



Radicado: 25000-23-42-000-2016-05717-01 (3427-2019)
Ejecutante: Nydia Restrepo Herrera

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Referencia: EJECUTIVO
Radicación: 25000-23-42-000-2016-05717-01 (3427-2019)
Ejecutante: NYDIA RESTREPO HERRERA
Ejecutada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES

Tema: Apelación fallida contra sentencia que ordenó seguir adelante con la ejecución.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que ordenó seguir adelante con la ejecución.

ANTECEDENTES

La señora Nydia Restrepo Herrera formuló demanda ejecutiva con el fin de obtener el cumplimiento íntegro de las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de mayo de 2009 y la Sección Segunda del Consejo de Estado el 12 de mayo de 2011, por medio de las cuales se condenó al extinto Instituto de los Seguros Sociales a la reliquidación de la pensión de jubilación.

Pretensiones

Según el escrito radicado por la ejecutante se leen las siguientes:

Se libre a favor del (sic) señor (a) NYDIA RESTREPO HERRERA, y en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el doctor MAURICIO OLIVERA GONZÁLEZ, o quien haga sus veces o este designe, mandamiento ejecutivo de pago, por las siguientes sumas de dinero y por los valores relacionados a continuación:



- 1) Por la suma de TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$300.379.927.31) MCTE, por concepto de capital adeudado de la sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda - Subsección “A” y el Honorable Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B”, debidamente ejecutoriada con fecha 5 de julio de 2011.
- 2) Por los intereses de mora generados sobre la suma anterior, liquidados desde el 1 de noviembre de 2013 y hasta el día en que se cumpla el pago integral del fallo judicial, según lo previsto en el artículo 1653 del Código Civil.

Fundamentos fácticos relevantes

1. Mediante sentencia del 28 de mayo de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó al extinto Instituto de los Seguros Sociales y, en consecuencia, ordenó reliquidar la pensión de jubilación a favor de la señora Nydia Restrepo Herrera. El 12 de mayo de 2011 el Consejo de Estado confirmó la anterior providencia.
2. El 3 de agosto de 2011 la parte ejecutante radicó ante el extinto ISS la solicitud de cumplimiento de las sentencias ya mencionadas, conforme a los lineamientos previstos en el inciso 6.º del artículo 177 del CCA.
3. Colpensiones mediante Resolución 30785 del 20 de septiembre de 2012 dio cumplimiento a los fallos y reliquidó la pensión de jubilación. En el mes de octubre de 2012 se reportó la novedad de inclusión en nómina.
4. Como las sentencias judiciales quedaron ejecutoriadas el 5 de julio de 2011 y sólo hasta el mes de septiembre de 2012 se realizó el pago, se causaron intereses moratorios desde el 6 de julio de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2012, liquidación que asciende a la suma de \$300.379.927.31.

Contestación de la demanda

Colpensiones formuló las siguientes excepciones:

a) Pago. Sustentó que mediante Resolución GNR 30785 del 20 de septiembre de 2012 se ordenó el pago de la reliquidación de la pensión de la ejecutante, por lo que no se adeuda suma alguna.

Frente a los intereses moratorios precisó que en el presente caso se condenó al liquidado Instituto de los Seguro Sociales, por lo tanto, esta entidad es la responsable de cumplir con la mencionada obligación y no Colpensiones, toda vez que al tratarse de sumas que no tienen el carácter de ser netamente pensionales, las mismas deben ser asumidas directamente por la entidad que resultó condenada, quien fue la que perdió el litigio y no cumplió con el fallo a tiempo. Invocó, entre otros, como fundamento normativo el parágrafo 2.º del artículo 25 de la Ley 254 de 2000.



b) Caducidad. Indicó que se proponía sin que con ello se reconociera derecho alguno.

c) Buena fe. Argumentó que la entidad actuó de buena fe y con pleno convencimiento de estar obrando conforme a derecho, toda vez que reconoció y pagó la pensión. Indicó que no habría condena en costas, por cuanto no se encuentra probado dentro del acervo probatorio la mala fe de Colpensiones.

SENTENCIA APELADA

El *a quo* profirió sentencia el 7 de marzo de 2019, en la cual declaró no probadas las excepciones y ordenó seguir adelante con la ejecución, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Argumentó que la excepción de caducidad no procedía conforme lo prescribe el numeral 2.º del artículo 442 del CGP, además de que no se configuraba porque la sentencia cobró ejecutoria el 5 de julio de 2011 y la ejecutante presentó la demanda el 31 de octubre de 2016, es decir, antes de que se vencieran los 5 años más los 18 meses que corresponden al término de caducidad.

Frente a la excepción de pago, sustentó que el parágrafo 2.º del artículo 25 de la Ley 254 de 2000 que invocó la ejecutada, trata sobre los procesos liquidatorios de las entidades de orden nacional y nada dice sobre el pago de sentencias judiciales, sino sobre la representación judicial.

Citó el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012 que dispuso la liquidación del ISS, para precisar que el pago de las sentencias judiciales en donde se condenó al ISS corresponde pagarlas a Colpensiones, que fue la entidad que sucedió a la entidad liquidada en la administración del régimen de prima media.

Arguyó que dentro del proceso adelantado por el liquidador y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 254 de 2000, se prescribe que el reconocimiento de pensiones y la ubicación oportuna de los dineros para su pago estará a cargo de la entidad que señale el decreto de liquidación, esto es, a la Administradora Colombiana de Pensiones, encargada de atender los derechos pensionales que sean responsabilidad de las administradoras del régimen de prima media.

Señaló que una vez se liquidó definitivamente al ISS, Colpensiones asumió la totalidad de las obligaciones pensionales que había adquirido aquella, tal como quedó consignado en el Decreto 4121 de 2011.

Expuso que los intereses moratorios que se reclaman tienen como génesis las sentencias proferidas por esta jurisdicción contra el ISS. En consecuencia, no puede desligarse a Colpensiones del cumplimiento total de la obligación, por cuanto, reiteró el *a quo*, esta última asumió las obligaciones.



Consideró que Colpensiones no discute la existencia de la obligación y que contrario a ello obra copia de la Resolución 30785 del 20 de septiembre de 2012, en la que el ISS dejó consignado que se pagaría el retroactivo de la reliquidación pensional más la indexación respectiva y que, aunque la sentencia cobró ejecutoria el 5 de julio de 2011 y el pago se realizó en octubre de 2012, no se liquidaron los intereses moratorios por el pago tardío.

RECURSO DE APELACIÓN

La entidad ejecutada sustentó la impugnación bajo los argumentos que se citan a continuación:

Mediante Resolución No. (sic) 30785 del 20 de septiembre de 2012, el Instituto de los Seguros Sociales – ISS, hoy Colpensiones procedió a dar cumplimiento total al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección segunda Subsección A – confirmado por el Consejo de Estado – Sala de lo contencioso administrativo sección segunda – subsección B, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de declarar la nulidad de la resolución No. (sic) 0012 del 17 de enero de 2007, y como consecuencia de lo anterior reliquidó la pensión de jubilación concedida a la asegurada NIDYA (sic) RESTREPO, con fundamento en el régimen especial previsto por los Magistrado (sic) de Altas Cortes teniendo en cuenta el 75% del ingreso mensual promedio devengado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta además de la asignación básica, los gastos de representación, la prima especial y la prima de navidad, con sus respectivos reajustes legales e indexación a partir del 26 de diciembre de 2006 [...]

Teniendo en cuenta lo anterior esta Administradora no adeuda suma alguna a la demandante, ya que con la resolución antes mencionada se cumplió totalmente con la condena impuesta y se procedió a reliquidar la pensión conforme al fallo judicial, arrojando los valores pagados en la resolución antes citada.

Así mismo (sic) la entidad que represento actuó de buena fe y con pleno convencimiento de estar obrando conforme a derecho, tal como lo menciona el artículo 83 de la Constitución Política Colombiana [...]

Solicitó revocar la sentencia y en su lugar, se absuelva a la entidad de todas y cada una de las condenas impuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Parte ejecutante

Manifestó que se adhería a la tesis del tribunal en el sentido de que el pago de las sentencias judiciales relacionadas con el reconocimiento de pensiones donde fue condenado el ISS, corresponde a Colpensiones, que fue la entidad que sucedió al extinto ISS en la administración del régimen pensional de prima media.

Agregó que Colpensiones sólo reliquidó la pensión y pagó su retroactivo debidamente indexado, sin embargo, en su cumplimiento constituyó una mora en



la ejecución y pago de ese retroactivo, el cual se encuentra suficientemente probado; de tal suerte que la decisión judicial también ordenaba que el fallo debía darse cumplimiento en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del CCA.

Colpensiones

Reiteró los argumentos planteados en el recurso de apelación y citó el artículo 87 del CPACA, para luego alegar que no es procedente el pago de intereses moratorios, ya que la entidad dio cumplimiento conforme al fallo impartido por la autoridad judicial.

Ministerio Público

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Luego de hacer referencia al sustento normativo y jurisprudencial que consideró se aplica al caso concreto, señaló que las sumas adeudadas fueron canceladas mediante Resolución 30785 del 20 de septiembre de 2012.

No obstante, agregó la representante del ministerio público que, al observar el material probatorio que reposa en el expediente, efectivamente en la resolución referenciada se ordenó el pago de lo concerniente a la reliquidación de la pensión e indexación de la misma, sin tener en cuenta las sumas causadas por intereses moratorios desde el 6 de julio de 2011 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia) hasta el 31 de octubre de 2012 (fecha en que se realizó el pago de la sentencia), por lo cual no hubo un cumplimiento integral de la providencia por parte de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Competencia

El Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 150 del CPACA. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿Los argumentos de apelación expuestos por la entidad ejecutada guardan congruencia con lo decidido en la sentencia?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: la entidad ejecutada no presentó argumentos de reparo concretos frente a la sentencia proferida por el



Tribunal Administrativo de Cundinamarca, razón por la cual se debe declarar la apelación fallida, como se explica a continuación:

Sobre la apelación fallida.

Si bien esta figura no se encuentra regulada en ninguna norma procesal, sí se ha utilizado jurisprudencialmente cuando los argumentos de reparo que presenta el apelante con respecto a la decisión recurrida no guardan congruencia con lo esbozado por el juez, es decir, las razones que se exponen como reproche frente a la providencia proferida no tienen relación con el tema debatido.

Frente al punto, por parte de esta Sección se ha explicado lo siguiente:

Se debe precisar, a la altura de lo enunciado, que al no respetar el principio de congruencia el recurso de apelación presentado por el apoderado del Ministerio de Educación frente a la sentencia de primera instancia, la apelación es fallida y por consiguiente se tiene por no presentado.

Lo anterior por cuanto el recurso de apelación demarca la competencia del juez de segunda instancia y, por lo mismo, cuando los fundamentos de la apelación son extraños al debate del sub judice por no corresponder a los mismos hechos analizados por el a quo, se entiende como una apelación fallida, según lo ha sostenido el Consejo de Estado¹, así:

*“[...] En conclusión, se observa que los argumentos esgrimidos por el recurrente como sustentación del recurso, en verdad, no están dirigidos contra el fondo de la sentencia apelada, por **no corresponder al caso que se juzga, lo cual impide en el fondo desatar la apelación, es decir, ésta resulta fallida porque es imposible confrontar la sentencia con una apelación de la misma que no lo es.**”*

Así, realmente no existe apelación de la sentencia. Y esta situación impide conocer de fondo el caso por la vía de la apelación. [...]». (Negrita y cursiva en el texto original).

Tal como se lee en la providencia citada, cuando los argumentos expuestos en el recurso de apelación no se dirigen contra el fondo de la decisión recurrida, al no existir correspondencia con los presupuestos del asunto que se resuelve, se presenta la apelación fallida, lo que trae como consecuencia que permanezca incólume lo resuelto en primera instancia.

Lo anterior materializa el debido proceso, teniendo en cuenta que la decisión que debe adoptar el *ad quem* necesariamente debe guardar congruencia con lo resuelto por el juez de primera instancia, razón por la cual los argumentos que se presenten en el recurso de apelación son los que eventualmente darán lugar a que la providencia sea confirmada, revocada o modificada, según el caso.

También resulta importante hacer referencia al artículo 328 del CGP, el cual consagra la competencia del superior en los siguientes términos:

¹ Consejo de Estado, sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado: 15001-23-31-000-2000-02086-01 (2273-2005).



Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia. (Subraya fuera de texto)

Visto lo anterior, debe concluirse que la competencia del superior se supedita o limita al estudio de aquellos argumentos que fueron expuestos por el apelante, de ahí que, si esos planteamientos no hacen referencia al tema de fondo que decidió el *a quo*, no puede en segunda instancia efectuarse pronunciamiento alguno, lo que trae como consecuencia que la apelación sea fallida.

En efecto, el interesado debe señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el *a quo* al resolver la *litis*, es decir, lo que la ley impone es que se ataquen los fundamentos de hecho o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia en aquello que se considere desfavorable, no solo porque la decisión sea contraria a los intereses de quien la impugna, sino porque exista en realidad, a su juicio, una razón por la que piense que lo fallado en primera instancia no corresponde, en derecho, a la decisión acertada, la cual, por tanto, delimita el marco al que se debe sujetarse el juez al revisar la sentencia recurrida.²

En el *sub examine* se advierte que en la sentencia del 7 de marzo de 2019, el tribunal ordenó seguir adelante con la ejecución, para lo cual al resolver sobre la excepción de pago propuesta por Colpensiones, desató una serie de argumentos por los cuales consideró que la competencia para asumir el pago de los intereses moratorios reclamados correspondía a la ejecutada y no al extinto ISS, bajo el entendido de que ese fue el planteamiento alegado por Colpensiones cuando formuló el medio de defensa.

No obstante, la entidad ejecutada en su recurso de apelación objeta la sentencia bajo el argumento de que el pago ya se realizó, conforme la expedición de la Resolución GNR 30785 del 20 de septiembre de 2012.

Para el caso concreto debe advertirse que el estudio que correspondía abordarse en esta instancia sobre la sentencia proferida por el tribunal debía circunscribirse

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de mayo de 2021, radicado: 25000-23-26-000-2009-00784-01 (51497), reiterado por la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2022, radicado 47001-23-33-000-2018-00134-01 (0980-2021).



a determinar si Colpensiones tenía o no la competencia para asumir el pago de los intereses moratorios que reclama la señora Nydia Restrepo Herrera.

Recuérdese que uno de los argumentos que propuso el juez colegiado de primera instancia fue que la entidad ejecutada no discutía la existencia de la obligación y que contrario a ello obraba copia de la Resolución 30785 del 20 de septiembre de 2012, en la que el ISS dejó consignado que se pagaría el retroactivo de la reliquidación pensional más la indexación respectiva y que aunque la sentencia cobró ejecutoria el 5 de julio de 2011 y el pago se realizó en octubre de 2012, no se liquidaron los intereses moratorios por el pago tardío, razón por la cual los planteamientos desatados en la providencia recurrida se ciñeron, exclusivamente, a determinar la competencia que le asistía a Colpensiones por el mencionado concepto.

Así entonces, al advertirse la incongruencia de las razones expuestas por la parte recurrente, debe señalarse que en el presente asunto la apelación es fallida, lo que impone declarar incólume la sentencia proferida por el tribunal que ordenó seguir adelante con la ejecución, dado que el marco de la resolución judicial en segunda instancia lo prevé la decisión del *a quo* y el recurso de apelación, por lo que el examen sólo puede versar sobre los motivos de inconformidad que el apelante formula contra la providencia.

Por consiguiente, dichas objeciones son las que realmente deben ser analizadas y resueltas en la decisión de segunda instancia. Y, tal como se evidencia en el caso concreto, la parte recurrente no propuso argumentos de reproche contra la determinación del tribunal de atribuir la competencia de lo reclamado a dicha entidad.

En conclusión: Colpensiones sustentó su recurso con fundamento en premisas diferentes a las discutidas en la sentencia de primera instancia, por lo que se debe declarar fallida la apelación y, por consiguiente, se confirmará la decisión recurrida.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó seguir adelante con la ejecución.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016³ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

³ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- d) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- e) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- f) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De conformidad con lo señalado, en el presente caso se condenará en costas en segunda instancia a la parte ejecutada, por cuanto el recurso de apelación fue incongruente con la decisión impugnada y porque se demostró su causación al haber intervenido la parte ejecutante ante esta Corporación, según lo previsto en el numeral 1.º del artículo 365 del CGP. Las costas tendrán que ser liquidadas por el *a quo* conforme al artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁴ **Artículo 366.** Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]



Radicado: 25000-23-42-000-2016-05717-01 (3427-2019)
Ejecutante: Nydia Restrepo Herrera

FALLA

Primero: Declarar fallido el recurso de apelación presentado por Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Confirmar la sentencia del 7 de marzo de 2019 proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ordenó seguir adelante con la ejecución en el proceso que promovió la señora Nydia Restrepo Herrera contra Colpensiones.

Tercero: Condenar en costas de segunda instancia a la entidad ejecutada, las cuales se liquidarán por el a quo, según lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma "SAMAI".

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

