

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 26 de agosto de 2020

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones
COLPENSIONES**
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

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

1.Pretensiones

Declarar la nulidad de las resoluciones GNR-27189 del 4 de septiembre de 2015, del acto ficto o presunto negativo con respecto al recurso de apelación interpuesto contra la referida resolución, de la resolución No GNR 102152 del 11 de abril de 2016 y de la resolución VPB 28507 del 8 de julio de 2016, mediante las cuales, Colpensiones negó la reliquidación de la mesada pensional de la demandante.

A título de restablecimiento del derecho, condenar a Colpensiones a reliquidar, indexar y pagar retroactivamente la pensión de vejez de la demandante conforme a la Ley 33 de 1985, con el 75% del promedio de la asignación básica y todo lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta que durante el último año de servicios

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

devengó la asignación básica, festivos, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad.

Condenar a la demandada a indexar el monto a pagar, conforme a lo dispuesto por el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Declarar que, respecto a los aportes para la sostenibilidad financiera del pago de la pensión de la actora, por los factores reclamados, corresponde al Estado.

Subsidiariamente a la pretensión anterior, declarar la prescripción quinquenal de los aportes para pensión de los factores reclamados, en consecuencia, ordenar el descuento únicamente por los 5 últimos años de prestación del servicios.

Condenar a la demandada a cancelar las diferencias entre lo que viene pagando y la liquidación que resulte desde el 1 de marzo de 2014.

Condenar a la demandada a que le dé cumplimiento a la sentencia conforme lo prescribe el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Condenar a la accionada en costas y agencias en derecho.

2. Fundamentos fácticos

Narra la demanda que la demandante laboró con el Estado en el Hospital Regional de Guateque Boyacá durante 33 años y que Colpensiones mediante resolución GNR 358765 del 17 de diciembre de 2013 reconoció pensión de vejez; mediante resolución GNR 411026 del 26 de diciembre de 2014 le ordenó a la demandante reintegrar pagos por valor de \$ 2.264.622.

Mediante resolución No GNR 271889 del 4 de septiembre de 2015, Colpensiones, negó la reliquidación de la pensión y reiteró el reintegro de pagos. Esta última decisión, es decir, la que tiene que ver con el reintegro de pagos, fue confirmada en resolución No GNR-47444 del 12 de febrero de 2016.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Mediante resolución GNR 102152 del 11 de abril de 2015 negó la reliquidación de la pensión, pero dejó sin resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución GNR 271889 del 4 de septiembre de 2015.

Mediante resolución No VPB 28507 del 8 de julio de 2016, Colpensiones confirmó la resolución GNR 102152 de 2016.

3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

Fundamentó su concepto de violación en que los actos administrativos demandados violan directamente la ley por interpretación errada cuando se le da un alcance diferente al jurisprudencial, y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, la pensión debe reconocerse conforme a la Ley 33 de 1985 y liquidarse con el 75% de lo devengado durante el último año de servicios.

Señaló además que las sentencias C 258 DE 2013, SU 230 de 2015, SU 395 de 2017, no son aplicables porque la pensión no se obtuvo con abuso del derecho, y porque adquirió el derecho antes de sus respectivas publicaciones, pues el principio de favorabilidad también opera frente a la jurisprudencia y sobre los aportes por los factores reclamados para la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pago del pasivo pensional corresponde al Estado.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 1 de diciembre de 2017 ante el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.¹

Mediante proveído del 25 de enero de 2018, ese despacho admitió la demanda y ordenó notificar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. Solicitó además a la parte demandada

¹ Ver folio 46 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

allegar el expediente administrativo objeto del proceso, conforme al párrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A.²

1. Contestación de la demanda³

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que no existe respaldo en la realidad de los hechos, habida consideración que no se estructuran los supuestos facticos ni legales para la prosperidad de la reliquidación de la pensión.

Luego de citar los artículos 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 36 de la ley 100 de 1993 y sentencia C 258 de 2013, el apoderado de la entidad demandada, señaló que se ha interpretado de manera incorrecta el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Explicó que según la Corte Constitucional, el régimen de transición se aplica únicamente para los criterios de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, sin que el IBL haga parte de dicho régimen.

Cita la sentencia SU 230 de 2015, señalando que en dicha providencia la Corte Constitucional reiteró que de aplicarse el régimen de transición al IBL, se vulneraría el derecho a la igualdad, la equidad y la solidaridad, pues dicha medida solo beneficiaría a algunos usuarios perjudicando los derechos de los demás afiliados.

Continuó realizado análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional para concluir que actualmente está decantada su postura en el sentido de que el alcance del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo. Debe entenderse además que la palabra monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija

² Ver folios 50 a 54 del expediente

³ Ver folios 61 a 81 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

el caso concreto. No obstante, los factores salariales al no determinar el monto de la pensión sino hacer parte de la base de liquidación de la misma, serán señalados por la normativa actual, en este caso el Decreto 1158 de 1994.

Pese a lo anterior indicó la entidad demandada que debe tenerse en cuenta que a la parte demandante le resulta más favorable la liquidación de su mesada pensional conforme a las previsiones de la Ley 797 de 2003, toda vez que, conforme a la misma, el monto pensional que le corresponde es el 77.71% en tanto con la Ley 33 de 1985 le correspondería el 75%.

El apoderado de la entidad accionada presentó como excepciones de mérito las denominadas “INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR PROPOSICIÓN JURÍDICA INCOMPLETA; INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN; IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS; IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS; IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN; COBRO DE LO NO DEBIDO; BUENA FE DE COLPENSIONES Y PRESCRIPCIÓN.

2. Audiencia inicial

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja mediante auto de 15 de noviembre de 2018 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.⁴

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial y evacuadas las etapas de ésta, se fijó fecha para realización de audiencia de pruebas.⁵

3. Audiencia de pruebas

⁴ Ver folio 175 del expediente.

⁵ Ver folios 184 a 185 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

El 8 de abril de 2019 se incorporaron las pruebas decretadas y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.⁶

4. Alegatos de conclusión

4.1. Alegatos de conclusión presentado por la parte demandante⁷

La parte demandante manifestó que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, resolvió un problema estructural del Estado, cual es, su sostenibilidad fiscal, vulnerando con ello el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política y los derechos, garantías y principios constitucionales que informan la seguridad social en pensiones y los derechos fundamentales de la demandante a la igualdad, vida digna, proporcionalidad de la pensión con el salario etc...

Solicita entonces ordenar la reliquidación de la mesada pensional del demandante con el 75% de lo devengado por la demandante durante el último año de prestación del servicio, pues negarla, con el argumento de que accede a ella afecta la sostenibilidad del sistema pensional, viola sistemáticamente la constitución política en sus artículos 13, 29, 48, 53 y párrafo del artículo 334, con ello los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, condición más favorable vida digna entre otros.

4.2. Alegatos de conclusión presentados por Colpensiones⁸

Refirió la línea jurisprudencial actual de la Corte Constitucional sobre el ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, postura que fue acogida por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto e 2018 concluyendo que el IBL hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985. Según la sentencia, el legislador de 1993 excluyó la aplicación a futuro del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones

⁶ Ver folios 190 a 191 del expediente.

⁷ Ver folios 197 a 200 del expediente.

⁸ Ver folio 193 a 196 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

anterior a la Ley 100 de 1993, pues este régimen de transición, contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de vejez.

En consecuencia, en tratándose de la determinación del IBL para los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomarse como base o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que el legislador al aprobar la normatividad en comento, restringió las reglas del IBL con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social en nuestro país, tales como el de universalidad, solidaridad, eficiencia y equidad, con el fin de cumplir con el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política.

4.3. Pronunciamiento presentado por el Ministerio Público⁹

Consideró el Ministerio Público que debía declararse la nulidad de los actos demandados, en tanto omitieron el deber legal que le asiste a la entidad de reliquidar la pensión de jubilación de la demandante con el retiro definitivo, que, si bien no implica para el presente la aplicación del régimen de transición, si le permite por lo menos con las previsiones del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, incrementar el monto de la tasa de remplazo a aplicarse en el cálculo de su mesada pensional.

Afirmó entonces que teniendo en cuenta que la petición de la demandante ha sido constante desde la primera solicitud efectuada a la entidad en relación con la reliquidación de su pensión con el retiro definitivo, la misma debe concederse sin declarar prescripción.

Concluyó entonces que con la variación jurisprudencial presentada por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, sobre la forma cómo debe interpretarse el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, excluyéndose de dicha transición, la delimitación temporal y los factores salariales, hace que las pretensiones de la demanda en relación con la reliquidación de la pensión con el último año de prestación

⁹ Ver folios 201 a 208 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

de servicio y la inclusión de la totalidad de los factores no tenga vocación de prosperidad.

Sin embargo, y teniendo en cuenta la obligación que le asistía a la entidad de estudiar la solicitud de la demandante de la reliquidación con el retiro definitivo, ha debido atender tales previsiones y proceder a reajustar la tasa de remplazo y por tanto el valor de la mesada pensional a reconocer, por lo que solicita declarar la nulidad de los actos administrativo demandados y ordenar la reliquidación al retiro del servicio de la demandante.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 28 de mayo de 2019¹⁰, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Luego de analizar la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, concluyó que en la actualidad existe unidad de criterio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado respecto del IBL pensional del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo como regla jurisprudencial que el IBL de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición debe determinarse con fundamento en las normas de la Ley 100 de 1993 conforme al precedente constitucional construido a partir de las sentencias C 258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 427 del 11 de agosto de 2016 y SU 395 del 22 de junio de 2017 y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de a Sala Plena del Consejo de Estado.

En síntesis, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 conlleva la aplicación del monto, edad y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, pero no incluye el ingreso base de liquidación de la pensión, por lo que éste se debe determinar con los factores sobre los cuales se hicieron los aportes conforme al Decreto 1158 de 1994.

¹⁰ Ver folios 210 a 219 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Al descender al caso concreto señaló que si bien es cierto a la demandante conforme a la jurisprudencia vigente, no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, lo cierto es que con los actos administrativos demandados no se reliquidó la pensión de la demandante por retiro definitivo, es decir, con el nuevo tiempo y salario devengado, a efecto de modificar no solo la liquidación respecto de los últimos diez años de servicio, sino adicionalmente en cuanto a la tasa de remplazo a aplicar, situaciones advertidas en los actos administrativos demandados pero que en sus decisiones desconoció la demandada.

Por lo anterior, ordenó reliquidar la mesada pensional de la demandante con el del promedio de lo devengado durante los últimos diez años de servicios – hasta el retiro del servicio – incrementando el monto de la tasa de remplazo a aplicarse en el cálculo de su mesada.

IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por el apoderado de la entidad demandada, se contraen en lo fundamental a los siguientes aspectos:

No es procedente la condena impuesta a la entidad demandada en la sentencia de primera instancia en la cual se establece la reliquidación de la prestación pensional del demandante, ya que como se evidencia en los actos administrativos demandados, en los mismos se hace un estudio con diferentes tipos de pensiones, entre ellos la Ley 33 de 1985 y la Ley 797 de 2003, esta última se aplica en el estudio de reconocimiento y de reliquidación que hizo la entidad.

No obstante, en la resolución No GNR 271889 del 4 de septiembre de 2015 se indicó que la fecha de efectividad de la demandante era el 1 de marzo de 2014, fecha en que se retira del servicio, con la salvedad de que al hacer el respectivo estudio, teniendo en cuenta lo devengado durante los últimos 10 años de servicio y la fecha en que efectivamente se retiró del servicio, el monto de la mesada pensional es inferior al que se le reconoció en resolución GNR 358765 del 17 de diciembre de 2013, razón por la

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

cual, Colpensiones, aplicando el principio de favorabilidad, mantiene la mesada inicialmente reconocida y no reliquida la prestación del afiliado.

Por otro lado, se debe recalcar que el apoderado actor en su escrito de demanda, más exactamente en la pretensión 1.6, solicita se reliquide la prestación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme a la Ley 33 de 1985, pero no pretendió la reliquidación con los últimos 10 años y más aún que se tenga en cuenta dicha reliquidación desde la fecha en que el señor Noy se retiró del servicio.

Consideró entonces que en la decisión de primera instancia el a quo falló ultra y extra petita, teniendo en cuenta además que dentro del trámite procesal no se probaron los hechos que fundamentan la demanda, no se probó ningún perjuicio que debiera ser indemnizado, así como tampoco se desvirtuó la legalidad de los actos demandados.

Por lo demás reiteró los planteamientos actuales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en lo que toca a la reliquidación pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juez Quinto Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.¹¹

Mediante providencia del 4 de octubre de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.¹²

A través de proveído de 12 de diciembre de 2019 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la

¹¹ Ver folios 236 y 237 del expediente

¹² Ver folio 254 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del CPACA.¹³

1. Alegatos de conclusión presentados por Colpensiones¹⁴

Reiteró los argumentos esbozados en su recurso de apelación.

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.

2. -Problema jurídico

Conforme a los argumentos esbozados en el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, corresponde a éste Tribunal determinar si la mesada pensional de la demandante debe reliquidarse conforme a lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, esto es, con el promedio de lo devengado durante los últimos diez años de prestación del servicio – siendo el último año el del retiro del servicio - atendiendo a lo establecido en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, o si por el contrario, le asiste razón a la entidad demandada en indicar que los actos administrativos demandados deben mantener su presunción de legalidad porque a la demandante le resultaba más favorable la liquidación de su mesada de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003.

3.-Del ingreso base de liquidación aplicables a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993

¹³ Ver folio 260 del expediente.

¹⁴ Ver folios 264 a 267 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Esta Sala coincide con el a quo en que en la actualidad, existe criterio unificado sobre el ingreso base de liquidación a tener en cuenta respecto de aquellos empleados cobijados por el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al efecto, los planteamientos actuales de esta Sala se han determinado conforme a las siguientes consideraciones.

En torno al problema jurídico la jurisprudencia constante de esta Corporación al resolver pretensiones como las aquí debatidas de reliquidación de pensión de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, venía sustentando que procedía reliquidar la pensión de los demandantes con la inclusión de todos los factores salariales que hubieran devengando en el año anterior al retiro del servicio, siendo ese periodo de tiempo el que debía tomarse para efectos de determinar el IBL, posición que se fundamentaba en el principio de inescindibilidad de la norma y en el acatamiento del precedente jurisprudencial de unificación del Consejo de Estado, fijado en sentencia de 4 de agosto de 2010, y en las reiteraciones que sobre el asunto hizo la Sección Segunda de ese Alto Tribunal, considerando adicionalmente, que las sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, no resultaban aplicables a los casos aquí debatidos, por cuanto aplicaban únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados.

Posteriormente, con la expedición de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-395 de 2017, a criterio de este Tribunal se consolida la doctrina de esa Corporación adoptada en los fallos mencionados, para estatuir que de manera general, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 conlleva la aplicación del monto, edad, y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, y por tanto no incluye el ingreso base de liquidación de la pensión.

Es decir, en sentencia SU-395 de 2017, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en el sentido de que el IBL no hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual debe ser calculado con el promedio de los últimos 10 años de conformidad con el Decreto 1158 de 1994.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Por su parte, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2018, proferida dentro del expediente No. 520012333000201200143-00, modificó el criterio que había expuesto en la sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, según el cual, el IBL para las pensiones de los beneficiarios de la transición se regían por lo previsto en los artículos 1º y 3º de la Ley 33 de 1985, al ser un elemento al que se aplican las normas anteriores, y los factores salariales son todos aquellos devengados por el trabajador, pues los contenidos en la norma no son taxativos sino enunciativos.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo acogió la postura de la Corte Constitucional sobre el Ingreso Base de Liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, en los siguientes términos:

“84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultra activos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas¹⁵.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

90. En el caso de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso conciliar la finalidad que motivó la reforma, con la protección frente al impacto que el tránsito legislativo iba a generar, estableciendo un régimen de transición especial para el grupo de personas a las que ya se ha hecho referencia; régimen distinto tanto del anterior como del nuevo, con unas reglas que conservaban los requisitos del régimen anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993¹⁶, así:

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

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

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **El artículo 36 contiene todos los elementos**

¹⁵ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

¹⁶ Aplicable en virtud del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

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

Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sentó con dicho pronunciamiento la siguiente regla jurisprudencial: “El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de dicha Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para la Sala Plena, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, **el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.**

Y es que tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, en verdad protege las finanzas del sistema de seguridad social, al tiempo que no pone

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya seguridad debe el Estado garantizar, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia; por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

En consecuencia esta Sala ha acogido íntegramente los pronunciamientos enunciados con anterioridad, concluyendo entonces que de acuerdo a lo ordenado en el citado artículo 36, el periodo para deducir el ingreso base de liquidación de quien se encuentra en el régimen de transición corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicio, o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus de pensionado luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 si fuera menor a diez años. Y en cuanto a los factores que allí deben incluirse corresponde entonces remitirse al artículo 21 ibídem que señala:

“ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, **el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado** durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Quando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo” (destacado fuera de texto)

De manera que los factores sobre los cuales se determinará el IBL de los trabajadores cobijados por el régimen de transición, será el promedio de los salarios o rentas, únicamente, sobre los cuales ha cotizado el afiliado.

Así, de acuerdo a lo ordenado en el citado artículo 36, el periodo para deducir el ingreso base de liquidación de quien se encuentra en el régimen de transición corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicio y con inclusión de los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales se realizaron aportes a pensión, aplicándole una tasa de remplazo del 75%.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

4. Valoración probatoria y solución al caso concreto

No se discute en el expediente que la señora Leticia Salamanca Noy nació el 24 de noviembre de 1956 y prestó sus servicios al Hospital Valle de Tenza desde el 26 de diciembre de 1980 hasta el 30 de mayo de 2009; desde el 1° de julio de 2009 hasta el 31 de mayo de 2011 y desde el 1° de julio de 2011 hasta el 1° de marzo de 2014.

Tampoco ha sido discutido el hecho de que la demandante ese encuentra dentro de los presupuestos establecidos por el artículo 36 de la Ley 100 e 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición allí establecido, luego dichos presupuestos no serán objeto de objeción por parte de la Sala.

4.1. de los hechos probados

En consecuencia, se analizarán los actos administrativos demandados:

1. Colpensiones, mediante Resolución No GNR 358765 del 17 de diciembre de 2013¹⁷, reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez de la demandante de acuerdo a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

En dicho acto administrativo se indicó además que para obtener el ingreso base de liquidación se aplicaría lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados con base en la variación del índice de precio al consumidor, según certificación que expida del DANE.

¹⁷ Ver folios 11 a 15 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Señaló por su parte, que se tendrían en cuenta los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

2. Posteriormente, mediante resolución No GNR 271889 del 4 de septiembre de 2015,¹⁸ Colpensiones negó reliquidación de la pensión de vejez con el 75% del promedio de los salarios y factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio por no ser procedente conforme a las sentencias SU 230 de 2015, C 258 de 2013, en el entendido de que el IBL consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe ser aplicado para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, consideró nuevamente Colpensiones que a la demandante le resultaba más favorable la liquidación de su mesada con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de prestación de servicios, pero conforme a los parámetros establecidos en la ley 797 de 2003, es decir, conforme a lo establecido en la resolución de reconocimiento.

3. Luego, mediante Resolución No GNR 102152 del 11 de abril de 2016¹⁹ se negó nuevamente la reliquidación de la mesada pensional de la demandante con el 75% de lo devengado durante el último año de prestación del servicio por las consideraciones ya expuestas y reiteró que la aplicación de la Ley 797 de 2003 era más favorable al demandante por contar con 1689 semanas cotizadas, lo cual le permitía adquirir su mesada con el 77.71% del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios. No obstante, al calcular a dicha fecha la mesada con ese porcentaje, arrojaba una mesada por valor de \$ 1.334.043, la cual resultaba inferior a la mesada actual recibida que era por valor de \$ 1.424.104.

¹⁸ Ver folios 19 a 22 del expediente.

¹⁹ Ver folio 31 a 34 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

4. La anterior decisión fue confirmada en apelación mediante resolución No VPB 28507 del 8 de junio de 2016²⁰ en la que se hizo nuevamente referencia al beneficio para el caso concreto de la aplicación de la Ley 797 de 2003.
5. Obra certificado expedido por Colpensiones en el que se indica que para calcular el IBL se tuvo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los últimos diez años de servicios, evidenciando que estos fueron tomados desde el año 2003 hasta el mes de julio de 2013.²¹

4.2. Análisis de los hechos probados

Se evidencia de las pruebas allegadas al expediente, que Colpensiones dentro de los actos administrativos demandados y referidos anteriormente tuvo en cuenta que, en principio, la mesada pensional de la demandante debía hallarse con el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos diez años de prestación del servicio teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, razonamiento que se acompaña con la sentencia de unificación del mes de agosto de 2018 y estudiada a lo largo de esta providencia, y además con los pronunciamientos vigentes de la Corte Constitucional.

Sin embargo, la entidad demandada, adujo que la demandante al tener 1694 semanas de cotización, era candidata a elevar el porcentaje de su mesada conforme a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 - inciso tercero en adelante -, estableciendo al efecto en el acto administrativo de reconocimiento que el monto de la mesada pensional alcanzaba un 76,09% del promedio de lo devengado durante los últimos diez años de prestación del servicio teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

De lo anterior se colige, que en efecto resultaba más benéfico a la demandante su liquidación con el 76,09% con respecto al 75% de la Ley 33 de 1985, pues los demás presupuestos eran los mismos en lo que refiere al IBL, a saber, el promedio de los 10 últimos años de servicios con los factores del Decreto 1158 de 1994.

²⁰ Ver folios 38 a 42 del expediente.

²¹ Ver folios 112 a 118 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Nótese sin embargo que el certificado expedido por Colpensiones y obrante a folios 112 a 118 del expediente, da cuenta de que a la demandante se le tuvo en cuenta los salarios percibidos hasta el mes de julio de 2013, sin tomar en consideración lo devengado hasta 28 de febrero de 2014.

Y fue dicha situación la que tuvo en cuenta el a quo para declarar la nulidad de las resoluciones demandadas al indicar:

“Con base en lo anterior, en el caso estudiado, la demandante si bien no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, lo cierto es que con las resoluciones GNR 271889 de 2015, GNR 102152 de 2011 Y VPB 28507 de 2016, **no se reliquidó la pensión de la demandante por retiro definitivo del servicio, es decir, con el nuevo tiempo y salario devengado, a efecto de modificar no solo la liquidación respecto de los últimos diez años de servicios,** sino adicionalmente en cuanto a la tasa de remplazo a aplicar, situaciones advertidas en los actos administrativos demandados pero que en sus decisiones desconoció la demandada.”

(...)

Así las cosas, se ordenará la reliquidación de la pensión con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez años anteriores al retiro definitivo, incrementando el monto de la tasa de remplazo a aplicarse en el cálculo de su mesada pensional.

Nótese que la ratio de la primera instancia para declarar la nulidad de los actos demandados, fue incluir en la base de liquidación lo devengado hasta el retiro del servicio conforme lo establece el artículo 9 de la Ley 7 de 1988 e incrementar el monto de la tasa de remplazo

Sin embargo, y aun cuando la Sala no tiene reparo en lo que respecta a la apreciación consistente en que la entidad demandada debió tener en cuenta los factores y salarios devengados hasta el retiro del servicio, lo cierto es que se considera que la sentencia recurrida es poco clara, porque si bien ordenó la reliquidación con el promedio de lo devengado durante los últimos diez años de prestación del servicio **e incrementar el monto de la tasa de remplazo,** no aclaró el porcentaje a tener en cuenta.

En otras palabras nótese que el a quo en la parte motiva señaló:

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

“Así las cosas, se ordenará la reliquidación de la pensión con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez años anteriores al retiro definitivo, incrementando el monto de la tasa de remplazo a aplicarse en el cálculo de su mesada pensional.”

Y en la parte resolutive señaló:

“CUARTO: A título de restablecimiento del derecho la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reliquidará la pensión de jubilación reconocida a la señora LETICIA SALAMANCA NOY, identificada con cédula de ciudadanía No 23.581.598 Guateque, con el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez años anteriores al retiro definitivo del servicio, adicionalmente en cuanto a la tasa de remplazo a aplicar de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

Tampoco en otros acápites de la sentencia de primera instancia se puede establecer el porcentaje a incrementar respecto del monto de la mesada de la demandante y al que hizo referencia el a quo.

No obstante, de ninguna manera podría interpretarse de manera desfavorable al trabajador, pues se denota que la intención del juez fue el incremento del monto de la tasa de remplazo, por lo que, corresponde entonces a esta Sala determinar el monto a incrementar respecto de la mesada pensional, en razón a que la sentencia de primera instancia es ausente de la claridad que exige todo título ejecutivo.

No obstante, previo a la determinación del monto incrementar, la Sala argumentará por qué no se vulnera el principio de la no reformatio in pejus y por qué es dable aplicar el principio de favorabilidad al caso concreto.

4.3. De la no reformatio in pejus

El principio de la no reformatio in pejus está desarrollado, en el inciso 4 artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable al caso por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el cual la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al recurrente, y frente al apelante único el juez de segunda instancia debe

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

pronunciarse únicamente sobre los aspectos objeto de apelación, debiendo respetar y mantener incólume la sentencia en los aspectos no apelados.

En el presente caso, la entidad demandada recurrió el fallo de primera instancia bajo el entendido de que el a quo no podía ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la demandante porque en las resoluciones demandadas se aplicó el principio de favorabilidad y en armonía con la Ley 797 de 2003 se reconoció un 76.09% y en lo que toca a los factores y salarios percibidos hasta el retiro del servicio, los mismos si se tuvieron en cuenta, solo que al reliquidar la mesada, el monto disminuía, por lo que se aplicó lo más favorable a la demandante.

De otra parte, señaló que la primera instancia profirió fallo ultra y extra petita, toda vez que las pretensiones de la demanda en nada se relacionan con la reliquidación con lo devengado hasta el retiro del servicio y menos con el promedio de los últimos diez años, pues su pretensión radicó en la reliquidación con lo devengado en el último año de prestación 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, se considera que dicho principio debe ceder ante derechos fundamentales como la seguridad social, por lo que en el presente caso al evidenciar que la sentencia es ambigua pero que resulta palmaria la intención del a quo de incrementar el monto de la mesada pensional de la demandante, procederá la Sala a determinar cuál es el monto que le favorece a la demandante, previa argumentación del por qué no se vulnera la no reformatio in pejus.

Al efecto, no es dable 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.

En consecuencia, 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**

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

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]”

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 1984^[40], como en la Ley 1437 de 2011.

(...)

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

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 resalta).

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 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

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

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 como el derecho a la pensión y a la seguridad social.

"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

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

En consecuencia, la Sala confirmará la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, pero en atención a la ambigüedad de la sentencia de primera instancia, a fin de garantizar los derechos constitucionales de la demandante y de garantizar una sentencia cobijada por el atributo de la claridad, establecerá de manera expresa el monto a incrementar en la mesada pensional, sin que ello desconozca el principio de la no reformatio in pejus, porque este es uno de los eventos en que al no existir claridad en la sentencia de primera instancia, se ponen en riesgo los derechos fundamentales a la seguridad social y al derecho pensional.

Ahora bien, en lo que toca al argumento esbozado por la entidad demandada, según el cual, al reliquidar la mesada pensional bajo condiciones diferentes a lo pedido en la demanda se desconoce la prohibición que le asiste al juez de fallar ultra y extra patita, dicho argumento no es compartido por la Sala en tanto las pretensiones de la demanda fueron formuladas cuando se encontraba vigente el criterio del Consejo de Estado plasmado en su sentencia del 4 de agosto de 2010, que creaba expectativas legítimas en la demandante sobre la prosperidad de su reliquidación con los salarios y factores salariales devengadas durante el último año de prestación del servicio.

No obstante, el abrupto cambio jurisprudencial que afrontó el tema en estudio y que tuvo lugar con la postura adoptada por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado reflejada en la sentencia de unificación proferida en el mes de agosto de 2018 y ya estudiada, varió las condiciones que sobre la reliquidación de la pensión deben tenerse en cuenta para establecer la correcta manera de liquidar la mesada de los trabajadores cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Entonces, ante dicha variación jurisprudencial no es dable afirmar que el juez en su condición constitucional deba pasar por inadvertido que estando la mesada pensional erróneamente liquidada al cotejarla con los presupuestos de la Ley 100 de 1993 que fija las pautas para la determinación del IBL, o que al observar que la liquidación con el monto establecido en la Ley 100 es más favorable a sus intereses, guarde silencio so pretexto de que las pretensiones de la demanda no lo pidieron, pues ello sería exigir

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

a la parte condiciones imposibles, atendiendo a la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la demanda.

4.4. Del principio de favorabilidad en materia pensional aplicado por Colpensiones a la demandante

El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas.

Ha indicado la Corte Constitucional que “El principio apunta a superar controversias respecto de la aplicación de dos normas y cuando un precepto admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones.”*

En atención a dicho principio Colpensiones en el acto administrativo de reconocimiento pensional contenido de la resolución No GNR 358765 del 17 de diciembre de 2013, adujo que por principio de favorabilidad la Ley 797 de 2003 era más favorable a los intereses de la demandante por incrementar el monto de su mesada, al tener más de 1600 semanas cotizadas. Lo anterior en aplicación de lo preceptuado en el artículo 9 de la referida norma que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señalando que los requisitos para obtener la pensión de vejez son haber cumplido 55 años de edad si es mujer y 60 si es hombre, teniendo en cuenta que la edad se incrementaría a 57 años de edad para la mujer y 62 para los hombres.

Ahora bien, para establecer el monto, se acudió al artículo 10 de la referida Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 señalando:

“ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

Es evidente que el 76.09% reconocido por la Ley 797 de 2003 con el promedio de lo devengado durante los últimos diez años de prestación de servicios, resulta más favorable que el 75% del mismo promedio que le hubiese correspondido dando aplicación a la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, surge para la Sala el interrogante sobre si la norma aplicada por la entidad demandada en el reconocimiento, realmente era la que contenía la condición más favorable a los intereses de la demandada, respecto a lo cual la Sala considera que dicha norma no era aplicable a la demandante porque al ser beneficiaria del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, el comparativo normativo para establecer la favorabilidad, era entre lo el IBL conforme a la Ley 33 de 1985 y el IBL contenido en la Ley 100 de 1993, sin la modificación ni adición introducida por la Ley 793 de 2003.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

En otras palabras, como se trata de una servidora del Estado cobijada por el régimen de transición a quién debe determinarse si el monto establecido en la Ley 100 de 1993 le resulta más benéfico a sus intereses, el comparativo se reitera, debe realizarse con las previsiones de la Ley 100 de 1993 sin modificación ni adición de la Ley 797 de 2003, pues esta última aumentó requisitos para acceder al derecho pensional y disminuyó su monto, lo que contraría el principio de progresividad y de favorabilidad.

Entonces la determinación de la favorabilidad debe surgir necesariamente de la Ley en principio aplicable (33 de 1985) con la ley que la sucedió en el tiempo (Ley 100 de 1993), no resultando admisible aplicar la modificación ni la adición de la Ley 797 de 2003.

En consecuencia, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, estableció:

“ARTÍCULO 34. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

Lo anterior implica que con 1694 semanas (reconocidas por Colpensiones en la Resolución No GNR 271889 del 4 de septiembre de 2015) aportadas por la demandante, tendría derecho al siguiente monto:

Semanas cotizadas	Monto de la pensión art. 34 Ley 100 de 1993
1000	65%
1050	67%
1100	69%
1150	71%
1200	73%
1250	76%

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
 Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
 Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
 Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

1300	79%
1350	82%
1400	85%

En atención a lo dicho la Sala confirmará la sentencia de primera instancia pero modificará el numeral cuarto a efectos de conservar establecer de forma clara la tasa **de remplazo a aplicar a la demandante en el 85%** , incluyendo la reliquidación de la mesada con los salarios y factores salariales devengados durante los últimos diez años de prestación del servicio, comprendido entre el 1 de marzo de 2004 y el 28 de febrero de 2014, conforme lo ordenado por la primera instancia, la cual quedará así:

MAGISTRADA PONENTE: Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA										
RADICACION: 2017-00213										
DTE: Leticia Salamanca										
DDO: Colpensiones										
INGRESOS RECIBIDOS DURANTE LOS ULTIMOS 10 AÑOS (01/03/2004 AL 28/02/2014)										
MES	ASIG. BASICA	BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS	FESTIVOS ACUMULADOS	N° MESES	TOTAL POR AÑO	TOTAL ACUMULADO	Variacion Anual porcentual del IPC	Tasa Año Corrido Variación a mayo 1987	Variacion Anual porcentual del IPC	TOTAL INGRESO ACTUALIZADO A FECHA DE RETIRO
1/03/04	\$ 846.000	\$ 423.000	\$ 2.213.940	10	\$ 11.096.940	\$ 11.096.940	5,50%	2,10%	3,33%	\$ 11.466.476
2005	\$ 901.000	\$ 450.500	\$ 2.257.490	12	\$ 13.519.990	\$ 24.986.466			4,85%	\$ 26.198.309
2006	\$ 971.000	\$ 339.850	\$ 2.634.042	12	\$ 14.625.892	\$ 40.824.201			4,48%	\$ 42.653.126
2007	\$ 1.049.000	\$ 367.150	\$ 3.136.770	12	\$ 16.091.920	\$ 58.745.046			5,69%	\$ 62.087.639
2008	\$ 1.143.000	\$ 400.050	\$ 2.480.538	12	\$ 16.596.588	\$ 78.684.227			7,67%	\$ 84.719.307
2009	\$ 1.246.000	\$ 436.100	\$ 2.775.516	12	\$ 18.163.616	\$ 102.882.923			2,00%	\$ 104.940.581
2010	\$ 1.290.000	\$ 451.500	\$ 2.692.742	12	\$ 18.624.242	\$ 123.564.823			3,17%	\$ 127.481.828
2011	\$ 1.331.000	\$ 465.850	\$ 3.310.896	12	\$ 19.748.746	\$ 147.230.574			3,73%	\$ 152.722.275
2012	\$ 1.398.000	\$ 489.000	\$ 3.155.200	12	\$ 20.420.200	\$ 173.142.475			2,44%	\$ 177.367.151
2013	\$ 1.468.000	\$ 513.800	\$ 3.351.000	12	\$ 21.480.800	\$ 198.847.951			1,94%	\$ 202.705.601
28/02/14	\$ 1.468.000		\$ 260.000	2	\$ 3.196.000	\$ 205.901.601			1,12%	\$ 208.207.699
TOTAL INGRESO (actualizado a 28/02/2014)	\$ 208.207.699									
IBL (120 meses)	\$ 1.735.064									
MESADA 85% A 28/02/2014	\$ 1.474.804									

La anterior liquidación se realizó con el 85% del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio - hasta el 28 de febrero de 2014 - conforme lo ordenó el juez de primera instancia, incluyendo además de la asignación básica, la bonificación por servicios y los dominicales y festivos, factores estos que ya habían sido reconocidos por la entidad demandada. No obstante, se estableció en forma expresa en incremento del monto de la mesada, el cual fue reconocido por la primera instancia, pero sin determinar el % claramente,

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

La reliquidación se realizó con a corte 28 de febrero de 2014 que arrojó un valor de \$ 1.474.804 una diferencia de \$ 212.580 mensuales respecto de la mesada reconocida en la resolución No GNR 358765 del 17 de diciembre de 2013.

La pensión reliquidada en las anteriores condiciones será reajustada anualmente conforme al IPC y se pagarán las diferencias respectivas.

5.-Conclusiones

La sentencia de primera instancia a pesar de haber ordenado la reliquidación de la mesada pensional de la demandante incluyendo lo devengado durante los últimos diez años de prestación del servicio – entendida la finalización hasta el retiro del servicio - ordenó el incremento del monto de la mesada pensional, pero sin establecer de manera expresa dicho incremento.

La apelación fue presentada por la demandada al considerar que el a quo había fallado ultra y extra petita por haber fallado sobre asuntos no pedidos en la demanda y además por no haber considerado que la entidad ya había aplicado el principio de favorabilidad al caso de la demandante.

La sala consideró que la sentencia de primera instancia fue ambigua en tanto ordenó la reliquidación de la mesada pensional de la demandante con la inclusión de lo devengado hasta el retiro del servicio y el incremento del monto de la mesada, pero sin especificar el monto a incrementar, lo que la hace una sentencia ausente del atributo de claridad que debe exhibir todo título ejecutivo.

Esta instancia consideró que, ante el cambio jurisprudencial sucedido con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, las condiciones y expectativas de la demandante variaron de manera ostensible, luego en consideración a que la pensión y la seguridad social son derechos fundamentales, no se compadece con el criterio de justicia, que el juez constitucional ante la evidencia de la errónea liquidación de la mesada pensional, guarde silencio y niegue las pretensiones so pretexto de que las súplicas de la demanda no fueron formuladas conforme al último criterio

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

jurisprudencial que fue posterior en el tiempo. En consecuencia, no es dable aducir la presencia de una decisión ultra y extra petita.

Ahora bien, el principio de la no reformatio in pejus no es un derecho absoluto al que deba ceder la vulneración de derechos fundamentales como la seguridad social y la pensión pues en este caso, el juez está obligado a sopesar que prevalece, y en el presente caso, pese a que la demandada es apelante único, esta sala no puede guardar silencio frente a la ambigua sentencia de primera instancia que puede incluso ser inejecutable al haber ordenado un incremento en la tasa de remplazo sin especificar en qué porcentaje.

Por lo anterior, la Sala al verificar el incremento que debe sufrir la mesada pensional de la demandante concluyó que la favorabilidad aplicada y alegada por Colpensiones, a pesar de demostrar la intención de la entidad de mejorar los intereses económicos de la demandante, aplicó una norma que no le era aplicable, cual es la Ley 797 de 2003, ya que el comparativo para establecer la favorabilidad debió surgir de la Ley 33 de 1985 con la Ley 100 de 1993 que la sucedió en el tiempo, sin las modificaciones ni adiciones de la Ley 797 de 2003, en la medida en que esta reduce el monto.

Se concluyo entonces que, pese a las buenas intenciones de la entidad de propender por la favorabilidad para la demandante, motivó el acto administrativo de reconocimiento en una norma no aplicable, porque la verdadera favorabilidad a los intereses de la demandante se predica de la aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 sin la modificación introducida por la Ley 797de 2003, ya que de esta forma la demandante accede a su mesada pensional con una tasa de remplazo del 85%.

Conforme a lo anterior, atendiendo el principio de favorabilidad laboral en concordancia con los derechos fundamentales a la seguridad social y a la pensión, que deben prevalecer incluso sobre la no reformatio in pejus, confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, pero modificará el numeral cuarto a efectos de incluir la liquidación realizada anteriormente.

6.- De la Prescripción

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

El término prescriptivo de las prestaciones sociales es de tres años, el cual, según el artículo 41 Decreto 3135 de 1968, puede ser interrumpido por un paso igual con el simple reclamo escrito del trabajador. Conforme a lo anterior, se tiene en cuenta que a la demandante le fue reconocida su pensión de vejez mediante resolución No GNR 358765 del 17 de diciembre de 2013, e incluida en nómina a partir del 1 de marzo de 2014.

Que mediante petición elevada por la demandante el 26 de febrero de 2016, solicitó a la COLPENSIONES la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio.

Lo anterior quiere decir que entre el momento en que a la actora se le reconoció su pensión - 17 de diciembre de 2013 - y la fecha en que se presentó la reclamación – 26 de febrero de 2016 - no transcurrieron más de tres años, por lo que no ha operado el fenómeno prescriptivo, razón por la cual no se declarará la prescripción de las mesadas.

7.- De los descuentos por aportes

Teniendo en cuenta que la liquidación de las pensiones debe realizarse sobre los factores respecto de los cuales se hubiese realizado cotización, esta Sala ordenará que en caso de que sobre los salarios y factores salariales devengados entre el mes de agosto de 2013 y el mes de febrero de 2014 no se hubiesen realizado los respectivos descuentos, se realice de conformidad con las normas vigentes. Lo anterior, teniendo en cuenta que los demás ya habían sido reconocidos por la entidad en su respectiva liquidación, luego se infiere que sobre ellos se realizó la respectiva cotización.

^[1] Ver folio 30 del expediente

8. Costas y agencias en derecho

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones**
COLPENSIONES
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

La Sala se abstendrá de condenar en costas en consideración a que el artículo 365 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 188 el CPACA, no contempló condena en este sentido en el evento en que la sentencia de segunda instancia modificara la de primera como en el presente evento. Al efecto, solamente contemplo las situaciones en que se confirma o se revoca totalmente la providencia recurrida, motivo por el cual, se reitera, 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. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja el día 28 de mayo de 2019, salvo el numeral cuarto que se modifica y en su lugar se dispone

“**CUARTO.** A título de restablecimiento del derecho la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reliquidará la pensión de jubilación reconocida a la señora LETICIA SALAMANCA NOY, identificada con cédula de ciudadanía No 23.581.598 de Guateque, con el 85% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez años anteriores al retiro definitivo del servicio, incluyendo la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y los festivos laborados, conforme a la liquidación realizada en la parte motiva de esta providencia, cuya liquidación arrojó un valor de \$ 1.474.804,4 para el 28 de febrero de 2014.

De la condena, la entidad deberá descontar de manera indexada los aportes para pensión que corresponda realizar al empleado por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2013 y el 28 de febrero de 2014, siempre que los mismos no se hubiesen realizado y sin que dicho descuento pueda superar el valor total de esta condena.”

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia

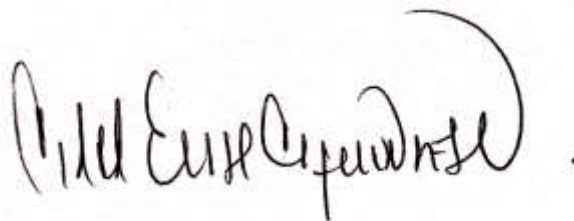
TERCERO. En firme esta providencia, por secretaría remítase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones y constancias de rigor.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Leticia Salamanca Noy**
Demandado : **Administradora Colombiana de Pensiones
COLPENSIONES**
Expediente : **15001-33-33-005-2017-00213-01**

Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado