



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Neiva, veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE	: JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
RADICACIÓN	: 41003333008- 2017-00137 -01
ACCIONANTE	: GUSTAVO JOSÉ SÁNCHEZ BARROSO
ACCIONADO	: UGPP
MEDIO CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA No.	: 16 - 05 - 61 - 20 / NRD 37 - 2 - 36
ACTA No.	: 036 DE LA FECHA

1. TEMA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo de Neiva.

2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA.

2.1. Posición de la parte actora.

Solicitó la nulidad parcial de las Resoluciones No. 12121 del 10 de marzo de 1993 y 026828 del 30 de diciembre de 1997, por medio de las cuales se le reconoció pensión de vejez y se reliquidó la misma, al igual que las Resoluciones RDP 036563 del 29 de septiembre de 2016 y RDP 008938 del 7 de marzo de 2017, a través de las cuales se negó la reliquidación de la prestación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, a fin de que se le restablezca su derecho ordenando la reliquidación de la pensión en la forma deprecada, cancelando las mesadas debidamente actualizadas con los reajustes ordenados por ley, más los intereses causados y las costas procesales.

El **sustento fáctico** señaló que laboró para el Estado por más de 20 años y en virtud de ello la extinta CAJANAL E.I.C.E. con la Resolución No. 12121 del 10 de marzo de 1993 le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$363.600, siendo reliquidada mediante la Resolución No. 026828 del 30 de diciembre de 1997, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, razón por lo que radicó solicitud en tal sentido pero la misma fue negada con la Resolución RDP 036563 del 29 de septiembre de 2016, siendo confirmada con la Resolución RDP 008938 del 7 de marzo de 2017.

Consideró **vulnerados** los artículos 2, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política; la Ley 33 de 1985 y el artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

El **concepto de la violación** invocó la causal de anulación de haberse expedido los actos administrativos con infracción de las normas en que debieron fundarse, pues desconocieron la normativa que rige su situación jurídica y el precedente jurisprudencial, ya que al ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el IBL pensional debió obtenerse de acuerdo a la Ley 33 de 1985, esto es, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, como lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010¹ y en posteriores decisiones que ratificaron dicha posición y no como lo hizo la demandada, quien aplicó incorrectamente normas que no se ajustan al caso y desconociendo con ello los principios de inescindibilidad normativa, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, favorabilidad y progresividad.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial ratificó los argumentos de la demanda que señalan la procedencia de sus pretensiones.

2.2. Posición de la parte demandada.

Se opuso a **las pretensiones** porque los actos demandados se ajustan a Derecho, pues respetaron la normativa que rige la pensión del demandante, de tal manera que aquélla fue liquidada con total observancia del régimen prestacional e inclusión de los factores sobre los cuales se realizaron las cotizaciones de ley.

En relación con **los hechos** precisó que todos son ciertos y que la afirmación que allí se hizo sobre el desconocimiento del régimen de transición por parte de la entidad, no es más que una apreciación personal del actor, ya que la pensión fue liquidada con la normativa que le correspondía (Ley 62 de 1985).

En los **fundamentos de defensa** expuso que a las pensiones causadas bajo el amparo del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, les resulta aplicable la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión o tasa de remplazo, pues el IBL se calcula en la forma establecida en el referido artículo 36, según lo estableció el precedente de la Corte

¹ Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp.: 2006-7509 (112-2009).

Constitucional (C-168/95, C-258/13, C-230/15, SU-427/16, SU-395/17), el cual es de obligatoria observancia por provenir del órgano encargado de la guarda e interpretación del Texto Superior y es compartido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Expuso que de acuerdo con lo anterior y dado el carácter obligatorio y vinculante que tienen los precedentes de la Corte Constitucional (C-634/11), es necesario acogerlos y apartarse del criterio sostenido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues no corresponde a la interpretación más ajustada de la Norma Fundamental, toda vez que ordenar una reliquidación incluyendo factores sobre los cuales no se efectuó aporte alguno, desconoce los principios de solidaridad e igualdad y afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, de ahí que los actos demandados están en consonancia con el ordenamiento jurídico y por eso las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Con base en lo anotado propuso las **excepciones** de: **a)** inexistencia de la obligación demandada, **b)** ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, **c)** prescripción y **d)** la genérica o innominada.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda que resaltan la improcedencia de lo pretendido.

2.3. El Ministerio Público.

No asistió a la audiencia inicial y no rindió concepto.

2.4. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo de Neiva dictó sentencia el 29 de marzo de 2019 (f. 106 a 113), declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y ausencia de vicios en el acto administrativo y, no probada la excepción de prescripción. Por consiguiente, negó las pretensiones y no condenó en costas.

Para llegar a tal decisión se refirió al marco normativo que regula la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 y el régimen de transición creado en su artículo 36, precisando que inicialmente el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 había señalado que aquella (la transición) implicaba la remisión integral al régimen pensional anterior, es decir, edad, tiempo de servicio, monto de la pensión y cálculo del IBL, de tal suerte que a este último no le era aplicable el mencionado artículo 36.

No obstante, indicó que la Corte Constitucional consolidó una tesis contraria en las sentencias C-258/13, SU-230/15, según la cual, el IBL no es un aspecto de la transición y por ende las pensiones adquiridas al amparo de la misma deben liquidarse conforme lo establece el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e incluyendo los factores taxativamente establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hicieron los respectivos aportes.

Expuso que dicha tesis no fue aceptada por el Consejo de Estado como se evidencia en la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, pero finalmente terminó acogéndola mediante sentencia de unificación emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018, en donde también precisó que los factores a incluir en el IBL son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones y resaltó el carácter obligatorio de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

En el caso concreto destacó que al actor le fue reconocida la pensión de vejez conforme al Decreto 546 de 1971, por cuanto acreditó los requisitos para acceder a la misma al haber fungido como juez de la República, pero que contrario a lo indicado por ambas partes, no es beneficiario del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, como quiera que adquirió su derecho pensional antes de la entrada en vigencia de dicha norma, aunque posteriormente fue reliquidada, luego es claro que el IBL de su pensión no puede ser calculado conforme a las reglas del inciso 3º del artículo 36 de la citada Ley y mucho menos puede ser obtenido con la Ley 33 de 1985, toda vez que tal Decreto estableció un régimen pensional especial y por ende una forma específica de obtención del IBL.

Concluyó que independientemente de si la pensión reconocida al actor y reliquidada por nuevos tiempos de servicio haya quedado correctamente liquidada o no conforme al Decreto 546 de 1971, deben negarse las pretensiones habida cuenta que las pretensiones de la demanda no están orientadas a la reliquidación en dicho sentido, sino a la reliquidación en los términos de la Ley 33 de 1985 por causa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.5. El recurso de apelación.

La parte actora apeló y sustentó el recurso (f. 117 a 119), solicitando se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de reliquidación de su

pensión en los términos del Decreto 546 de 1971 que es el aplicable a su caso, donde el IBL se calcula con el 75% de la asignación más elevada que devengó en el último año de servicio y con los factores que constituyen salario como lo dispuso el artículo 12 del Decreto 77 de 1978, lo que no sucedió en el presente caso y torna imperiosa la reliquidación de la prestación en aras de garantizar el derecho sustancial sobre el formal y los derechos fundamentales a la igualdad y mínimo vital, independientemente de que por error involuntario se haya solicitado la misma en los términos de un régimen que no le resulta aplicable (régimen de transición).

3. LA SEGUNDA INSTANCIA. CONSIDERACIONES.

3.1. Actuaciones procesales.

El recurso se admitió por auto del 14 de junio de 2019 (f. 4, C. 2ª I.) y con auto del 11 de julio del mismo año se corrió traslado para alegatos de conclusión (f. 9, C. 2ª I.), habiendo presentado escrito ambas partes en defensa de sus intereses, iterando los razonamientos expuestos en la primera instancia (f. 14 y 15 a 17, C. 2ª I.). El Ministerio Público guardó silencio (f. 19, C. 2ª I.).

3.2. Competencia, legitimación y validez.

La Corporación es competente para dirimir esta instancia de conformidad con el artículo 153 CPACA, pues no se avizoran circunstancias que invaliden lo actuado y las partes están legitimadas por cuanto la demandada con los actos acusados reconoció y ordenó el pago de la prestación que la actora señala se hizo sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, situación que señala también al negarle la reliquidación, de ahí el interés para que se decida sobre su validez.

3.3. Problema jurídico.

Se plantea al Tribunal resolver: ¿Debe revocarse la providencia de primer grado, porque al actor le asiste derecho a que su pensión sea liquidada en los términos del Decreto 546 de 1971 con la asignación más elevada devengada en el último año de servicio, tomando todos los factores constitutivos de salario y no sólo con aquellos sobre los cuales hizo sus aportes pues fue errado el régimen invocado en la demanda?

Previo a ello, debe decidirse si ¿Puede la parte actora variar o modificar en sede de apelación, las pretensiones y fundamentos jurídicos que expresamente propuso en la demanda y el litigio fijado en la audiencia inicial?

La tesis del Tribunal es que el ordenamiento jurídico no faculta a las partes para que en la segunda instancia modifiquen el litigio establecido en primera instancia y varíe el fundamento jurídico de sus pretensiones, razón por la cual se confirmará la sentencia recurrida.

3.4. Modificación de las circunstancias litigiosas en sede de apelación.

Para la doctrina, la demanda es el instrumento jurídico mediante el cual los sujetos de derecho formulan peticiones al Estado a través de la rama judicial para que sean resueltas por medio de una sentencia² o, como un acto de voluntad de parte, introductivo y de postulación que sirve de medio para ejercer la acción y de vehículo para formular la pretensión.³

El artículo 162 del CPACA señala que toda demanda deberá contener, entre otras cosas, lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad y, los fundamentos de Derecho de las pretensiones, de tal suerte que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

El mismo estatuto procesal estableció una fase procesal dentro de la audiencia inicial, denominada fijación del litigio (artículo 180-7 *ibídem*), cuya principal función es "*(...) concretar los hechos probados y determinar los aspectos fácticos que son objeto de debate. Se busca que allí se delimiten las actuaciones del juez y de las partes, se fije el alcance de las pretensiones y se precise el acervo probatorio que permita llegar a una acertada solución jurídica de la controversia. Adicionalmente, constituye una garantía del debido proceso pues define el marco en el cual se ha de desarrollar el debate y los aspectos sobre los que ha de ejercerse el derecho de defensa y contradicción.*"⁴

En el presente asunto, las pretensiones de la demanda persiguen la declaratoria de nulidad de los actos demandados para que se reliquide la pensión del demandante

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano", Tomo I, parte general. Bogotá: Nueva Edición. 2005.

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de derecho procesal, Tomo I, Teoría del proceso, 2ª ed., Bogotá, ABC, 1972, pág. 340.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de mayo de 2018, C.P. Rocío Araújo Oñate, exp.: 47001-23-33-000-2017-00191-02.

con base en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año de servicio y el pago actualizado de las diferencias existentes con su respectivo reajuste, invocando como fundamento de Derecho la citada ley y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al ser beneficiario de la transición allí dispuesta.

Por su parte, la entidad demandada defendió la legalidad de los actos enjuiciados señalando que no desconocieron la normativa aplicable al demandante y que por ser beneficiario de la transición de la referida ley, el IBL habría de computarse conforme a lo dispuesto en su artículo 36 y no con el régimen anterior (Ley 33 de 1985), pues así lo ha señalado el precedente jurisprudencial constitucional.

Ahora bien, en la audiencia inicial realizada el 27 de junio de 2018 (f. 101 a 104-CD), el *a quo* propuso a las partes que el litigio "(...) *se centra en establecer si al demandante le asiste o no el derecho a que su pensión de jubilación le sea reliquidada teniendo en cuenta en la determinación del ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985 y en caso positivo, si operó o no la prescripción frente a las mesadas reclamadas en tiempo*", a lo que las partes manifestaron encontrarse de acuerdo con el mismo (f. 102).

Así pues, al determinarse el litigio se fijó el alcance de las pretensiones esbozadas en la demanda y se delimitó la controversia jurídica que había de ser resuelta por el juez, lo que efectivamente sucedió pues como se viera en el acápite respectivo, en la sentencia se analizó el marco normativo invocado en la demanda como infringido y se constató que el mismo no era aplicable al actor por estar cobijado por un régimen especial de pensiones (el establecido en el Decreto 546 de 1971).

De otra parte, el artículo 320 del CGP, aplicable por integración normativa con el artículo 306 del CPACA, señala que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que revoque o reforme la decisión.

En este caso, el actor apeló la sentencia de primer grado que le fue desfavorable, pero las razones de disenso descansaron en fundamentos totalmente distintos a los expuestos en la demanda y planteó un litigio absolutamente diferente al establecido en la audiencia inicial, esto es, la reliquidación de la pensión del actor con base en los Decretos 546 de 1971 y 77 de 1978, lo que deja entrever la variación de las pretensiones y el fundamento normativo de las mismas.

Dicha posición resulta inviable para el Tribunal porque la parte actora en su calidad de apelante, no está facultada por el ordenamiento jurídico para variar las pretensiones y plantear un litigio diferente en sede de apelación, pues los reparos formulados contra la sentencia no están en consonancia con la situación fáctica y jurídica que dirimió el *a quo*, por ende el superior se encuentra imposibilitado para entrar a examinar los reparos del recurrente porque no está en consonancia con la decisión sujeta al recurso.

Adicionalmente, si la parte demandante consideraba que se equivocó al plantear sus pretensiones y los fundamentos de éstas, como expresamente lo indicó en el escrito de apelación (f. 119), contaba con al menos dos escenarios procesales para subsanar dicho yerro: **a)** el término concedido para reformar la demanda y **b)** la fase de saneamiento en la audiencia inicial, pero ambas etapas precluyeron sin pronunciamiento alguno del actor. Es más, ni siquiera se había percatado de su error hasta que fue develado por el *a quo* en la sentencia, pues al alegar de conclusión en la misma diligencia, ratificó los argumentos de la demanda y solicitó la aplicación al caso de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 atinente a la aplicación del régimen pensiona de la Ley 33 de 1985.

Por lo expuesto, no se puede desatar la nueva petición del actor sobre la base de aplicar el principio de prevalencia de lo material sobre las formalidades en cuanto el debido proceso como derecho fundamental está atado a esas formalidades y no puede sorprenderse a la parte demandada con una decisión en segunda instancia sobre aspectos que no se plantearon en la primera instancia y respecto de los cuales no tuvo oportunidad de controvertir, vulnerando el derecho fundamental de defensa y contradicción de la entidad demandada, pues abogó por las legalidad de sus actos administrativos conforme a lo planteado en la demanda.

En esa medida, se confirmará la decisión recurrida, pues entre otras cosas, al analizar el material probatorio obrante en el plenario, se aprecia que al actor no le es aplicable el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 porque el actor adquirió el estatus de pensionado el 10 de marzo de 1990, es decir, antes de la entrada en vigencia de la citada Ley y la transición opera para quienes adquirieron el estatus pensional luego de su entrada en vigencia pero tenían una expectativa legítima más favorable en los regímenes que la antecedieron.

Además, la prestación a la que accedió el actor es de carácter especial, toda vez que está consagrada en el Decreto 546 de 1971 el cual estableció el régimen pensional de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional⁵ y del Ministerio Público mientras que el artículo el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 rige para los servidores estatales que no estén cobijados por un régimen especial de pensiones (como el de los servidores de la ama judicial).

Lo anterior inequívocamente conlleva a concluir la improcedencia de las pretensiones y que en virtud de ello deban negarse, razón por la cual se corrobora la confirmación de la decisión recurrida.

4. COSTAS.

Al confirmarse la decisión del *a quo*, atendiendo el criterio objetivo valorativo que ha sentado el precedente⁶ a partir de los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, se condena a la parte actora a pagar las costas de ambas instancias en favor de la demandada.

Lo anterior porque la demandada acudió al proceso mediante apoderado a las audiencias celebradas en defensa de los intereses de su representada, estando demostrado el contrato de mandato con el poder que le otorgó, por eso se fijan de agencias en derecho en esta instancia, un (1) salario mínimo mensual vigente, atendiendo la duración y complejidad del asunto y el acuerdo PSAA16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

5. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Neiva.

⁵ El actor se desempeñó como juez de la República entre el 13 de diciembre de 1973 y el 31 de mayo de 1991.

⁶ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, sentencia de febrero 6 de 2020, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 05001233300020130104601(1820-15).

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, en la cual se incluirá un (1) salario mínimo legal mensual vigente de agencias en derecho de esta instancia.

TERCERO: ORDENAR que una vez en firme esta providencia se remita el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,



JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO



ENRIQUE DUSSÁN CABRERA



RAMIRO APONTE PINO