



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

| | |
|----------------------------|--|
| Medio de Control: | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Radicación: | 13-001-33-33-007-2014-00361-01 |
| Demandante: | Adelaida Meléndez Fernández |
| Demandado: | UGPP |
| 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 30 de octubre de 2015, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

La señora Adelaida Meléndez Fernández 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 la UGPP, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Se declare la nulidad de la Resolución RDP 020927 de 26 de diciembre de 2012, por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la pensión de jubilación de mi representada, negando con esta sus derechos adquiridos.

2. Se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 012168 de 13 de marzo de 2013, notificada el día 22 de marzo de 2013, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación y se confirmó la Resolución N° RDP 020927 del 26 de diciembre de 2012 (...).

3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, igualmente se declare que la actora tiene pleno derecho a que la... UGPP., le reconozca y ordene pagar su pensión de jubilación, en cuantía de \$1.251.232,91 ML/Cte., efectiva a partir del 01 de marzo de 2004, fecha de retiro del servicio oficial, así mismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las leyes 4/76 y 71/88.

4. Se ordene a la UGPP, a pagar a la actora una pensión vitalicia de jubilación, equivalente al 75% de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, o sea, \$1.251.232,91 ML/Cte, conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados





del sector oficial según la Ley 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes.

5. Que se ordene liquidar y pagar, a expensas de la UGPP a favor de la actora, la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido pagando en virtud de la Resolución N° 08848 del 27 de febrero de 2006, adicionada mediante la Resolución 14383 del 28 de marzo de 2006 y la sentencia que de fin a este proceso, a partir de la adquisición de su fecha de retiro del servicio oficial hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales prima de navidad, prima de riesgo, prima de vacaciones y prima de servicios.

6. Se condene a la UGPP a pagar a la parte demandante, sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución N° 08848 del 27 de febrero de 2006, adicionada mediante la Resolución 14383 del 28 de marzo de 2006, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme el índice de precios del consumidor o al por mayor de conformidad con el certificado de valores pagados que expida el FOPEP o la oficina de nóminas de la UGPP. (...)"

b) Hechos.

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

Prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, como Pagador en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, Seccional – Bolívar, por lo cual solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, la cual fue reconocida mediante Resolución N° 08848 del 27 de febrero de 2006, adicionada mediante Resolución N° 14383 del 28 de marzo de 2006, en cuantía de \$ 833.923,97 efectiva a partir de 1° de marzo de 2004, teniendo en cuenta para ello lo establecido en las Leyes 33/85, 62/85 y Decretos 01/84 y 1158/94.

El 24 de enero de 2013 presentó recurso de apelación, solicitando la revisión de la pensión, con el fin de que se tenga en cuenta todos los factores salariales devengados.

Agregó que CAJANAL, al momento de liquidarle la pensión, solo tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, omitiendo que devengó además, prima de navidad, prima de riesgo, prima de vacaciones y prima de servicios.

Finalmente, reiteró que la UGPP debió liquidar la pensión teniendo en cuenta el régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial, según la Leyes 33/85 y 62/85, con los factores devengados desde el 1° de marzo de 2003 al 29 de febrero de 2004.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, 10 del Código Civil, Ley 57 de 1987, Ley 1437 de



2011, Ley 4ª de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Ley 5ª de 1969, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1988.

Manifestó que los actos acusados violan la ley, pues reconocen de forma incompleta las prestaciones percibidas por la demandante, desconociendo que la Ley 33/85 señala que se deben reconocer aquellos factores que sirvieron de base para calcular los aportes.

Agregó que la Ley 62/85 enuncia los factores salariales a tener en cuenta al momento de la liquidación de la pensión; no obstante, no puede concluirse que tal enumeración sea taxativa, máxime cuando se advierte en el inciso segundo la existencia de otros factores.

Citó en su apoyo la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

3.2. Contestación.

- La UGPP¹ se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señaló que al momento de conceder el derecho pensional de la demandante se tuvo en cuenta el 75% de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta para ello la asignación básica, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados.

Agregó que no se pueden incluir factores que no fueron objeto de aportes para pensión.

Señaló que la Corte Constitucional, en sentencia C-258/13, reiteró que el régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo previstos en el régimen anterior, pero en ningún caso el IBL y los factores salariales que deben tenerse en cuenta, que son solo aquellos sobre los cuales se hayan hecho aportes para la pensión.

3.3. Sentencia de primera instancia².

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 30 de octubre de 2015, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"Primero: Declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la causa petendi, falta de derecho para pedir y falta de cotizaciones de factores propuestas por la entidad demandada.

Segundo: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

¹ Fs. 80-92

² Fs. 158-170



a). Resolución RDP 020927 del 26 de diciembre de 2012, por la cual se niega la petición de reliquidación de la pensión, presentada por la actora el 27 de septiembre de 2012.

b). Resolución RDP 012168 del 13 de marzo de 2013, por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto anterior, confirmándolo.

Todos los proferidos por la UGPP mediante los cuales se negaron la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Adelaida Meléndez Fernández

Tercero: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se disponen las siguientes medidas: 1). Se ordena a la...UGPP a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Adelaida Meléndez Fernández conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, a partir del 1º de marzo de 2004, incluyendo en la base de liquidación, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, los siguientes conceptos: la prima de vacaciones (doceava parte), la prima de navidad (doceava parte), la prima de servicios (doceava parte) y la prima de riesgos (doceava parte) que fueron certificados por su último empleador; 2) Condenar a la...UGPP al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia, a partir del 27 de septiembre de 2009, ya que las anteriores a dichas fecha se declaran prescritas.

Cuarto: la...UGPP deberá descontar de las sumas derivadas del numeral 2). Del artículo tercero de esta sentencia, los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, siempre y cuando sobre estos no se hubiere practicado el descuento legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al sistema de seguridad social en salud. Lo anterior respetando lo establecido por el acto legislativo N° 01 de 2005. (...)"

Para sustentar su decisión, adujo que de acuerdo con el acto de reconocimiento pensional, la pensión de la accionante quedó cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sujetándose por mandato expreso del artículo 36 de dicha Ley a lo establecido en el Decreto 1047 de 1978 y el Decreto 1933 de 1989, en materia tiempo de servicios, monto, edad y factores salariales.

Adujo que el 1º de abril de 1994, fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, la accionante contaba con 31 años de servicios y 54 años de edad, al haber nacido el 19 de mayo de 1940 y laborado ininterrumpidamente desde el 19 de mayo de 1950 (sic).

En el presente caso está acreditado que la accionante, además de la asignación básica, la bonificación por antigüedad y la bonificación por servicios, devengó la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de servicios. Por lo anterior, al estar contemplados como factores salariales en el Decreto 1933 de 1989 se debe ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación.

3.4. Recurso de apelación.

- **La parte demandada** manifestó que la demandante estaba cobijada por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por lo anterior los factores



salariales a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Agregó que la prima de riesgo no es factor computable para efectos de liquidación de la pensión, toda vez que el Decreto 2646 de 1994 lo establece taxativamente, y que no puede acogerse la tesis del Consejo de Estado según la cual todo lo que se devenga de manera periódica y habitual es salario.

Solicitó tener en cuenta el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, y 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.

3.5. Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 19 de agosto de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 5, C2), y por providencia de 30 de noviembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 9, C2).

La parte demandante presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en la demanda (f. 11 - 17). La parte demandada presentó alegatos y reiteró lo expuesto en el recurso de apelación (fs. 27-32, C2).

El Agente del Ministerio Público rindió concepto y solicitó que se confirmara las pretensiones de la demanda, toda vez que la sentencia que la sentencia C-258/13 solo hace referencia al régimen de los congresistas. (fs. 18-26).

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 que estima, al igual que el Juez A quo, que el accionante, antes de que entrara en vigencia la Ley 100/93 había adquirido el derecho a obtener su pensión al amparo del régimen pensional previsto en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 y de acuerdo con el IBL y los factores salariales allí señalados. Y por ello no procede examinar las reglas sobre régimen de transición previstas en la Ley 100/93, y tampoco las Leyes 33/85 y 62/85 que no se aplican al caso bajo estudio, y que el apelante invoca como fundamento del recurso, con lo cual incurre en incongruencia respecto de la sentencia.

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.³

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.

(...) 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".⁴

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

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

³ 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.

⁴ 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.

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 el Juez acogió los argumentos con los cuales la demandante pretende sustentar su pretensión de reliquidación pensional, según los cuales adquirió el estatus pensional antes de entrar en vigencia la Ley 100/93; es decir, que a 1° de abril de 1994 contaba con más de 50 años de edad y más de 20 años de servicio, por lo cual no era beneficiaria del régimen de transición, pues su derecho estaba cobijado por los Decreto 1047 de 1978 y el Decreto 1933 de 1989, íntegramente, por lo que se debía incluir 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 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.

Luego, las razones por las cuales el apelante cuestiona la decisión apelada, no guarda relación con los argumentos que en realidad utilizó el Juez como fundamento de su pronunciamiento. De hecho, no expone razones orientadas a desvirtuar 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 los Decretos 1047 de 1978 y el Decreto 1933 de 1989, así como la totalidad de los factores devengados y cotizados, como ingreso base de liquidación.

En conclusión, la discusión propuesta por el apelante no guarda congruencia con la sentencia apelada, pues la providencia se basa en el argumento de que a la demandante se le debe aplicar íntegramente los Decretos en el Decreto



1047 de 1978 y 1933 de 1989, porque cuando entró en vigencia la Ley 100/94, ya la accionante había adquirido el status pensional.

En todo caso, es evidente que el 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100/93, el accionante había adquirido el derecho a que se reconociera pensión de jubilación en su favor al amparo de los decretos referidos, razón suficiente para desestimar los argumentos del apelante, apoyados en el artículo 36 de la Ley 100/93 sobre régimen de transición, el Decreto 1158/94 sobre factores que hacen parte del ingreso base de cotización en dicho régimen y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el mismo, pues se reitera, dichas normas y jurisprudencia no se aplican al caso bajo estudio.

Con independencia de que algunos extremos de la sentencia apelada pudiera ser cuestionada con buenos argumentos, 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.

- Pese al error de apreciación del apelante respecto del régimen aplicable al caso, afirmó que el Juez reconoció como parte del IBL del apelante un factor que no debió incluir, cual es la prima de riesgo, porque no está reconocida como un factor salarial que de acuerdo con la ley haga parte del ingreso base de cotización.

No obstante, los certificados aportados por la parte accionada y suscritos por la pagadora del DAS – Seccional Bolívar, señalan que se hicieron descuentos sobre dicho emolumento para aportes a pensión (fs. 19 y 20), afirmación que no desvirtúa el apelante, razón por la cual, en aplicación de principios de equidad y buena fe, deben ser incluidos como parte del IBL, a lo que se suma que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de IBL ha promovido el criterio según el cual toda pensión puede ser liquidada teniendo en cuenta los aportes a la seguridad social en pensiones, realizados por el empleado y su empleador, como en el presente caso, a efectos de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

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 apelante, 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

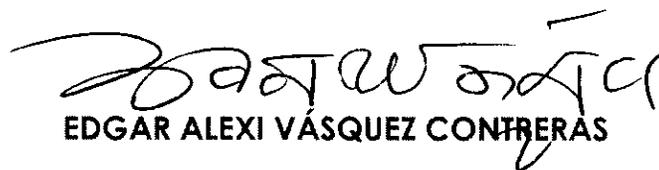
PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

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
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE