dadas sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos. La edad y los cambios que conlleva, siempre inevitables, pueden suponer ciertas dificultades o la adquisición de habilidades diferenciadas, que deben verse desde un enfoque particular”.

Ha señalado, además:

“Empero, es claro que esa protección deriva del deterioro natural de las funciones básicas del ser humano, que sobrevienen con el paso de los años, y que se hacen notorias en unas personas, más que en otras. Ello, trae como consecuencia inexorable que, conforme avance el tiempo, será cada vez más difícil para ellas acceder al mercado laboral, o desarrollar alguna actividad de la cual puedan derivar su sustento. Por eso, la especial protección del Estado hacia esa población no debe abordarse tomando como factor exclusivo la edad a partir de la cual, constitucionalmente, se habla de adulto mayor, sino que debe hacerse a partir del análisis holístico del conjunto de elementos que definen su contexto real, pues, “la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria.

Desde luego, así como no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional.

²⁵ Sentencia C-177-2016

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

En conclusión, las autoridades y el juez constitucional deben obrar con especial diligencia cuando se trate de adultos mayores, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protectorio, de forma que se materialice la intención del Constituyente y se garantice el goce de los derechos constitucionales”²⁶

Son entonces las personas de la tercera edad de especial protección toda vez que con el transcurso de los años sus capacidades van disminuyendo lo cual amerita que el Estado y la sociedad tomen medidas de concientización a fin de proteger sus derechos.

En consecuencia se ha argumentado en casos como el aquí estudiado que no sería entonces constitucional la disminución de la mesada pensional de la demandada, pues ello podría afectar su dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros, desconociendo con ello la especial protección que le asiste, máxime cuando como se dijo, los parámetros legales y jurisprudenciales vigentes al momento de expedición de los actos administrativos demandados, avalaban la reliquidación de su mesada pensional al retiro del servicio.

e. De la abierta contradicción entre la decisión adoptada por el a quo y la postura adoptada por esta Sala en casos como el estudiado

El recuento sobre la postura que ha adoptado la Sala en casos como el aquí puesto de presente tiene como finalidad ilustrar, que la decisión adoptada por el a quo en el caso de la señora María Dora Parra de Malagón es contrario a los postulados que ha planteado esta Sala, pues mientras la juez de primera instancia argumentó sobre la ilegalidad del acto administrativo demandado por haber ordenado la reliquidación de la pensión gracia de jubilación de la demandante con los factores salariales devengados al momento del retiro del servicio, esta Sala ha planteado que en los casos en que dichos reconocimientos se hayan dado con anterioridad al año 2005, ante las disímiles posturas entonces adoptadas por el Consejo de Estado, no es posible acceder a la nulidad del acto demandado en tanto dicha decisión en su momento estuvo amparada por criterios jurisprudenciales que interpretaron la normatividad aplicable, de manera disímil a la hoy postura unificada.

²⁶ Sentencia T 252 de 2017

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

En consecuencia se ha afirmado que el hecho de que la postura actualmente vigente no se acompañe con lo decidido hace quince años por la entidad demandada, lo que a su vez estaba permitido por parte de la jurisprudencia entonces proferida por el Consejo de Estado que interpretaba que era plausible la reliquidación de la pensión gracia con los factores devengados al retiro del servicio, no permite dejar sin efectos lo que entonces se consideró legal, por cuanto ello vulnera principios constitucionales como la seguridad jurídica y va en detrimento de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al respeto por los derechos de la tercera edad, deben ser protegidos por las autoridades judiciales.

f. Del principio de la no reformatio in pejus en tratándose de decisiones que atentan contra principios constitucionales

De los antecedentes que rodearon este proceso, se encuentra que la juez de primera instancia declaró la nulidad del acto administrativo demandado, lo que conlleva a la disminución del monto de la mesada de la pensión gracia de la demandante para quedar liquidada con lo devengado al status de pensionado y no al retiro del servicio. No obstante, lo anterior no implica la devolución de lo pagado demás por el tiempo en que la mesada fue liquidada y pagada con lo devengado al retiro del servicio.

La parte apelante es la entidad demandante, quien pretende se revoque parcialmente la sentencia para en su lugar ordenar a la demandada la devolución de los dineros pagados de más como consecuencia del indebido reconocimiento de la pensión gracia con los factores devengados al retiro del servicio.

Lo anterior en principio, conforme al postulado de la no reformatio in pejus, limitaría a la Sala a pronunciarse solamente sobre el objeto del recurso de apelación. Sin embargo, en esta oportunidad, no puede desconocer derechos de rango constitucional en aplicación del citado principio, pues se hace necesario realizar una ponderación para determinar qué debe prevalecer en este caso, si la no reformatio in pejus o los postulados constitucionales que protegen a la demandada, pese a que no apeló la decisión de primera instancia.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

Al efecto, tiene en cuenta esta Sala que actualmente la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado han sostenido que **el principio de la non reformatio in pejus admite excepciones cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima**. En otras palabras, no es un derecho fundamental absoluto.

Al efecto, hará la Sala un recuento sobre pronunciamientos que han avalado la ponderación que puede hacer el juez de segunda instancia frente al mencionado principio, así:

La Corte Constitucional, en sentencia T 455 de 2016 indicó:

23. El artículo 31 superior consignó la facultad que tienen, por regla general, todas las personas de apelar las decisiones judiciales y, en su inciso segundo, estableció la prohibición para el juez de segunda instancia de agravar la pena impuesta por el inferior en su decisión, cuando se trate de un apelante único. En otras palabras, a través de este artículo el constituyente introdujo la garantía de la *non reformatio in pejus* en la Constitución Política de 1991.

El citado artículo establece textualmente lo siguiente:

“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

23.1. Lo anterior significa que al Juez de segunda instancia le está prohibido pronunciarse sobre las situaciones que no hayan sido planteadas en el recurso, **salvo contadas excepciones**. Pero, particularmente, tiene prohibido desmejorar la situación del apelante único, ya que de permitirse lo contrario, la consecuencia perversa sería que nadie se atrevería a cuestionar los fallos de primera instancia y, en esa medida, se violarían principios constitucionales propios de una democracia tales como el derecho a la defensa y la doble instancia, garantías propias del debido proceso. (negrilla y subraya fuera de texto)

23.2. Además de lo anterior, la garantía de la *non reformatio in pejus* también se constituye en un límite a la competencia del fallador de segunda instancia, establecido así por la propia Constitución. Sobre el tema, se pronunció esta Corporación en el año 1993 en los siguientes términos:

“Así, pues, la garantía reconocida por el artículo 31 de la Carta al apelante único tiene el sentido de dar a la apelación el carácter de medio de defensa del condenado y no el de propiciar una revisión "per se" de lo ya resuelto. Así que, mientras la otra parte no apele, el apelante tiene derecho a que tan solo se examine la sentencia en aquello que le es desfavorable. Es ésta, por tanto, una competencia definida de antemano en su alcance por el propio Constituyente.^[36]”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

23.4. La prohibición de la *reformatio in pejus* también ha sido extendida a los procesos adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no sólo porque se trata de un mandato establecido en la Constitución, sino porque ha tenido desarrollo legal tanto en el Decreto 01 de 1984¹⁴⁰¹, como en la Ley 1437 de 2011.

(...)

El Consejo de Estado en sentencia de tutela del 19 de enero de 2017, afirmó:

“Esta Corporación ha indicado que la *non reformatio in pejus* no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado²⁷, lo que ha sido avalado recientemente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al indicar que “*al juez de segunda instancia le está prohibido pronunciarse sobre las situaciones que no hayan sido planteadas en el recurso, salvo contadas excepciones*”²⁸, valoración que se debe hacer caso a caso. De igual modo, se debe indicar que su materialización está ligada a la garantía del debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el apelante.

No obstante, de manera excepcionalísima el *ad quem* cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no hayan sido objeto del recurso de apelación. Dicho de otra manera, un funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación.”²⁹ (Se resalata).

La Sección Tercera del Consejo de Estado por su parte ha señalado³⁰:

“El principio de la *non reformatio in pejus* es un desarrollo de lo establecido en el artículo 31 constitucional que ordena que “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

En atención a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia “lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativa que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera

²⁷ Cfr., Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264)

²⁸ Cfr., Sentencia T – 455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, sentencia fechada del diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02281-01(AC).

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155) Actor: GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ Y OTROS

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”. (Subrayado por la Sala)

Por su parte, también se ha resaltado que dicha garantía no tiene un carácter absoluto, por cuanto en su aplicación tiene dos limitantes, a saber:

- i) La imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas.
- ii) En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.).
Conviene precisar que con fundamento en la posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o
- iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”

Conforme a lo anterior, el principio de la non reformatio in pejus no constituye un derecho fundamental absoluto a partir del cual el juez de segunda instancia pueda pasar inadvertidos otros derechos constitucionales cuya aplicación sustancial materializan los postulados del Estado Social de Derecho dentro de los cuales se encuentra el de la seguridad social.

Corresponde entonces al juez de segunda instancia valorar el caso concreto para determinar si el pluricitado principio debe prevalecer ante otros derechos también de carácter constitucional y que fueron desconocidos por la primera instancia.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

g. Del caso en concreto

De las pruebas allegadas al proceso

Se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que la señora María Dora Parra de Malagón nació el 31 de agosto de 1944³¹ y prestó sus servicios como docente desde el año de 1968 hasta el año de 1999.³²
- Que por medio de la Resolución 008821 del 31 de julio de 1996 se le reconoció el pago de pensión gracia a favor de la señora María Dora Parra de Malagón en cuantía de \$203.521.75 M/cte, efectiva a partir del 31 de agosto de 1994.³³
- Mediante Resolución No 025135 del 3 de noviembre de 2000³⁴ CAJANAL reliquidó la pensión gracia de la demandada con el valor de la asignación básica devengada en el año 1999, en que se retiró de manera definitiva del servicio.
- Mediante sentencia de tutela del 9 de agosto de 2004, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, se ordenó reliquidar en forma definitiva la pensión de los accionantes – entre ellos la demandada – incluyendo todos los factores salariales sin prescripción, junto con la respectiva indexación y retroactividad de la reliquidación.³⁵
- Mediante Resolución No 04046 del 31 de enero de 2006 se dio cumplimiento al fallo de tutela y ordenó la reliquidación de la pensión gracia de la demandada incluyendo la asignación básica, prima de navidad, sobresueldo, prima de alimentación y prima de grado.

³¹ Ver folio 38 del expediente.

³² Ver folio 61 del expediente.

³³ Ver folios 49 a 50 del expediente.

³⁴ Ver folios 68 y 69 del expediente.

³⁵ Ver folios 75 a 105 del expediente

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

Solución al caso

La Sala, previa ponderación de los presupuestos fácticos que rodearon el caso, del principio de la no reformatio in pejus, y de su cotejo frente a los demás principios constitucionales que rodean el caso y de los que ya se dio cuenta en esta providencia, ha decidido revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar negar las pretensiones de la demanda por encontrar probada la excepción de legalidad de los actos administrativos demandados, como se explicará a continuación.

No desconoce la Sala que la prohibición para el fallador de hacer más gravosa la situación del apelante único, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable, está prevista en la Constitución Política en el artículo 31 que indica *“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”* Sin embargo, dicha garantía constitucional **no es absoluta**, y no debe ser obstáculo para aplicar la ley procesal, que faculta al juez para que de oficio declare como cualquier excepción que encuentre probada.

Así el artículo 282 del C.G.P., prevé: *“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia...”*.

Del mismo modo el artículo 187 del CPACA señala que *“...**En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada.** El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida sobre todas las excepciones de fondo, propuestas o no...”* Resaltado fuera de texto

No queda duda que para llegar a resolver la sentencia, se hizo un ejercicio de ponderación entre el principio de la no reformatio in pejus y la facultad que tiene el fallador de declarar en la sentencia las excepciones que encuentre probadas, en cuyo sustrato reside la justicia material como principio rector de la actividad judicial, de manera tal que al ser evidente su causación, ésta no debía pasarse por alto; por el contrario tenía que declararse aun cuando el juez de primera instancia no lo hubiera hecho.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

Tal como lo alude el inciso segundo del artículo 103 “...***En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal...***”.

Y es que en lo que toca a los derechos de orden constitucional ha encontrado la Sala que el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia ha establecido que “*La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley*”.

A su vez, un inciso adicionado a este artículo por el acto legislativo No 1 de 2015 señaló que “*sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.*”

Nótese que es la misma Constitución la que prohíbe a las autoridades – incluidas las judiciales – reducir el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho, respecto de la cual considera la sala que fue reconocida conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales vigentes para el momento de la expedición de dichos actos administrativos.

Y así se ha venido considerando en pronunciamientos proferidos por esta misma Sala en casos similares y que ya fueron referenciados, que ante la aparente permisividad de la norma contenida en el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, que establecía que los pensionados del sector público de todos los niveles que no se hubiesen retirado de la entidad tendrían derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social, **era dable interpretarse en su momento, que los docentes, al ser pensionados del sector público, tenían derecho a dicha reliquidación.**

Fue vía jurisprudencial que ante la especialidad de la pensión gracia se concluyó que dicha norma no era aplicable para este tipo de pensión, pero dicha determinación fue pacífica con posterioridad al año 2005, pues en años anteriores, como en el año 2004 en que el juez de tutela ordenó la reliquidación de la pensión gracia de la demandada,

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

se admitían dos corrientes al interior del Consejo de Estado, cuales eran la de permitir dicha reliquidación y la que decidía lo contrario.

Entonces afirmar que dicha reliquidación de la mesada se obtuvo contrariando las disposiciones legales y jurisprudenciales no se acompasa con la realidad del momento, aunque en la actualidad sea la tesis aceptada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Y es que el derecho a la pensión tiene conexidad con el derecho al trabajo y la seguridad social y se consideran fundamentales en tanto garantizan la vida digna del pensionado luego de haber laborado durante largos años, derecho fundamental que no puede ser reducido 15 años después de estarse devengando, so pretexto de entender que la tesis jurisprudencial imperante en la actualidad debe aplicarse retroactivamente, aún cuando en dicha época no hubiese claridad al respecto. Sobre el carácter fundamental del derecho a la pensión, ha sostenido la Corte Constitucional:

“En cuanto a la finalidad inmediata de la pensión de vejez, la citada Sentencia indicó:

“ En cuanto a su finalidad, nadie pone en duda que la pensión de vejez tiene por objeto “garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en qué consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez”

Por tanto, el derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.”³⁶

De otra parte, amparar las pretensiones de la demanda implica desconocer el derecho a la seguridad jurídica ya analizado en esta providencia y el principio a la confianza legítima en las actuaciones del Estado, toda vez que la demandada ha estado convencida durante todo el tiempo en que ha devengado su mesada, que la misma fue

³⁶ Sentencia T 398 de 2013

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

un reconocimiento que se le hizo conforme a la ley y a la orden de un juez constitucional.

Y resulta desconsiderado que ahora, luego de 20 años de reconocimiento y 15 de reliquidación se le indique que el mismo fue ilegal y que debe disminuir su mesada, decisión que atenta además con la protección especial que le asiste a la tercera edad y que, para esta Sala, prima sobre la protección al erario aducida por la demandante.

Ahora bien, el principio de la no reformatio in pejus propende porque el juez de segunda instancia no empeore, agrave o desmejore la situación del apelante único, hecho que no sucede con la revocatoria de la sentencia de primera instancia en tanto este proceso reviste la condición especial de que la demandante es una entidad pública que ha mantenido la situación del pago de la mesada hace más de 20 años y reliquidada hace más de 15 años, luego no es dable afirmar que su condición actual desmejora con la disminución de la mesada pensional de la demandante.

De otra parte, tampoco es dable afirmar que la condición de la entidad mejore en lo que toca a los fines del Estado Social de Derecho, pues las instituciones como los fondos o cajas de pensiones, fueron creadas para cumplir los cometidos constitucionales, los cuales se traducen en mantener el valor de la mesada pensional ya reconocida y en consecuencia no es dable afirmar que con la decisión aquí tomada se empeore su situación.

Finalmente la Sala tiene en cuenta que la demandada además de revestir su condición especial de protección por tratarse de una persona de la tercera edad, reviste una doble condición de protección consistente en que conforme a la documental obrante en el cuaderno de medida cautelar, es madre y curadora del interdicto Nestor Mauricio Malagón Parra según sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Chiquinquirá el 23 de agosto de 2010, en tanto el señor reviste “*Síndrome de Down, el cual cursa con alteraciones en el coeficiente intelectual y cambios morfológicos que predisponen a alteraciones y deterioro en las funciones mentales superiores*”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

Lo anterior implica que la decisión proferida por la primera instancia, desconoce los derechos fundamentales a la seguridad social y a la pensión en conexidad con el trabajo, el postulado según el cual las mesadas reconocidas en legal forma no pueden verse disminuidas, la protección a la tercera edad por ser sujetos de especial protección, la familia y la protección a las personas en condiciones de discapacidad en tanto el hijo de la demandada es interdicto y según se evidencia a folio 31 del cuaderno de medida cautelar, la presentación del proceso de interdicción obedece ***“en concreto a que se encuentra separada de hecho y para que el señor NESTOR MAURICIO MALAGÓN PARRA, continúe favorecido del seguro de por vida para que cuando ella falte la pensión pase directamente al prenombrado”***.

Lo anterior implica que la mesada pensional de la demandante será el sustento en su ausencia de su hijo interdicto, no siendo entonces desde constitucional la disminución de la mesada pensional de la demandada.

La protección de los referidos derechos fundamentales a juicio de la Sala debe ceder ante la no reformatio in pejus, aspecto este frente al cual, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“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 violada.”

Y en lo que toca al carácter fundamental del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, la Sección Segunda, Sub sección “A”, en sentencia de 17 de agosto de 2011, dentro del proceso con 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. 22

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

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 (...)” 23.

Por todo lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto se encuentra presente la excepción estudiada para que ceda el principio de non reformatio in pejus, por lo que revocará la decisión de primera instancia por encontrar acreditada la excepción de “legalidad de los actos administrativos demandados” y ordenará la devolución de las diferencias dejadas de pagar a la demandada como consecuencia de la medida cautelar decretada en providencia del 8 de mayo de 2017.

De la conducta observada por la apoderada judicial de la demandada

No puede pasar por alto la Sala el hecho de que la apoderada judicial de la demandada – **dra Ana Sidney Cely Perez** - haya omitido recurrir la decisión de primera instancia pese a ser ostensiblemente desfavorable a su poderdante, más cuando se trata de una persona en condición de vulnerabilidad por ser de la tercera edad.

Y es que el abandono del proceso se evidencia a partir de la sentencia de primera instancia, pues su defensa se reflejó en la contestación de la demanda, asistencia a la audiencia inicial, presentación de alegatos de conclusión de primera instancia, pero una vez se profiere la sentencia de segunda instancia, la cual le es desfavorable y respecto de la cual se esperaba su actuación en la que manifestara su oposición, guardó silencio y tampoco acudió a presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia.

Al efecto, es deber de la Sala, hacer un fuerte llamado de atención a la apoderada judicial de la parte demandada, a fin de que cumpla con sus deberes que como abogada le corresponden, máxime cuando el Código Disciplinario del abogado en su artículo 37 señaló que constituyen faltas a la diligencia profesional “*demorar la iniciación o*

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

prosecución de las gestiones encomendadas o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas”.

Por tal razón, también se dispondrá compulsar copia de esta providencia al Consejo Seccional de la Judicatura para que investigue la conducta de la apoderada judicial de la demandada, por presunto incumplimiento a los deberes que le impone el ejercicio de su profesión.

5. Costas y agencias en derecho

Atendiendo al artículo 188 del CPACA, teniendo en cuenta que no se presenta ninguno de los presupuestos del artículo 365 del C.G.P y además atendiendo a que no se encuentran causadas ni comprobadas, la Sala no condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja el día 9 de noviembre de 2017, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar, negar las súplicas de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción de “legalidad de los actos administrativos demandados”.

SEGUNDO. LEVANTAR la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución N° 025135 del 03 de noviembre de 2000 decretada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante proveído del 8 de mayo de 2017.

TERCERO. ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, la devolución de las diferencias

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01

de las mesadas pensionales dejadas de pagar a la demandada como consecuencia de la medida cautelar decretada en providencia del 8 de mayo de 2017.

CUARTO. Compulsar copias de la presente providencia a las Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare para que investigue la conducta de la apoderada judicial de la demandada, por presunto incumplimiento a los deberes que le impone el ejercicio de su profesión.

Al oficio que dé cumplimiento a esta orden se adjuntará copia del poder conferido por la señora María Dora Parra de Malagón a su apoderada principal y la sustitución que esta hiciera a la doctora Ana Sidney Cely Pérez identificada c.c No 52.264.974 de Bogotá, y T.P 104.386 del C.S. de la J, de la sentencia de primera instancia y de esta providencia. (Fls 210, 211, 221, 274 a 284).

QUINTO. Sin condena en costas en esta instancia.

SEXTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en reunión virtual de la Sala Segunda de Decisión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : UGPP
Demandado : María Dora Parra de Malagón
Expediente : 15001-33-33-007-2015-00053-01



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado