



Cartagena de Indias, diecinueve (19) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2015-00145-01
Demandante	BETTY LEONOR BLANCO BERRIO
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL. Incongruencia entre el recurso de apelación y la sentencia apelada.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia del 12 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por la señora BETTY LEONOR BLANCO BERRIO, por conducto de apoderada judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, BETTY LEONOR BLANCO BERRIO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

"PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto ficto negativo presunto, que niega la reliquidación de la prestación desde el 1 de Mayo de 2010, realizando la sumatoria correcta de las semanas cotizadas a Cajanal pensiones y al ISS (hoy Colpensiones), sobre la base del 75% del salario, el cual se obtiene de conformidad con lo preceptuado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la solicitud de indexación de la primera mesada pensional tal y como lo ordena la Sentencia SU- 120 de 2003, en atención a que la demandante, cotizó hasta el año 2004 y solo le reconocieron pensión de vejez en el año 2010.

¹ Folios 1-6 Cdno 1



13001-33-33-006-2015-00145-01

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaratoria, se ordene restituir el derecho de la demandante, condenando a la demandada, a que reliquide la prestación desde el 1 de Mayo de 2010, sobre una tasa de reemplazo equivalente al 75% del salario base de liquidación, el cual se obtiene de conformidad con lo preceptuado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Mesada que se obtiene tal y como lo dispone el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, régimen aplicable para los empleados oficiales beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, determinado.

TERCERO: Se condene a la demandada al pago de las diferencias pensionales adeudadas que surjan de la correcta liquidación de su pensión, desde que se hizo acreedora a dicha prestación, 1 de Mayo de 2010, y hasta que se satisfagan las pretensiones de esta acción.

CUARTO: Se condene a la demandada, al pago de los intereses por el Art. 141 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: Se condena a la indexación de la primera mesada pensional tal y como lo ordena la Sentencia SU – 120 de 2003, en atención a que la demandante, cotizó hasta el año 2004 y solo le reconocieron pensión de vejez en el año 2010.

SEXTO: Ordénese a la demandada, dale cumplimiento a la condena dentro de los términos determinados por el art. 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reconociendo los intereses contemplados por dicha normativa de acuerdo con los términos y porcentajes ordenados.

SEPTIMO: Condénese en costas a la demandada sustentado en la mala fe con que ha obrado con relación a los derechos de nuestros defendidos."

2.3. Hechos

La señora BETTY LEONOR BLANCO BERRIO, laboró al servicio de la CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO, por más de 20 años desde el 1º de julio de 1976 hasta el 29 de febrero de 2004, en el cargo de Auxiliar de Información en Salud, con una asignación básica mensual de \$671.439 para el último año en el que trabajó.

Que la demandante cotizó parte de su pensión en CAJANAL (1 de julio 1976 hasta el 30 de agosto de 1999) y al Instituto de Seguros Social (1 de septiembre de 1999 hasta el 29 de febrero de 2004), en ambas en la modalidad de prima media con prestación definida.

Señala la actora que el 19 de noviembre de 2010 solicitó la pensión de vejez al ISS y que le fue reconocida mediante Resolución No. 046378 del 7 de diciembre de 2011, sin embargo, no le fue liquidado el monto de su pensión de acuerdo al total de las semanas cotizadas a CAJANAL, puesto que se excluyeron 203 semanas cotizadas directamente al ISS.



13001-33-33-006-2015-00145-01

Igualmente, sostiene la demandante que, le aplicaron una tasa de reemplazo del 65% desatendiendo el hecho de que es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, es decir, debía aplicársele lo previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 liquidando la prestación con una tasa de reemplazo del 75%.

Que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 donde se encuentra previsto el régimen de transición, la actora contaba con la edad requerida y con más de 15 años cotizados al sistema de pensiones, por ende, le era aplicable la transición.

Afirma que para la fecha del reconocimiento de la pensión en mayo de 2010, el salario base de liquidación de su pensión es de \$935.210, lo anterior de acuerdo al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues le es aplicable el monto de los salarios devengados indexados durante los últimos 10 años o como es su caso, todo el tiempo si fuere inferior. Contrario lo anterior, señala que la ISS al momento de reconocerle la pensión lo hace por la suma de \$515.000.

Por último, indica que el 10 de abril de 2012 radicó ante la ISS petición con el fin de que se le reliquidara la pensión, por lo que han transcurrido más de un año sin que la demandada haya ofrecido respuesta alguna.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 2, 6, 25 y 58
- Ley 100 de 1993
- Ley 33 de 1985, art. 1

2.4.1. Concepto de la violación

Expone que tiene derecho a la reliquidación de su pensión, puesto que, cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por tanto, se le debe aplicar la Ley 33 de 1985; igualmente, tiene derecho a que le sea indexada su pensión de vejez por cuanto aparece que laboró hasta el mes de febrero de 2004 y solo le fue reconocida la pensión en año 2010.

Expone que la Corte Constitucional considera contrario a los criterios de equidad y justicia pagarle una mesada pensional tomando como base del salario lo que devengaba hace más de 6 años y sin ningún tipo de actualización y por ello no es válido el argumento de que la pensión fue calculada con base en el salario mínimo vigente.



13001-33-33-006-2015-00145-01

Concluye señalando que tiene relevancia lo que indica puesto que para la época en que la actora dejó de trabajar tenía un ingreso aproximado de dos salarios mínimos mensuales, mientras que su mesada pensional fue calculada con el monto de un salario.

2.5. Contestación de COLPENSIONES²

Por medio de escrito del 2 de septiembre de 2015, la apoderada de la entidad accionada, contestó la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que se nieguen las mismas.

Afirma, que la demandante cotizó a la liquidada CAJANAL el tiempo desde 1 de julio de 1976 hasta el 30 de agosto de 1999, sin ser cierto que la misma haya cotizado al ISS las 203 semanas que indica, que revisado el reporte de semanas cotizadas solo se evidencia un cumulo de 30 días los cuales son públicos.

Igualmente, señala que la actora no es beneficiaria del régimen de transición puesto que no se ha verificado el cumplimiento del requisito de que su ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiera permanecido en el régimen de prima media.

Sostiene, que a la demandante no se le podía aplicar el régimen de transición como se encuentra definido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que la liquidación realizada, se encuentra ajustada a derecho.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 12 de diciembre de 2016, el Juez Sexto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante en lo concerniente a que (i) era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por tanto, la norma aplicable era la anterior, Ley 33 de 1985; y (ii) que la demandada no tuvo en cuenta las 203 semanas cotizadas al ISS.

Señaló el A quo que revisado el acto de reconocimiento pensional Resolución No. 046372 del 7 de diciembre de 2011, se pudo establecer que la pensión de la demandante fue reconocida bajo la Ley 100 de 1993, aplicada de manera integral, con una tasa de reemplazo de 65%; hecho que no corresponde a la situación real de la demandante, puesto que, al ser beneficiaria del régimen de transición, le era aplicable la tasa de reemplazo del 75% impuesta en la normatividad anterior, Ley 33 de 1985. Sin embargo, aclaró el Despacho que la reliquidación debía realizarse a partir del 13 de mayo de 2010, fecha en que efectivamente cumplió el requisito de la edad, y no el 1º de mayo de 2010

² Folios 36-44 Cdnº 1.

³ Folio 83-88 Cdnº 1.





13001-33-33-006-2015-00145-01

como lo había señalado la demandada al momento del reconocimiento del derecho.

Bajo ese entendido, condenó el Despacho de primera instancia a COLPENSIONES para que reliquidara a favor de la actora la pensión de vejez desde el 13 de mayo de 2010, en monto del 75% y con un ingreso base de liquidación del promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicio, es decir, desde el mes de febrero de 1994 hasta febrero de 2004.

Por último, la Juez de Primera instancia negó el reconocimiento de los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solicitados por el actor, puesto que, el Consejo de Estado ha señalado que dicho reconocimiento solo se puede hacer una vez que se ha zanjado toda la discusión, lo cual ocurre con la sentencia.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 19 de enero de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, solicitando que sea revocada porque si bien la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y le es aplicable la norma anterior, el A quo no podía ordenar la reliquidación pensional con base en el último año de servicio.

Señaló que el objeto que pretende la demandante es el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez tomando como base el 75% promedio de lo devengado durante el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 con efectividad a partir del 1º de mayo de 2010; pero que, lo anterior no es posible teniendo en cuenta lo dispuesto en la Circular Interna 16 de 2015, emanada de Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General de Colpensiones, la cual está dando aplicación a lo señalado por la Corte Constitucional en la SU 230 del 20 de abril de 2015.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 3 de marzo de 2017⁵ se repartió el proceso entre los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole a este Despacho, por lo que, mediante providencia del 10 de agosto de 2017⁶, se dispuso la admisión de la apelación en este Tribunal; y, con auto del 18 de

⁴ Folios 99-100 Cdno 1.

⁵ Folio 2 Cdno 2º Instancia

⁶ Folio 4 Cdno 2º Instancia



diciembre de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante no presentó alegatos de conclusión.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito el 18 de enero de 2018, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos del recurso de apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.3. Actos administrativos demandados.

Acto ficto negativo que resolvió de manera negativa la solicitud de reliquidación pensional de la prestación reconocida a través de Resolución No. 046372 del 7 de diciembre de 2011, presentada por la demandante.

7.4. Problema jurídico en esta instancia.

¿Existe congruencia entre el recurso de apelación presentado por la demandada y las pretensiones de la demanda, la actuación administrativa y sobre todo la sentencia?

⁷ Folio 8 Cdno 2ª Instancia

⁸ Folios 11-12 Cdno 2ª Instancia



7.5. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia porque la apelación no guarda congruencia con lo decidido en la misma, debido a que, a la demandante se le reconoció la tasa de reemplazo en un 75%, sobre los factores cotizados durante los 10 últimos años de servicios y el recurso lo que sustenta es que se le reconozca esa misma tasa, en el mismo periodo y se revoque la supuesta concesión del IBL del último año de servicio con todos los factores salariales devengados en el mismo. Esto último ni siquiera fue objeto de pronunciamiento.

Así las cosas, no es posible realizar el estudio de pretensiones nuevas que no fueron objeto de pronunciamiento de la administración, y que tampoco fueron sometidas a debate en el trámite de primera instancia.

7.6 Marco Normativo 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.

Sobre este aspecto, en sentencia del 27 de enero de 2011, el Consejo de Estado expuso:

*"El principio de la doble instancia, elevado a canon constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, prevé que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la Ley; esta garantía del derecho de impugnación, como posibilidad de controvertir una decisión judicial, exige la presencia jerárquica del Superior, quien participa como autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa. **Ahora bien, una de las garantías del debido proceso consiste***



13001-33-33-006-2015-00145-01

en el límite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa"⁹.

Por otra parte, también ha señalado el Alto Tribunal Contencioso Administrativo 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 simplemente sobre los que no se pronunció y debía hacerlo. Ahora bien, ello no indica que se puedan introducir en el recurso de apelación argumentos diferentes a los debatidos en primera instancia, como tampoco es posible alegar hechos o pretensiones nuevas, cambiando el sentido de la decisión apelada.

En sentencia del 7 de diciembre de 2017, el Consejo de Estado sostuvo:

*"[E]sta Sala de decisión se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae dicho recurso, pues los mismos, en el caso de apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia. [...] Sobre el particular, esta Sección en diversas oportunidades ha puesto de presente que "[...] el juez de la segunda instancia está sujeto, al decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada sin que esté facultado para pronunciarse sobre aspectos o puntos de la sentencia de primera instancia que no fueron objeto de impugnación. Igualmente ha reiterado que no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero que no hacen parte del concepto de violación del libelo, ni que la sentencia de primera instancia estudió" [...] La Sala reitera que en virtud de los principios de lealtad procesal, contradicción y de 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 ni en la demanda ni en la contestación. Si lo hiciere, el ad quem 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"*¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la falta de congruencia entre el recurso de apelación, la demanda y la sentencia cuestionada conducen necesariamente al fracaso de aquél, como quiera que se vulnera el derecho de defensa de la contraparte.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09) Actor: JAVIER MEDINA BAENA. Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 08001-23-31-000-2009-01122-01





7.7. Caso Concreto

Observa la Sala que los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado por la parte demandada, son incongruentes respecto de la demanda, reclamación administrativa y en el proceso judicial de primera instancia.

Lo anterior, porque tanto en la demanda, como en la petición elevada al ISS claramente se expresa que la voluntad de la accionante es reclamar el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas durante la relación laboral sostenida con la Clínica de Maternidad Rafael Calvo, además de la indexación de la primera mesada pensional, como quiera que ésta dejó de prestar sus servicios al Estado en el año 2004 y la pensión solo le fue otorgada en el año 2011.

Como restablecimiento del derecho, la señora BETTY LEONOR BLANCO BERRIO, solicitó que se declare que tiene derecho al reajuste de su pensión teniendo en cuenta, que es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y por tanto, se le aplique la Ley 33 de 1985, con el 75% como tasa de reemplazo, así como la indexación de la primera mesada pensional. Así mismo, solicitó el pago de las diferencias que se causaran entre la pensión pagada, y la que resultara de la reliquidación e indexación.

Sobre los puntos antes enunciados, se fundamentó el concepto de la violación de la demanda, y la sentencia de primera instancia, en la que el Juez consideró que era procedente la reliquidación de la pensión que devengaba la actora, como quiera que i) era beneficiaria del régimen de transición, por tanto la tasa de reemplazo que debía aplicársele era la prevista en la norma anterior, Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% como promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios anteriores al reconocimiento de la pensión; y (ii) que efectivamente la demandada no tuvo en cuenta las 203 semanas faltantes y cotizadas por la demandante; sin mencionar en algún aparte de la sentencia que la reliquidación se haría con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio prestado por la actora.

Ahora bien, en el recurso de apelación la demandada eleva ante este Tribunal otra reclamación que se torna completamente ajena a la litis planteada en la demanda, pues reclama el que el A quo erró al reconocer la reliquidación de la pensión "con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio".

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que existe una incongruencia del recurso de apelación, con la petición que dio origen al acto administrativo negativo, la demanda y el fallo de primera instancia, pues en ninguno de estas



13001-33-33-006-2015-00145-01

actuaciones se reclamó el reajuste de tal manera. En suma, la discusión planteada por el recurso no hace parte del marco de la Litis, no fue materia de estudio y decisión en la sentencia proferida por el A quo, por lo que no puede ser objeto de pronunciamiento en segunda instancia.

En conclusión, el recurso de apelación interpuesto no cumple con las exigencias del artículo 320 del CGP, pues no guarda congruencia con lo pedido al ISS, en el curso de la actuación administrativa, ni tiene relación con lo solicitado en la demanda, y mucho menos con lo resuelto por el Juez de primera instancia.

Vale la pena recordar que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se caracteriza por ser una justicia rogada, lo que impide al Juez Contencioso la facultad de examinar pretensiones a la luz de disposiciones diferentes de las invocadas en la demanda y para el caso, expuestas en la sentencia apelada, toda vez que para la demandada, este es el marco de referencia necesario para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial.

Por todo lo anterior, la decisión de primera instancia será CONFIRMADA.

VII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se deberá condenar en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En consecuencia, se condenará en costas, en esta instancia, a la parte demandada, COLPENSIONES, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de diciembre de 2016, proferida por el Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, COLPENSIONES, conforme a lo establecido en los art. 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.





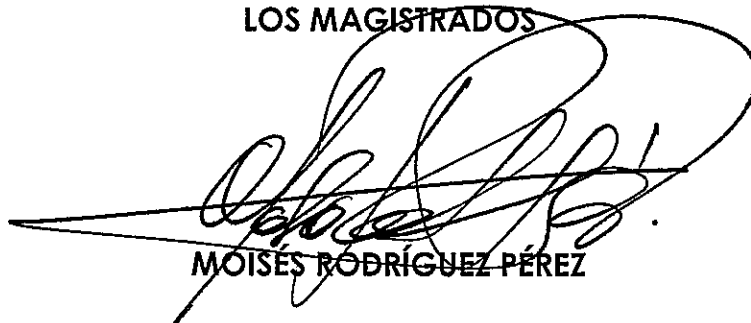
13001-33-33-006-2015-00145-01

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

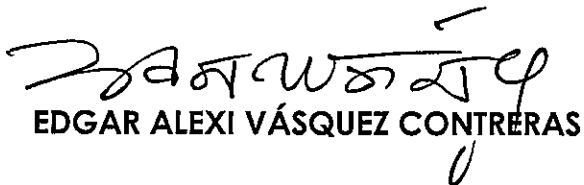
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 48 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control	NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2015-00145-01
Demandante	BETTY LEONOR BLANCO BERRIO
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL, Incongruencia entre el recurso de apelación y la sentencia apelada.

Handwritten text, possibly a signature or a list of names, located in the upper middle section of the page.

