



359

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

Tunja, enero treinta (30) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Paco José Ortega Rojas**

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el **26 de junio de 2019**, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

I. ANTECEDENTES

- Demanda (f.3-5)

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **Paco José Ortega Rojas**, a través de apoderado judicial, pidió declarar:

- La nulidad de la **Resolución RDP 014764** del 07 de abril de 2017 (fls. 6 y 7) proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, por medio de las cuales negó reliquidación de la pensión de jubilación, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios incluyendo todos los factores salariales.
- La nulidad de la **Resolución RDP 025539** del 20 de junio de 2017 (fls. 10 a 11 vto.), proferidas por misma Unidad que al resolver el recurso de apelación interpuesto confirmó la decisión denegatoria.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Que se ordene a la entidad demandada a reliquidar la pensión del accionante, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Paco José Ortega Rojas

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

- *Que se ordene a la UGPP incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme al certificado de salarios y prestaciones sociales percibidos.*
- *Que se paguen las diferencias que resulten de la reliquidación junto con la respectiva indexación de la primera mesada y los intereses moratorios que se generen.*
- *Que se condene en costas a la demandada y se dé cumplimiento a la sentencia en el término previsto en el artículo 192 del CPACA.*

Como hechos fundamentales señaló:

- *El accionante laboró para la Universidad Pedagógica y Tecnológica UPTC, por más de 1350 semanas.*
- *Durante su vida laboral aportó para el riesgo de vejez a la Caja Nacional EICE, sobre su salario y demás factores salariales, como lo ordenó la Ley 4ª de 1966 y la Ley 33 de 1985.*
- *Cumplió con el requisito de 15 años de servicio y 40 años de edad al entrar a regir la Ley 100 de 1993.*
- *Se retiró del servicio el día 28 de diciembre de 2006.*
- *Se reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución 11820 de 13 de marzo de 2006 a partir del 01 de julio de 2005.*
- *La liquidación de la pensión se efectuó teniendo como base el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios y no se le incluyeron todos los factores salariales.*
- *En el último año de servicios devengó: salario básico, dominicales y festivos de carácter permanente, sueldo por vacaciones, prima de antigüedad, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad entre otros.*
- *Por Resolución No. 034536 del 22 de febrero de 2012 se reliquidó la pensión, pero no se tuvieron en cuenta todos los factores devengados en el año de retiro*

Como normas violadas señaló, los artículos 1,2,3,4,6,13,25,29,53 y 58 de la Constitución Política Ley 6ª de 1945. Ley 4ª de 1966, artículo 4º de la Ley 33 de 1985, y Ley 100 de 1993.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Paco José Ortega Rojas

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Adujo que debe atenderse de manera integral al régimen anterior previsto en la Ley 33 de 1985, dado que es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; y que los factores no son taxativos como lo precisó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (f.304-311)

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja en sentencia de 26 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Contrajo el problema jurídico a determinar si era procedente reliquidar la pensión ordinaria de jubilación del actor incluyendo todos los factores salariales devengados el último año de prestación de servicios, de conformidad con lo previsto en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

Expuso que, acataría el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional plasmado en sentencia C-258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 427 de 2016 y SU 385 de 2017, según los cuales el IBL no es uno de los aspectos que puede determinarse a partir de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, para quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de ese cuerpo normativo, precedente acogido en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, mediante el cual la Sala Plena se apartó de los criterios fijados por la Sección Segunda del Consejo del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016.

Descendió al caso concreto para acotar que el accionante nació el 10 de junio de 1950 y laboró desde el 01 de julio de 1978 hasta el 27 de diciembre de 2006, fecha de retiro definitivo del servicio en la UPTC, en el cargo de carpintero.

El demandante para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y 16 años de servicio, luego se encontraba dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por encontrarse en el régimen de transición y conforme a la sentencia de unificación, el accionante tenía derecho a la aplicación ultractiva de la norma anterior que regulaba su régimen pensional solamente en lo relacionado con la edad, el monto de la pensión y el tiempo de servicio, no así respecto al periodo de

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Paco José Ortega Rojas
Demandado: UGPP
Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03*

tiempo y los factores que se deben computar para la determinación del IBL que se determinan conforme a la Ley 100 de 1993.

Adujo que en la Resolución No. IHC 11820 del 13 de marzo de 2006, por medio de la cual se reconoció la pensión de vejez, se liquidó con el 75% del promedio de los últimos diez años de servicio, lo cual se ajusta a la ley y la interpretación efectuada por la jurisprudencia; criterio que fue atendido al negar la reliquidación solicitada.

Concluyó así que los actos demandados, están conformes con el precedente constitucional referido, y por lo tanto no hay reproche sobre su legalidad ni su constitucionalidad.

En relación con la indexación de la primera mesada pensional, consideró que el demandante no cumplió con los requisitos para acceder a esta petición, en tanto entre la fecha en que el actor se retiró del servicio y la fecha en que se adquirió el estatus pensional no transcurrió tiempo alguno, en razón a que el demandante adquirió el estatus el 10 de junio de 2005 y prestó servicios hasta el 27 de diciembre de 2006 cuando se retiró definitivamente.

Que en la Resolución No. IHC 11820 del 13 de marzo de 2006, ordenó pagar los reajustes correspondientes. En tal medida, negó la pretensión relacionada con la indexación de la primera mesada pensional.

Por tales consideraciones negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN (f. 313-314)

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de alzada en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado radicada bajo el No. 5200012333000201200143-01, en lo referente al IBL del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solicitó que se ordene la reliquidación de la pensión de vejez con la tasa de reemplazo equivalente al 85 % sobre el IBL correspondiente a los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años de servicio, ya que el accionante acredita más de 1350 semanas cotizadas, ello de resultarle más beneficioso, ya que la sentencia de unificación estipuló que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en materia laboral.

361

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Paco José Ortega Rojas**

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Trajo a colación un aparte de las consideraciones de la sentencia anteriormente citada, así:

“60. para aquellas personas que fueran beneficiarios del régimen de transición y consolidaran el derecho a la pensión bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte consideró que debía acudirse al principio de favorabilidad, que rige en materia laboral, Señaló que esta es labor que le incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador(...)”. (fl. 314 y vto.)

Por lo anterior solicitó dar aplicación a la condición más beneficiosa, para que de resultar más favorable para el accionante la aplicación de la tasa de reemplazo equivalente al 85% sobre el IBL correspondiente a los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 últimos años de servicio, se acojan los términos indicados por el Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo que es de obligatorio cumplimiento.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para alegar de conclusión,

- **Parte demandante y el Ministerio Público:** guardaron silencio.
- **Parte demandada** (fl. 330-357)

Indicó que los factores salariales que la entidad tiene en cuenta en los actos administrativos de reconocimiento pensional son los estrictamente señalados en la ley, de manera que los que no previstos o frente a los que no se hayan realizado aportes, o no tienen relación directa con el servicio, no serán incluidos en la liquidación pensional.

Señaló que la parte accionante solicita aplicar la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, no obstante, dicha postura fue modificada a través de Sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018, estableciendo en sus subreglas los factores salariales que debían tenerse en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Paco José Ortega Rojas**
Demandado: UGPP
Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Expuso que, no es posible incluir en el IBL factores salariales que no se encuentren taxativamente en las disposiciones previstas para tal fin y sobre los cuales el demandante no haya hecho aportes a pensión, pues iría en contravía de la voluntad del legislador y con ello se afectaría las finanzas públicas.

A dicha conclusión, dijo, arribó el Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de febrero de 2019, en la cual reiteró la sentencia de unificación y, agregó, que la pensión reconocida debe ser liquidada sobre los factores que efectivamente se cotizó, con el promedio de los salarios percibidos los 10 últimos años y no con la asignación más alta devengada en el último año, pues esto atenta contra los principios de eficiencia, de solidaridad del Sistema General de Seguridad Social y de sostenibilidad fiscal del mismo.

Citó de manera in extensa las sentencias proferidas por la Corte Constitucional que tratan el tema de interpretación del IBL en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto es, sentencias C-258 de 2013, SU- 427 de 2016, 230 de 2015, SU 395 de 2017, SU 631 de 2017, SU 023 de 2018.

Pidió acoger sus argumentos y confirmar la sentencia de primera instancia y absolver de responsabilidad de la entidad demandada.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el **26 de junio de 2019** por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda presentada por **Paco José Ortega Rojas**.

- De los nuevos argumentos del recurso de apelación:

La Sala observa que, en el escrito de apelación, la parte actora sostuvo que:

“(…) en materia de Liquidación de Pensiones cobijadas por el Régimen de Transición, a las cuales por virtud de él, se les debe dar aplicación a la condición más beneficiosa al trabajador, motivo por el cual, solicito muy respetuosamente que de resultar más favorable para mi poderdante la aplicación de la tasa de reemplazo equivalente al 85% sobre el IBL correspondiente a los salarios o rentas sobre los cuales cotizo mi poderdante durante los 10 últimos años de servicio, se de aplicación al mismo en los términos indicados por el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo que es de obligatorio cumplimiento como allí mismo los

362

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Paco José Ortega Rojas**
Demandado: UGPP
Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

estableció el mencionado órgano, en la ya mencionada sentencia de Unificación” (fl. 314.) (Resaltado fuera del original)

No obstante, en la demanda solicitó *“Que se declare la nulidad parcial de la RES. 014764 del 07-04-2017 y NULIDAD de la RES. RDP 025539 del 20-06-2017 proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP mediante la cual le negaron la reliquidación de la PENSIÓN DE JUBILACIÓN a mi mandante, DESCONOCIENDO QUE LA MISMA DEBE SER LIQUIDADADA CON EL PROMEDIO DE LO DEVENGADO CON EL ULTIMO AÑO DE SERVICIOS; INCLUYENDO TODOS LOS FACTORES SALARIALES...” (fl. 3 vto.)*.

Más adelante, insistió *“Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a las Demanda UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, a reliquidar la pensión de mi representado; Liquidándola con el promedio de lo devengado en el último año de servicios” (f. 3 vto.)*.

Bajo tal esquema, en la audiencia inicial realizada el 09 de abril de 2019 (fls. 225 y ss Cd. f.235), el juez a quo concretó la fijación del litigio en los siguientes términos:

“En este sentido, el litigio de limita a determinar si el señor PACO JOSÉ ORTEGA ROJAS, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios” (f.227).

Así quedó fijado el litigio, **sin que la parte actora manifestara inconformidad alguna**, verbigracia, porque de manera subsidiaria y en aplicación del principio de favorabilidad, la reliquidación de la pensión se llevara a cabo con la tasa de reemplazo equivalente al 85% sobre el IBL correspondiente a los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el accionante durante los últimos 10 años de servicio; se insiste, **el tema planteado por la actora en el recurso de alzada, no fue objeto de discusión en la primera instancia.**

La demanda es la oportunidad que tiene el demandante para **exponer los hechos** que considera pertinentes a fin de sacar avante su pretensión y no el recurso de apelación pues de atenderse a ellos, se vulneraría el derecho de defensa de la parte contraria.

La causa petendi o causa de pedir es el conjunto de **hechos esenciales** para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda. De allí emana el deber de congruencia de la sentencia, es decir, la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir], lo cual implica que se **respete el componente fáctico** argumentado al juez para su decisión. La causa de pedir hace referencia al principio que origina el pretendido derecho o «el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso»¹

A su turno, el recurso de apelación tiene como objeto la revisión de la sentencia de primera instancia para que sea revocada o modificada; sin embargo, **no es oportunidad para invocar aspectos ajenos al debate iniciado con la demanda** y analizado en la sentencia, comoquiera que la impetración de nuevos elementos fácticos diferentes a los establecidos en el libelo introductorio quebranta el deber de lealtad de las partes y desnaturaliza el objeto mismo de la alzada.

Examinada la demanda se observa, sin lugar a divagaciones, que ella se contrajo a solicitar que para liquidar la pensión se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, **pero no que al liquidar la pensión se atendiera una tasa de reemplazo diferente, es decir, el 85% del IBL**, ni siquiera como pretensión subsidiaria. Aún más, al agotar el procedimiento administrativo esta no fue la petición presentada.

Como esto es así, la Sala no puede variar los hechos y pretensiones que fueron el marco de la demanda, pues de aceptarse, se vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, quien no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ellos.

En efecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 8 de febrero de 2018², al analizar los argumentos del recurso de apelación, sostuvo:

“Como se ve, en la demanda se alegó como proferidos sin competencia los Decretos 2276 de 2001, 013 y 1844 de 2002, mientras que en el recurso de apelación se plantea como nuevo cargo la falta de competencia en la expedición del Decreto 1679 de 2001 fundamentada en el artículo 83 del Código de Régimen Político y Municipal, por lo que al ser un cargo nuevo planteado en la apelación, no puede ser objeto de estudio.”

¹ (CSJ SC 139, 24 Jul. 2001; CSJ SC, 5 Jul. 2005, rad. 1999-01493; CSJ SC, 18 Dic. 2009, rad. 2005-00058-01).

² Consejo de Estado, Sección Quinta – Descongestión, sentencia proferida con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 15001-23-31-000-2002-03011-01.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Paco José Ortega Rojas**
Demandado: UGPP
Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Este cargo también es un cargo nuevo planteado en el recurso de apelación, que no fue incorporado en la demanda y por tanto tampoco puede ser objeto de estudio en esta instancia, por cuanto de hacerse se vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de la parte demandada.” -Negrilla fuera de texto-

Y en sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por la Sección Primera de esa Corporación, en el proceso con radicación 13001-23-31-000-2001-02023-01 y ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés (E), se indicó:

“No obstante, es menester destacar que en los procesos ordinarios el recurso de apelación tiene límites, pues debe guardar correspondencia con el petitum de la demanda, los fundamentos fácticos y jurídicos que la sustentan, los argumentos de oposición a la misma y las consideraciones que sirven de sustento al a quo para fundamentar su sentencia. No de otra forma se respetan los derechos al debido proceso, a la igualdad procesal y la garantía de la doble instancia.

Justamente, acerca de los límites del juez en segunda instancia, esta Corporación, en sentencia de 5 de julio de 2007 (M.P. Jaime Moreno García.) precisó que: “... en el recurso de apelación... la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.”³.

Igualmente, esta Sección, en sentencia de 28 de febrero de 2008 (M.P. Martha Sofía Sanz Tobón) dijo “al tenor de lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C. la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y que el marco que limita al fallador en la segunda instancia es la sentencia y el recurso”⁴.

Asimismo, en sentencia de 20 de mayo de 2010 (M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila) también se manifestó: “...los motivos de inconformidad planteados mediante el recurso de apelación deben guardar correspondencia con el fallo recurrido, esto es, con las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia que determinaron una decisión total o parcialmente adversa a los intereses de quien apela”.

Más recientemente, en sentencia de 26 de julio de 2012 (M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez) la Sección Cuarta de la Corporación expresó que el recurso de apelación “...pretende... provocar la revisión de la providencia que cuestiona por parte del superior funcional de quien la profirió, para que, según su ponderado análisis y juicio jurídico, la revoque, modifique o, si lo encuentra pertinente, la confirme. La especialidad y exclusividad de este objeto, unido al principio de congruencia de la sentencia, sugiere plena unidad temática y consecuente entre el petitum de la demanda, las razones fácticas y jurídicas que lo fundamentan, los

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 5 de julio de 2007, Rad.: 97082005, Actora: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. Jaime Moreno García.

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 28 de febrero de 2008, Rad.: 25000231500020060226201, Actor: Josue Martínez, M.P. Martha Sofía Sanz Tobón

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Paco José Ortega Rojas**

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

argumentos de oposición a las mismas, la sentencia que examinó y proveyó sobre éstos y aquéllas, y los cuestionamientos de la apelación, conforme al parámetro fijado por el ya referido artículo 350.”.

La anterior argumentación guarda correspondencia con lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T - 516 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), frente a los límites de la competencia del juez de segunda instancia. En ella se lee:

“...la competencia del superior jerárquico... no debe ser entendida únicamente en términos de economía procesal, sino que se encuentra limitada por el respeto al derecho fundamental del debido proceso, por la garantía de la doble instancia, y el derecho a la igualdad procesal... en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su competencia, por ejemplo, cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo”. (Se resalta)

En consecuencia, de conformidad con los argumentos expuestos, debe la Sala despachar desfavorablemente el presente cargo, pues advierte que la falta de aplicación del artículo 20 del Decreto 2295 de 1996, por indebida tasación del monto que debe pagarse por incumplir el régimen del tránsito aduanero, **no se adujo en el libelo de la demanda** para controvertir la legalidad de los actos acusados, ni en las contestaciones de la misma, ni en la sentencia de primera instancia. **Estudiar éste cargo implicaría, entonces, violentar el derecho al debido proceso, la garantía de la doble instancia y el derecho a la igualdad procesal de la parte demandada.**” -Negrilla fuera de texto y subrayas de original-

Entonces, atender en este estadio procesal, una **pretensión** que no fue pedida en la demanda violaría el derecho al debido proceso, la contradicción, así como a la igualdad del demandado, a quien se sorprendería con una sentencia que en modo alguno atendió los parámetros del debate de la primera instancia. Y, es que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 281 del CGP, no es posible condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Así, el recurso de apelación debe ser adecuado y apropiado al caso, lo cual implica (i) determinar las razones de disenso con lo decidido, es decir, **presentar una verdadera controversia** que implique la confrontación de la sentencia apelada; (ii) no introducir nuevos planteamientos o exponer un desacuerdo genérico y (iii) presentar argumentos claros, puntuales y lógicos de los cuales se derive el alcance de la oposición y los aspectos que abarca la misma.

254

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Paco José Ortega Rojas**

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Esto, comoquiera que los recursos son medios para controvertir las decisiones judiciales con el fin de obtener su revocatoria o modificación, por consiguiente, es la debida sustentación la que orienta la pretensión y fija la competencia del superior en los temas propuestos y en los que les resulten inmanentes al objeto de la controversia.

En este estado de las cosas, es imprescindible destacar que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la **cuestión decidida**, con unidad temática y consecuente entre las pretensiones de la demanda, los fundamentos de hecho, las razones fácticas, la contestación y la sentencia⁵. "(...) Así, queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El recurso que desconozca esta restricción, viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora⁶."⁷ (Resaltado fuera de texto original).

Para ahondar en razones, debe resaltarse que, en términos del Consejo de Estado, el juez de la segunda instancia está sujeto, al decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada, además, **no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero que no hacen parte del concepto de violación del libelo que la sentencia de primera instancia estudió⁸**

Se aúna a ello que, en virtud de los principios de lealtad procesal, contradicción y defensa y la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada, el concepto de violación de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación de la misma, imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso de apelación hechos, cargos y presentar pretensiones nuevas que no alegó en la demanda. Si lo hiciera, el juez de la segunda instancia **no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches**, pues es su deber salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la contraparte en el proceso.

⁵ Artículo 320 del CGP

⁶ Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. 14403

⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia de 14 de agosto de 2013. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01785-01(18580) Actor: CEMEX COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LUIS

⁸ Sentencia de 7 de mayo de 2015, sentencia de 8 de junio de 2016, radicación 2006-00234, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

*Demandante: **Paco José Ortega Rojas***

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Se recuerda que el recurso de apelación no constituye una etapa para presentar **nuevas pretensiones**; en efecto, esto sería tanto como admitir que en el recurso de apelación **se reforme la demanda** y a afectar sensiblemente el derecho de defensa de los demás sujetos procesales a quienes se les cercenaría la posibilidad de presentar contra-argumentos y pruebas.

Las razones que el recurrente invoque en el memorial que contiene el recurso de apelación deben estar íntimamente relacionadas con lo decidido en primera instancia para lograr que el juez de segundo grado modifique o revoque la decisión total o parcialmente.

El apelante ningún argumento trajo para explicar por qué se apartaba de la sentencia recurrida en lo que respecta a la decisión de fondo, como tampoco si ella era incongruente; en ese orden, abordar el estudio de una **nueva pretensión**, en el recurso de alzada, conduciría a la violación del derecho fundamental al debido proceso de la UGPP pues, en ninguna etapa procesal tuvo la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en relación con lo planteado en el recurso.

La decisión judicial está sometida a criterios de corrección, que puede ir referidos a la corrección interna o externa, mejor conocidos como justificación interna o externa. La corrección interna hace referencia al problema de la validez de la decisión, mientras que la corrección externa alude a la corrección formal de los enunciados respecto a reglas procedimentales y contenidos materiales. La incorrección supone error judicial, es decir, la providencia no debe estar en contradicción con el ordenamiento y la conclusión debe ser una deducción lógica del enunciado general.

Así, vista la sentencia desde esta perspectiva, tampoco encuentra la Sala que ella carezca de coherencia pues sus fundamentos giraron en torno a delimitar si procedía la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y, para negar las pretensiones, acudió a las normas jurisprudenciales aplicables al caso y a las pruebas que militan en el plenario.

Entonces, tampoco resulta posible considerar una incongruencia interna, ni externa de la decisión judicial que ameritara un examen adicional por esta instancia, a pesar, se repite, de la inexistencia de argumentos de apelación contra ella.

265

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Paco José Ortega Rojas**

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Como se observa, en el caso analizado, es notoria la incongruencia entre lo pretendido en el recurso de apelación y lo decidido en primera instancia pues, la tasa de reemplazo no fue debatida por la parte actora durante todo el trámite ni tampoco fue puesto en conocimiento para que la UGPP ejerciera su derecho a la defensa y contradicción. A juicio de esta Sala, el demandante no planteó **ninguna inconformidad** frente a la decisión de fondo de la sentencia.

En ese hilo de pensamiento, si no existen motivos de oposición con la decisión de la sentencia, esta Sala no puede pronunciarse sobre los nuevos argumentos de la alzada.

Insiste la Sala que aceptar en la segunda instancia argumentos no invocados en la demanda, rompería el equilibrio procesal y la igualdad de las partes, además del flagrante desconocimiento del derecho de defensa de una de ellas al hacer nugatoria la oportunidad de controvertir y desvirtuar el nuevo argumento.

Se reitera, la pretensión de la demanda **no estuvo dirigida a que se liquidara su pensión con una tasa de reemplazo del 85%**, como ahora se plantea en el recurso. Tampoco fue pretensión subsidiaria. En estas condiciones atender esta pretensión del recurso, sería tanto como aceptar una reforma de la demanda, se insiste, pero en la segunda instancia, desatando una controversia que no ocupó el estudio de la primera instancia.

Entonces, si se extremara el análisis frente a los argumentos de la alzada, podría decirse que existió un indebido agotamiento de la actuación administrativa, pues si el actor pretendía el reajuste de la tasa de reemplazo a un 85%, lo cierto es que la petición no fue presentada en tales condiciones ante la entidad, como se evidencia en las resoluciones atacadas, en las cuales se resolvió sobre la pretensión de “reconocer y pagar la re liquidación de lo devengado en el último año de servicios, a la fecha definitiva de retiro esto fue el día 28 de diciembre de 2006, indexando la primera mesada pensional e incluyendo todos sus factores salariales.” (f. 6).

No puede la recurrente, reformando su demanda, aducir en su favor, además, un aparte descontextualizado de la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado que al **relatar la evolución jurisprudencial** del “Régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones”, alude a lo señalado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la Sentencia C-168 de 1995, pero nada más, siendo lo cierto que al

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Paco José Ortega Rojas**
Demandado: UGPP
Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

numeral 85 de la providencia dictada por el Consejo de Estado, si expuso "...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." Sin lugar a divagación alguna, es decir, sin que la favorabilidad fuera materia de decisión, fijó la siguiente regla "92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta 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".

Otro debate será el que pueda generarse para determinar si la tasa de reemplazo del 85% es más favorable al ahora demandante, conforme al régimen de Ley 100 de 1993 y las normas que la hayan modificado, **sin atención al régimen de transición** pretendido en esta demanda.

- **De las costas**

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

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

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues

266

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Paco José Ortega Rojas**

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia". Resaltado fuera de texto.

Al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia no se acreditaron expensas ni gastos. Sin embargo, la entidad demandada presentó alegatos de conclusión (fl. 651), lo cual daría lugar a fijar agencias en derecho por esta instancia.

Ahora bien, encuentra la Sala que, en materia de costas, en decisiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no ha sido constante el criterio a aplicar.

En efecto, se lee lo siguiente en la sentencia proferida el **20 de septiembre de 2018** por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012-00222-01(1160-15)

*"...Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa **que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.¹⁰*

*Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, **sin que para tal efecto se indique que***

⁹ "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...) "

¹⁰ Regula la norma lo siguiente: "[...]salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]".

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Paco José Ortega Rojas**

Demandado: UGPP

Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad...” (Resaltado fuera de texto)

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección “B” con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso:

“...Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva –pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.

En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada...” Resaltado fuera de texto)

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección “B” de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó *“...Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas....”* (Resaltado fuera de texto)

Más recientemente, sentencia proferida por la misma Sección Subsección “A”, con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Legulzamo Carranza, se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.

267

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Paco José Ortega Rojas**
Demandado: UGPP
Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

Considera esta Sala que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse a la postura que resulta más favorable a la parte vencida, razón por la cual no se condenará en costas por esta instancia a la parte demandante.

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

FALLA

1. **Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja el **26 de junio de 2019** en el proceso iniciado por **Paco José Ortega Rojas**, contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. Sin costas en esta instancia
3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

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

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Paco José Ortega Rojas
Demandado: UGPP
Expediente: 15001-3333-005-2017-00124-03

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 016 de hoy, **3 FEB** 2020

EL SECRETARIO