

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - No se desconoce / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - No es absoluto o ilimitado / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

[S]e advierte que (...) [el] Tribunal Administrativo de Cundinamarca le halló la razón al recurrente en lo que concierne a la inclusión del sobresueldo como factor salarial de la liquidación pensional, no obstante, sin ser objeto de discusión, excluyó el quinquenio de esa liquidación, lo que a juicio de la Sala no constituye un desbordamiento absurdo del juicio jurídico de la autoridad judicial demandada (...) la Sala considera que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no desconoció el principio de non reformatio in peius, toda vez que el aplicar este de manera absoluta en el asunto en estudio significaría ordenar un reconocimiento pensional con inclusión de un factor salarial no amparado legalmente, es decir, auspiciar una decisión administrativa que no se ciñe íntegramente al ordenamiento jurídico y que desconoce el precedente unificado de la Sección Segunda del Consejo de Estado, además que privilegia el interés particular del recurrente único (...) el Tribunal ad quem, sí estaba facultado para excluir el quinquenio de la liquidación pensional [del actor], toda vez que, luego de realizar el estudio necesario para desatar la apelación -determinación de factores salariales para la liquidación pensional-, concluyó que ese factor salarial no remunera directamente el servicio y, además, fue reconocido de manera extralegal.

NOTA DE RELATORÍA: Esta Corporación ha señalado que el principio de non reformatio in peius no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado, al respecto consultar la sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 47001-23-31-000-2000-00757-01. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia T-455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02281-01(AC)

Actor: FRANCISCO JAVIER ISAZA VÉLEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN F

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la impugnación presentada por el actor dentro de la acción de tutela de la referencia, contra la

sentencia dictada el 22 de octubre de 2015 por la Sección Segunda, Subsección “B” de esta corporación judicial, en la que decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso y ordenó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F” que profiriera una nueva providencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El demandante afirmó que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en aplicación del Acuerdo No. 24 de 1989¹, reconoció y ordenó pagar una mesada pensional a Francisco Javier Isaza Vélez, en cuantía del 85% de lo devengado durante el último año de servicio.

Indicó que la pensión mencionada en el párrafo anterior, posteriormente, fue objeto de reliquidación.

Sostuvo que, en ejercicio de acción de lesividad, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas pidió la nulidad de las resoluciones que reconocieron y reliquidaron su mesada pensional, toda vez que, a su juicio, la prestación había sido reconocida con un régimen que no era aplicable.

El Juzgado Doce Administrativo de Descongestión de Bogotá, en sentencia del 29 de junio de 2012, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y, en su lugar, dispuso que se reconociera una pensión por aportes a favor del señor Francisco Javier Isaza Vélez, de conformidad con la Ley 71 de 1988, que se liquidaría con el sueldo básico, la prima técnica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima semestral y el quinquenio.

El hoy accionante y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas interpusieron sus respectivos recursos de apelación contra la anterior decisión.

¹ Expedido por el Consejo Superior Universitario.

Refirió que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas quedó inconforme² con la sentencia de primera instancia porque: i) en la liquidación pensional se reconocieron factores extralegales y ii) no se dispuso restablecimiento del derecho a favor de la Universidad —devolución de dineros pagados en exceso—.

Por su parte, el demandante³ se limitó a dos aspectos precisos: i) que se computara, como tiempo de servicio oficial, el periodo que laboró mediante contratos de prestación de servicios docentes y, como consecuencia de eso, se reconociera la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, y ii) que se reconociera el sobresueldo como factor salarial en la liquidación de la pensión.

Señaló que en desarrollo de la audiencia de conciliación de que trata el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, el juez de primera instancia estimó que la persona que acudió en nombre de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas no estaba debidamente autorizada, pues el poder no fue otorgado para representar a la universidad en ese proceso ni para actuar en esa diligencia de conciliación, por lo que, el juzgado declaró que la parte demandante no asistió a la audiencia y, en consecuencia, concedió únicamente el recurso de apelación del hoy accionante⁴.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en sentencia del 29 de abril de 2015, confirmó la sentencia del Juzgado Doce Administrativo de Descongestión, pues concluyó que la pensión de jubilación de Francisco Javier Isaza Vélez sí debía reconocerse de conformidad con la Ley 71 de 1988, pero aclaró que los factores salariales a tener en cuenta eran: sueldo básico, prima técnica, sobresueldo, y las doceavas partes de las primas semestral, de vacaciones y de navidad.

El accionante manifestó que la autoridad judicial demandada desbordó la competencia como juez de segunda instancia y desconoció el principio de la *non reformatio in peius*, toda vez que era apelante único y que el recurso se limitaba al

² El escrito de apelación obra a folios 599-602 del expediente del proceso ordinario, que se allegó en calidad de préstamo.

³ El recurso de apelación es visible a folios 588-598 del expediente del proceso ordinario.

⁴ A folios 614 y 165 del expediente del proceso ordinario se encuentra el acta de la audiencia de conciliación.

reconocimiento de la pensión de acuerdo con la Ley 33 de 1985 y a la inclusión del sobresueldo como factor salarial en la liquidación pensional.

Agregó que la autoridad judicial demandada vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que el procedimiento establecido le imponía resolver únicamente el motivo de la apelación y, por ende, no podía pronunciarse sobre el quinquenio.

Por último, concluyó que la sentencia censurada desconoció el principio de la *non reformatio in peius*, pues al excluir el quinquenio como factor salarial de la liquidación pensional, que sí fue reconocido en primera instancia, agravó la situación del apelante único.

2. Pretensiones

El accionante formuló las siguientes pretensiones:

“(…)

Declarar, que el quinquenio forma parte de los factores salariales fijados en la Sentencia de Primera instancia, porque no fue motivo de apelación.

Ordenar, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, sub-sección “F”, Sala de Descongestión, magistrados, Dr. GERMAN RODOLFO ACEVEDO RAMIREZ: Dra. MARTHA JEANNETE GONZALEZ GUTIERREZ y la Dra. LUCENY ROJAS CONDE, o quienes hagan sus veces, incluir en la Sentencia, el Quinquenio como factor salarial para fijar la mesada pensional de Francisco Javier Isaza Vélez, Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia.”

3. Pruebas relevantes

El demandante allegó, con el escrito de tutela, copia de cada una de las piezas procesales del proceso ordinario.

4. Oposición

4.1. Respuesta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”

Mediante escrito del 17 de septiembre de 2015, el magistrado ponente solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela, con sustento en lo siguiente:

Afirmó que de conformidad con el artículo 164 del C.C.A., esa Corporación estaba facultada para precisar lo concerniente al quinquenio, máxime cuando la finalidad de la acción de lesividad es garantizar el respeto del orden jurídico.

Por último, mencionó que el escrito de tutela pretende reabrir una discusión que ya se agotó en el correspondiente proceso ordinario.

4.2. Respuesta de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas

Mediante escrito del 5 de octubre de 2015, el jefe de la oficina asesora jurídica se limitó a mencionar que ya dio cumplimiento a la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la Resolución No. 408 del 18 de agosto de 2015.

5. Sentencia impugnada

El **Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B**, en sentencia de 22 de

octubre de 2015, amparó el derecho fundamental al debido proceso, del señor Francisco Javier Isaza Vélez y, en consecuencia, dejó sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y le ordenó que profiriera una nueva sentencia atendiendo el principio de la *non reformatio in peius*.

Refirió que, en virtud de los artículos 31 de la Constitución y 357 del Código de Procedimiento Civil, el juez de segunda instancia no puede abordar el análisis de aspectos no propuestos en el recurso de apelación y tampoco puede desmejorar la situación jurídica del apelante único.

En relación de la *non reformatio in peius*, indicó que el juez de segunda instancia debía preservar la sentencia en los aspectos que resultaron favorables al apelante, por tanto, «*no podía desconocer la decisión del Juez de Primera Instancia de ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Francisco Javier Isaza Vélez con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, entre ellos, el quinquenio*».

Sostuvo que a pesar de las razones expuestas para excluir el quinquenio como factor salarial, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no podía pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto de apelación.

.

6. Escrito de impugnación

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el magistrado ponente de la providencia cuestionada, impugnó la sentencia de tutela y solicitó que se revocara con sustento en lo siguiente:

Relató que el principio de la *non reformatio in peius* no es un valor absoluto y que el reconocimiento equivocado del quinquenio no lo convertía en un derecho adquirido.

Agregó que la exclusión del quinquenio tenía como finalidad corregir un yerro del

juez de primera instancia, sin que eso implique el desconocimiento de principios constitucionales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aclaración preliminar

Mediante auto del 11 de octubre de 2016, proferido por el Consejero Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, se ordenó remitir el expediente de la referencia al despacho que sigue en turno, toda vez que, en sala del 5 de octubre de 2016, fue negado el proyecto de sentencia.

2. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y el ** del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de impugnación.

3. Planteamiento del problema jurídico

A la Sala le corresponde establecer si en el presente caso la autoridad judicial demandada vulneró el derecho fundamental invocado por la parte demandante con la decisión de excluir un factor salarial (el quinquenio), sin que este fuese motivo de controversia por parte del accionante en el recurso de apelación, máxime cuando fue apelante único

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcionalísima, se ha aceptado la

procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta y grosera de los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad⁵.

Ahora bien, sin perder de vista que la acción de tutela es, ante todo, un mecanismo de protección previsto de manera residual y subsidiaria por el ordenamiento jurídico, que en su conjunto está precisamente diseñado para garantizar los derechos fundamentales constitucionales, la Sala adecuó su posición respecto de la improcedencia de esta acción contra providencias judiciales y acogió el criterio de la procedencia excepcional⁶.

En el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 31 de julio de 2012, exp 2009-01328-01, aceptó la procedencia de la tutela contra providencia judicial, en los siguientes términos:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.”* (Subraya la Sala)

⁵ Ver entre otras, sentencias de 3 de agosto de 2006, Exp. AC-2006-00691, de 26 de junio de 2008, Exp. AC 2008-00539, de 22 de enero de 2009, Exp. AC 2008- 00720-01 y de 5 de marzo de 2009, Exp. AC 2008-01063-01.

⁶Entre otras, ver sentencias de 28 de enero de 2010 (Exp. AC-2009-00778); de 10 de febrero de 2011 (exp AC-2010-1239) y de 3 de marzo de 2011 (Exp. 2010-01271).

Aún más, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁷, aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por los órganos judiciales de cierre (Consejo de Estado, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura), pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra *“cualquier autoridad pública”*.

Hechas estas precisiones acerca de la excepcionalísima procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la Sala adoptará la metodología aplicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el amparo solicitado.

En esa sentencia la Corte Constitucional precisó que las causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial son:

“(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;

(ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;

(iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;

(iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;

⁷ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN PRIMERA.

- (v) *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y*
- (vi) *Que no se trate de sentencias de tutela.*

Una vez agotado el estudio de estos requisitos y, siempre y cuando se constate el cumplimiento de todos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir, que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y h) violación directa de la Constitución.

5. Estudio y solución del caso concreto

5.1. Verificación de los requisitos generales de procedencia

Del caso bajo estudio se observa que ha superado los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues el asunto goza de relevancia constitucional, toda vez que se debe definir si con la providencia en mención se vulneró al demandante el derecho fundamental al debido proceso.

Así mismo, del expediente de tutela se puede concluir que el accionante agotó todos los mecanismos de defensa antes de presentar la acción de amparo, pues la sentencia atacada se profirió en virtud de un recurso de apelación que interpuso el actor, por lo que se agotó la segunda instancia y, por consiguiente, no tiene otro medio para defender sus derechos.

Por otra parte, la providencia atacada se profirió el 29 de abril de 2015 y se notificó mediante edicto fijado el 13 de mayo del mismo año, desfijado el 15 de mayo del

mismo año. Comoquiera que la solicitud de amparo se formuló el 28 de agosto de 2015, es suficiente para concluir que se interpuso dentro del término de los seis meses que ha precisado la jurisprudencia de este tribunal.

Además, la providencia que se ataca se profirió en virtud de un proceso ordinario, es decir, no se trata de tutela contra tutela, por lo que se puede afirmar que se cumplen todos los requisitos de procedibilidad.

Constatado el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, pasa la Sala a ejecutar el estudio de fondo.

5.2. Del defecto material o sustantivo alegado por el accionante

La Corte Constitucional ha sostenido que la indebida aplicación de las normas también es una modalidad del defecto sustantivo y, esta, también ocurre cuando, a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final que se hace de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente lesivo de los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada).

En estos casos la Corte en sentencia T – 125 de 2012 se ha pronunciado en los siguientes términos:

" El defecto sustantivo, como una circunstancia que determina la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.

Tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:

(i) Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,

(ii) Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,

(iii) Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

Frente a la configuración de este defecto puede concluirse que, si bien es cierto los jueces, dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.

Con fundamento en lo anterior, el defecto sustantivo también se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas, y por tanto, la exégesis dada por el juez resulta a todas luces improcedente.

De esta manera, la Sentencia SU-962 de 1999 manifestó que las decisiones que incurren en una vía de hecho por interpretación “carece(n) de fundamento objetivo y razonable, por basarse en una interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable.”

Por su parte, la Sentencia T-567 de 1998 precisó que “cuando la labor interpretativa realizada por el juez se encuentra debidamente sustentada y razonada, no es susceptible de ser cuestionada, ni menos aún de ser calificada como una vía de hecho, y por lo tanto, cuando su decisión sea impugnada porque una de las partes no comparte la interpretación por él efectuada a través del mecanismo extraordinario y excepcional de la tutela, ésta será improcedente.”

(...)

En suma, ante una acción de tutela interpuesta contra una decisión judicial por presunta arbitrariedad en la interpretación del derecho legislado -vía de hecho sustancial por interpretación arbitraria- el juez constitucional debe limitarse exclusivamente a verificar que la interpretación y aplicación del derecho por parte del funcionario judicial no obedezca a su simple voluntad o capricho o que no viole los derechos fundamentales. En otras palabras, no puede el juez de tutela, en principio, definir cual es la mejor interpretación, la más adecuada o razonable del derecho legislado, pues su función se limita simplemente a garantizar que no exista arbitrariedad y a proteger los derechos fundamentales y no a definir el sentido y alcance de las normas de rango legal.”

Se colige entonces, que pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley, pues de hacerlo, se constituye en una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada. "

Al respecto, el accionante consideró que la autoridad judicial demandada desbordó la competencia como juez de segunda instancia y desconoció el principio de la *non reformatio in peius*, toda vez que era apelante único en el trámite de segunda instancia y que el recurso se limitaba al reconocimiento de la pensión de acuerdo con la Ley 33 de 1985 y a la inclusión del sobresueldo como factor salarial en la liquidación pensional, sin que se hiciera referencia alguna al quinquenio.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a realizar un análisis del mencionado defecto con el principio de la *non reformatio in pejus*, para así determinar si se incurrió en la causal específica de procedibilidad.

5.2.1 Principio de la *non reformatio in pejus*

Esta Corporación ha indicado que la *non reformatio in pejus* no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado⁸, 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*”⁹, 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.

5.3. La decisión judicial objeto de reproche constitucional no incurrió en los defectos alegados

Descendiendo al caso en estudio, se observa que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas solicitó, mediante acción de lesividad, la nulidad de las Resoluciones Nos. 042 de 25 de febrero de 1999 y 170 de 21 de marzo de 2000,

⁸ Cfr., Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264)

⁹ Cfr., Sentencia T – 455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

por medio de las cuales se le reconoció y pagó al hoy accionante la pensión de jubilación y el retroactivo de las mesadas pensionales, respectivamente.

El Juez Doce Administrativo de Descongestión de Bogotá declaró la nulidad de las resoluciones mencionadas en el párrafo anterior, pues consideró que no se debía reconocer pensiones con fundamentos en acuerdos o convenciones.

En vista de lo anterior, las partes interpusieron recurso de apelación, pero solo se concedió el del señor Francisco Javier Isaza Vélez, pues el apoderado del ente universitario no demostró estar legitimado para actuar en representación de dicha universidad.

El recurso de apelación de Francisco Javier Isaza se circunscribía a dos aspectos precisos: i) el reconocimiento de la pensión de acuerdo a la Ley 33 de 1985, previa validación del tiempo de servicio que se prestó mediante contratos de prestación de servicios docentes, y ii) la inclusión del sobresueldo, como factor salarial, en la liquidación de la prestación reconocida.

La Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como juez de segunda instancia, estimó que no era posible computar el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y, por ende, confirmó la decisión de reconocer una pensión de jubilación, bajo las previsiones de la Ley 71 de 1988.

De otra parte, para resolver el segundo aspecto de la apelación —inclusión del sobresueldo—, el Tribunal demandado se vio en la necesidad de determinar los *«factores a incluir en la liquidación pensional»*¹⁰, toda vez que, para saber si el sobresueldo debía incluirse o excluirse de la liquidación de la pensión de Francisco Javier Isaza Vélez, era indispensable definir, de manera previa, qué factores salariales son los que deben tenerse en cuenta en la pensión de jubilación por aportes -Ley 71 de 1988-.

¹⁰ Folio 63 del expediente de tutela.

En ese estudio, el *ad quem* del proceso ordinario estimó que había «*un vacío normativo en relación con la liquidación de la pensión por aportes, y por ende, para la aplicación en forma integral del régimen anterior, que se reitera, corresponde a la Ley 71 de 1988*»¹¹, por lo tanto, decidió aplicar, por analogía, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

Luego de indicar que la jurisprudencia estableció que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 consagraba una lista enunciativa y no taxativa, y después de anotar los factores salariales que devengó el recurrente durante el último año de servicios, el Tribunal señaló:

*“En cuanto al factor llamado quinquenio, vale la pena destacar que esto no debe ser incluido en la liquidación de la pensión de jubilación, por cuanto fue reconocida por fuera de los parámetros legales, **así lo ha resaltado el H. Consejo de Estado la Sala Plena de Sección Segunda, en donde se ha aceptado al [sic] inclusión de este siempre y cuando tenga sustento en normas de rango legal o reglamentario, pero en este caso se trata de una prestación extralegal que como también lo ha precisado dicha alta corporación no puede ser incluido como base de la liquidación pensional.***

(...)

Así las cosas, el quinquenio para los empleados de la Universidad Francisco José de Caldas fue creado mediante Convenciones Colectivas y/o Acuerdos expedidos por aquella Universidad, autoridad que no era la competente para crear salarios o prestaciones, pues únicamente está facultada según la Constitución Política para fijar las escalas de remuneración de los empleados, por lo que en este sentido no es posible convalidar una prestación que no obstante haberse

¹¹ Folio 69 del expediente de tutela.

devengado no constituye derecho adquirido pues no proviene de un justo título, para que sea incluida en la liquidación de la pensión, pues fue creada sin competencia del órgano que la creó, máxime, cuando existe precedente vertical que consideró que es una prestación que no remunera directamente el servicio, en consecuencia, este factor no será incluido en la presente liquidación, lo anterior no vulnera la no reformatio in pejus contenido en el artículo 31 Constitución Política (las negrillas por fuera del texto original)”.

Dicho lo anterior, se advierte que la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca le halló la razón al recurrente en lo que concerniente a la inclusión del sobresueldo como factor salarial de la liquidación pensional, no obstante, sin ser objeto de discusión, excluyó el quinquenio de esa liquidación, lo que a juicio de la Sala no constituye un desbordamiento absurdo del juicio jurídico de la autoridad judicial demandada.

En ese estado de cosas, la Sala considera que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no desconoció el principio de *non reformatio in peius*, toda vez que el aplicar este de manera absoluta en el asunto en estudio significaría ordenar un reconocimiento pensional con inclusión de un factor salarial no amparado legalmente, es decir, auspiciar una decisión administrativa que no se ciñe íntegramente al ordenamiento jurídico y que desconoce el precedente unificado de la Sección Segunda del Consejo de Estado, además que privilegia el interés particular del recurrente único.

6. Razón de la decisión

La Sala considera que el Tribunal *ad quem*, sí estaba facultado para excluir el quinquenio de la liquidación pensional de Francisco Javier Isaza Vélez, toda vez que, luego de realizar el estudio necesario para desatar la apelación - determinación de factores salariales para la liquidación pensional-, concluyó que ese factor salarial «*no remunera directamente el servicio*» y, además, fue reconocido de manera extralegal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, no desconoció el principio de *non reformatio in peius* y, por lo tanto, no vulneró el debido proceso de la parte actora.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia impugnada de 22 de octubre de 2015, que amparó el derecho fundamental al debido proceso de Francisco Javier Isaza Vélez. En su lugar, denegará el amparo solicitado, por las razones antes expuestas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- REVÓCASE la sentencia impugnada, proferida el 22 de octubre de 2015, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”.

Segundo.- En su lugar, **NIÉGASE** la solicitud de tutela instaurada por **Francisco Javier Isaza Vélez** contra el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”**.

Tercero.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- REMÍTASE el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Notifíquese, cópiese y cúmplase,

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero