



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-005-2015-00153-01
Demandante:	Carmen Alicia Polo Núñez
Demandado:	Colpensiones
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de julio de 2017, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

La señora Carmen Alicia Polo de Núñez presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra Colpensiones, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:¹

"1. Que se declare la nulidad de las siguientes actos administrativos:

- A.** Resolución GNR 246061 del 13 de agosto del 2015, por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez.
- B.** Resolución GNR 351962 del 9 de noviembre de 2015, por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución GNR 246061 del 13 de agosto de 2015.
- C.** Resolución VPB 6196 del 8 de febrero de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución 246061 del 13 de agosto de 2015.

2. Que como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos, se restablezca en su derecho al actor condenado a la demandada:

- A.** A reliquidar al actor su pensión de jubilación a partir del 8 de junio del 2002, en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta o incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio:

¹ Fs. 31-32 demanda corregida.



asignación básica y/o sueldo, prima de técnica, prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicio, bonificación por servicio, bonificación especial de recreación, prima de antigüedad, auxilio de transporte, subsidio de alimentación y cualquier otro valor devengado que constituya factor salarial.

- B. A establecer y pagar las diferencias pensionales que resulte de lo pagado como consecuencia del reconocimiento pensional y lo que deba pagar en cumplimiento de la sentencia del 8 de junio del 2002.*
- C. A indexar todas las sumas reconocidas y a pagar.*
- D. A efectuar los reajustes automáticos de Ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho.*
- E. A ajustar el valor de las condenas con base en el índice de precios del consumidor artículo 187 CPACA (Ley 1437 de 2011) de conformidad con los artículos 11, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y el principio de favorabilidad art. 53 CN.*
- F. Al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192, 194 y 195 del CPACA (Ley 1437 de 2011)*
- G. Al pago de las costas artículo 188 CPACA (Ley 1437 de 2011)"*

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente las pretensiones el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Ingresó a laborar en la Gobernación de Bolívar desde el 20 de marzo de 1974 hasta el 17 de enero de 1990, y luego fue incorporada en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena hasta el 7 de junio de 2002.

Nació el 25 de noviembre de 1932, por lo que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía 61 años de edad y 20 años de servicio; es decir, que su pensión de jubilación debía liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales devengados el último año de servicio como lo establece la Ley 33 de 1985.

Mediante Resolución No. 2064 de 6 de julio de 2004, el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, en aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100/93 y, teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985, le reconoció una pensión de jubilación con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta.

El 3 de marzo de 2015 solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, la cual fue negada mediante Resolución N° GNR 246061 de 13 de agosto de 2015.

Contra la resolución anterior, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones Nos. GNR 351962 de 9 de noviembre de 2015 y VPB 6196 de 8 de febrero de 2016, respectivamente, que confirmaron en todas sus partes la resolución recurrida.



c) Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó el artículo 36 de la Ley 100/93, la Ley 33/85 y la Ley 62 de 1985.

Manifestó que si bien al reconocerle la pensión el ISS tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985, al momento de liquidarla aplicó el IBL señalado en la Ley 100 de 1993.

Agregó que la pensión debió reconocerse aplicando de manera integral el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 y que el acto acusado contraría los fines esenciales del Estado, porque desconoce el régimen de transición, pues tiene en cuenta la Ley 33 de 1985 como beneficiaria del régimen de transición.

3.2. Contestación. (fs. 57-62)

- **Colpensiones** se opuso a las prosperidad de las pretensiones, señalando que los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades regladas deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos del valor de cosa juzgada, en pro y en contra de los administrados y de la autoridad que los profiere, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea por error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y hayan sido proferidos con maniobras dolosas o fraudulentas.

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Transcribió el artículo 36 de la Ley 100/93 sobre régimen pensional de transición, y sostuvo que aquellas personas que al 1º de abril de 1994 cumplían con alguna de las dos condiciones dispuestas por la norma (edad o tiempo de servicio cotizado), tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.

Señaló que los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Agregó que del régimen anterior solo se tiene en cuenta la edad, el tiempo y el monto, entendido como la tasa de remplazo porque el IBL es el establecido en la Ley 100 de 1993.



3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 123-134).

-83-95

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 4 de julio de 2017, resolvió:

“Primero: Declarar la nulidad de las resoluciones GNR 246061 de 13 de agosto de 2015, GNR 351962 de 9 de noviembre de 2015 y VPB 6196 de 8 de febrero de 2016, que negaron la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante y resolvieron los recursos de reposición y apelación, confirmando, según lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Ordenar a Colpensiones que reliquide la pensión de jubilación reconocida a la señora Carmen Alicia Polo de Núñez, por medio de la Resolución N° 2064 de 6 de julio de 2004, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (7 de junio de 2001 a 7 de junio de 2002, fecha de retiro) incluyendo en estos además de la asignación básica, prima técnica, prima de alimentación auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados (2001), prima de navidad (2001), prima de vacaciones (2001), prima de servicios (2001), a partir de la fecha de retiro del servicio 8 de junio de 2002; en cuantía equivalente al 75% del total de todos los factores salariales devengados en último año de servicios y en la proporción pagada a cada uno de ellos. La entidad podrá descontar las sumas que en calidad de aportes no se hubiesen debitado respecto de los factores incluidos.

Tercero: Ordenar a Colpensiones pagar las diferencias pensionales que resulten de la reliquidación ordenada y el descuento de los aportes que no se hubieran debitado respecto de los nuevos factores. Las sumas aquí ordenadas pagar serán indexadas según lo explicado en la parte motiva de esta sentencia. Se declara la prescripción de las diferencias pensionales anteriores al 3 de marzo de 2012.

Cuarto: Condenar en costas a la parte demanda, conforme lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP; se liquidaran por Secretaría en firme la sentencia. (...)”

Sostuvo el A – quo, que la demandante acreditó que al entrar en vigencia la Ley 100/93 tenía 61 años de edad, toda vez que nació el 21 de noviembre de 1932 e inició su vinculación laboral desde el 22 de febrero de 1974, por lo cual se le debe aplicar la Ley 33 de 1985 de forma integral; es decir, en relación con la edad, tiempo de servicios, monto y factores de liquidación de su prestación.

Como la demandante acreditó que el año anterior a la adquisición de su estatus pensional devengó además de su asignación básica, prima técnica, prima de alimentación auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión de dichos factores.

3.4. Recurso de apelación

- **Colpensiones** solicitó tener en cuenta el criterio de la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, agregó que el régimen de transición respeta



edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión referido solo a tasa de remplazo, como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso Base de Liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos.

Por lo anterior, los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de determinar el IBL, son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hayan efectuado aportes al Sistema General de Pensiones.

Manifestó que la reliquidación solicitada no es procedente, dado que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 de la Ley 100/93; además de que no se puede reliquidar una pensión sobre factores salariales sobre los cuales no se hubieran realizado cotizaciones.

Alegó que la resolución mediante la cual Colpensiones liquidó la pensión de vejez del demandante, se encuentra ajustada a derecho toda vez que se aplicó el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93 en concordancia con la Ley 33/95, respetando la edad, tiempo y monto de régimen anterior.

Finalmente, solicitó que se revoque la sentencia apelada.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 13 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 3 Cuaderno N° 2), y por providencia de 20 de noviembre de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 7 ibídem). ✓

La apoderada de la parte demandante presentó alegatos y reiteró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición; por lo cual se debe aplicar Ley 33/85 (fs.10-14); la apoderada de la demandada presentó alegatos y reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fs. 15-16 ibídem); y el Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.



V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer, si el recurso de apelación interpuesto guarda congruencia con la sentencia de primera instancia. En caso negativo, dicha circunstancia constituye motivo suficiente para desestimar el recurso; y, en caso afirmativo habrá de establecer la Sala si en aplicación de la Ley 33/85, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

5.3. Tesis del Despacho

La Sala desestimará los argumentos expuestos por la parte demandada, porque no tienen vocación para desvirtuar el fundamento de la sentencia apelada.

Lo anterior, porque se orientan a demostrar que en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones se deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33/85, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93. Y por otra parte, sostiene que en aplicación del mismo régimen de transición los factores base de cotización son los previstos en el Decreto 1158/94.

Es evidente que la discusión propuesta por el apelante no guarda congruencia con la demanda, y tampoco con la sentencia apelada, pues una y otra se basan en el argumento de que a la demandante se le debe aplicar íntegramente la Ley 33/85, porque cuando entró en vigencia la Ley 100/94, ya la accionante había adquirido el status pensional.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

El artículo 243 del CPACA establece que “son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. (...)”.



El artículo 247 ibídem establece el trámite del recurso de apelación en la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 320 del C.G.P., por su parte, establece:

"Art. 320. Fines de la apelación. 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 el superior revoque o reforme la decisión.

El Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que el recurso de apelación es un medio de impugnación de las decisiones judiciales de primera instancia, que permite al superior funcional revisarlas a efecto de verificar si procede su aclaración, modificación, adición o su revocatoria.

Ha señalado igualmente que quien interpone dicho recurso tiene la carga mínima de sustentarlo, mediante cargos o cuestionamientos frente a los asuntos que fueron objeto de pronunciamiento por el a quo de manera adversa, o frente a los cuales simplemente no se pronunció. Y que la sentencia y el recurso de apelación constituyen el marco que limita la decisión del superior, quien carece de libertad para suponer otros motivos que, a su juicio, pudieron ser invocados contra la decisión.

También ha establecido que el principio de la doble instancia garantizado por el artículo 31 superior, supone el cumplimiento de ciertos requisitos de oportunidad y procedencia, so pena de fracaso del recurso; **todo lo cual impone la congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación del recurso**, sin la cual se desconoce la finalidad y objeto de la segunda instancia.²

Los criterios descritos, fueron reafirmado así por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de abril de 2016, dentro del proceso con radicación interna N° 0529-15, C.P. William Hernández Gómez:

"(...) En este sentido y de acuerdo con la finalidad del recurso de apelación, resulta necesario no solo que el recurrente sustente la decisión sino que lo haga de la forma adecuada, indicando en concreto los motivos de inconformidad respecto del fallo del A-quo, los cuales determinarán el objeto de análisis del Ad quem y su competencia frente al caso. Lo anterior demanda un grado de congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación u objeto de la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo el debate jurídico y probatorio que fundamentó la decisión del juez de primera instancia, como también la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia.

² Los criterios anteriores han sido expuestos en sentencias de la Sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 4 de marzo de 2010, Rad. 25000-23-27-000-1999-00875-01(15328); por la Sección Segunda, Sub. "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de 7 de abril de 2011, Rad. 13001-23-31-000-2004-00202-02(0417-10); y por la Subsección B de la Sección Segunda en sentencias del 9 de noviembre de 2017, Exp. 1050-2017, y del 6 de julio de 2017, Exp. 3949-2014, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



(...) El recurso de apelación presentado por la parte demandada no guarda congruencia con lo decidido en la sentencia apelada, por tal razón y al no encontrar motivo alguno de inconformidad contra el fallo, debe declararse incólume la sentencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda, pues no es posible analizar ni los argumentos, ni las decisiones en ella adoptadas".³

Luego, la falta de congruencia entre el recurso de apelación y la sentencia cuestionada conducen necesariamente al fracaso de aquél.

La Sala prohíja los criterios expuestos por el Consejo de Estado en las sentencias mencionadas previamente, y los aplicará al caso concreto.

5.5. Caso concreto.

Observa la Sala que los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado por la parte demandada, son incongruentes respecto de la sentencia proferida por el A-quo.

Lo anterior, porque la demanda se funda en el hecho de que cuando entró en vigencia la Ley 100/93 la demandante había cumplido todos los requisitos para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, y por ello pretendió obtener la reliquidación de su pensión, a la cual se había aplicado inicialmente el régimen de transición previsto en el artículo 36 de dicha Ley. A juicio de la demandante se debía reliquidar su pensión en aplicación íntegra de la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85, en todos sus aspectos, incluyendo el ingreso base de cotización devengado durante el último año de servicios, que a su juicio comprendía todos los factores salariales.

El Juez acogió los argumentos de la demandante y accedió a las pretensiones de la demanda, y sustentó su decisión aduciendo que la accionante adquirió el estatus pensional antes de entrar en vigencia la Ley 100/93; es decir, contaba con 61 años de edad y 20 años de servicio, por lo cual no era beneficiaria del régimen de transición, pues su derecho estaba cobijado por la Ley 33/85 íntegramente, incluyendo en la base de cotización todos los factores salariales devengados, como había establecido el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

El motivo de inconformidad del apelante, por su parte, se circunscribe a afirmar que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión, en los términos expuestos por el A quo, porque en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones

³ En este mismo sentido se pronunció la Subsección B de la misma Sección en sentencia de 15) de marzo de 2018, dentro del radicado 250002342000201200914 01 (2666-2014), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33/85, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93; y porque los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de determinar el IBL, conforme a dicho régimen, son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hayan efectuado aportes al Sistema General de Pensiones.

Es evidente que la discusión planteada por el recurso respecto de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93 no hace parte del marco de la Litis, y no fue materia de estudio y decisión en la sentencia proferida por el A quo, por lo cual no puede ser objeto de pronunciamiento en segunda instancia.

En efecto, el apelante no cuestiona los argumentos que en realidad utilizó el Juez como fundamento de su pronunciamiento, en la medida que no expone razones orientadas a demostrar que la demandante, al momento de entrar en vigencia la ley 100/93 no había adquirido su estatus pensional, o que a la misma no se debiera aplicar íntegramente la Ley 33/85 y 62/85, así como la totalidad de los factores salariales devengados, como ingreso base de cotización.

Con independencia de que la sentencia apelada pudiera ser cuestionada con buenos argumentos en alguno de sus extremos, lo cierto es que no corresponde al juez de segunda instancia suponer motivos de inconformidad que de manera explícita no se refieran a ellos, y en el presente caso la descripción de la demanda y la sentencia, dejan en evidencia la falta de congruencia del recurso con aquéllas.

En conclusión, el recurso de apelación interpuesto no cumple con las exigencias del artículo 320 del CGP, pues no guarda congruencia con la motivación y la decisión contenidas en la sentencia de primera instancia, y por ello será confirmada.

5.6. Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como quiera que el recurso en estudio se decidirá en forma desfavorable a la demandada, se le habrá de condenar en costas, de conformidad con los artículos 365 y 366 del C. G. P.



En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

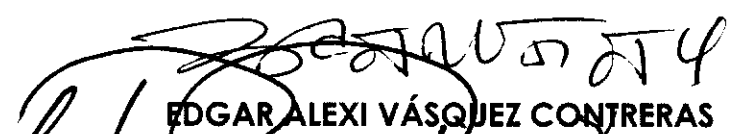
PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

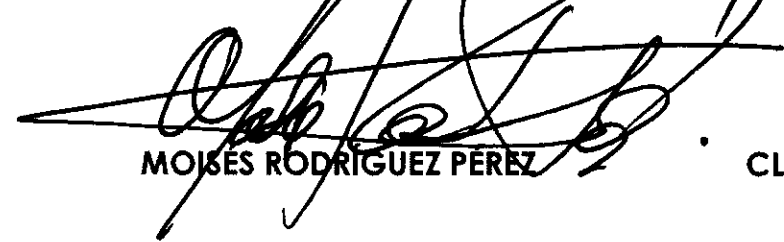
SEGUNDO: : Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas en el Juzgado de origen, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

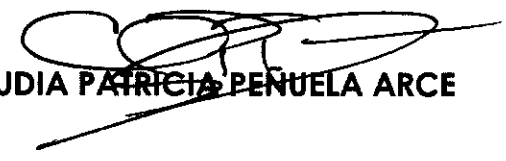
TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Juzgado de origen.

QUINTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE