



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-009-2017-00374-01
DEMANDANTE:	ADRIANO FRANCISCO JIMÉNEZ HERAZO
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **ADRIANO FRANCISCO JIMÉNEZ HERAZO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG"**, con el fin de que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. 013 del 19 de enero de 2006, mediante la cual, se le reconoció la pensión de jubilación y 0488 del 10 de diciembre de 2015, que ordenó la reliquidación de la pensión.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita la accionante que se ordene a la entidad accionada, le reliquide su pensión de jubilación a partir del 8 de septiembre de 2015, teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicio, previo a la adquisición de su status de pensionado.

Así mismo solicita, entre otras cosas, que se ordene a la entidad pensional que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año; y que el pago de las mesadas atrasadas, se haga desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina de pensionados.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Indicó el demandante, que laboró por más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley, por lo que le fue reconocida la pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.

Señaló, que en dicho acto de reconocimiento solo le fue incluida en la base de liquidación pensional la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la *prima de antigüedad, la prima semestral, la prima de alimentación, la prima de navidad, la prima de vacaciones* y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios, anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Como **normas violadas**³, anotó las siguientes: artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978.

² Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

³ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

En su **concepto de violación**⁴, manifestó el accionante que el acto acusado no se ajustaba a derecho, puesto que desconocía por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitía al Decreto 1045 de 1978, el cual se debía tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, toda vez, que los factores salariales enunciados por este decreto para efectos de determinar la cuantía de la prestación, eran superiores a los que se tomaron para establecer el monto de su mesada pensional, excluyéndose por completo los factores devengados por ella, lo que traía como resultado la regresividad en los derechos sociales.

1.3. Contestación de la demanda.

-. La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, contestó la demanda por fuera de término⁵.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

Señaló el A-quo, que verificados los factores salariales tenidos en cuenta en el acto de reconocimiento pensional y los devengados por el actor en el año inmediatamente anterior a dicho reconocimiento, se advertía que no fueron incluidas las primas de antigüedad y semestral; sin embargo, la primera debía ser excluida del cálculo de la base de liquidación pensional, toda vez que el sustento normativo de la prima de antigüedad fue declarado nulo por este Tribunal en sentencia de fecha 25 de septiembre de 2013, por lo que al estar excluida del ordenamiento jurídico, no se podía

⁴ Folios 3 - 9 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Cfr. constancia folio 67, cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 124 - 130 del cuaderno de primera instancia.

considerar como emolumento para el computo de la cuantía pensional pretendida por la parte actora.

En relación a la prima semestral, anotó, que también debía ser excluida del cálculo de la base pensional, en tanto, este Tribunal mediante sentencia del 22 de mayo de 2008, declaró nulo los actos de creación, con efectos de cosa juzgada “erga omnes”.

1.5.- El recurso⁷. Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante la apeló, con el fin de que fuera revocada en esta instancia y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Argumentó el demandante, que la reliquidación pensional solicitada con base en las primas de navidad, vacaciones y servicios, era procedente, porque fueron devengadas en año anterior a la adquisición del status pensional y retiro del servicio, respectivamente.

Sostuvo, que no atender a los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010⁸, traería como consecuencia la regresividad de los derechos sociales, por lo que se hacía necesario incluir aquellos factores que fueron devengados por el demandante, durante el año anterior al momento de adquirir el status pensional y el año anterior al retiro del servicio, con la finalidad de privilegiarse la primacía de la realidad sobre las formas, y dar cabida al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de nuestra Carta.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 12 de abril de 2019⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

⁷ Folios 135 - 138 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Expediente radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09)

⁹ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

-. En proveído de 30 de julio de 2019¹⁰, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y vencido dicho término, al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

-. La entidad demandada¹¹, alegó que no le corresponde reliquidar la pensión de la demandante, en tanto de los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado se concluía que no era posible incluir todos los factores salariales, sobre los cuales no se hubiere hecho aporte o cotizaciones en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos descritos en el recurso de apelación, el problema jurídico a desatar es:

¿Debe confirmarse la decisión recurrida, toda vez que el recurso formulado y sustentado, **No** corresponde con lo tratado en la sentencia recurrida?

2.3. Análisis de la Sala.

El artículo 31 de la Constitución Política establece que *“toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”*;

¹⁰ Folio 9 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 14 – 16 del cuaderno de segunda instancia.

esta regla técnica de las dos instancias, encuentra su materialización en la concreción del recurso de apelación, sin lugar a dudas el más relevante de todos los medios de impugnación, precisamente por el control jerárquico - funcional que debe ejercerse a todo acto jurisdiccional, salvo - se repite - de las excepciones que contempla nuestro sistema jurídico.

En armonía con el anterior postulado constitucional, el artículo 320 del Código General del Proceso enseña sobre los rasgos y fines de este medio de impugnación, así: *"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"*.

Seguidamente, el artículo 322 del mismo estatuto, enfatiza clara y expresamente:

*"Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, **deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.***

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto.** La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. **El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.

(...)"

Lo descrito por el legislador implica, que el recurrente, debe señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también

justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el Juez. La exigencia legal, de que el recurso de apelación interpuesto contra la providencia, deba sustentarse, no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por el contrario, constituye en una necesaria expresión de quien difiere de la decisión tomada por el juzgador.

Es ineludible, entonces, que la disconformidad o discrepancia del recurrente frente a la sentencia apelada, debe corresponder a un **desacuerdo genuino**, para considerarse debidamente argumentado el recurso, esto es, debe existir un desacuerdo, que tiene como fundamento, la proposición de una base común adecuada, no defectuosa; pues, caso contrario, sería un desacuerdo espurio¹², que en clave de recurso de apelación, da lugar a considerar su falta de argumentación.

Debe tenerse en cuenta, que un desacuerdo es genuino, cuando reúne los siguientes requisitos¹³:

1. Una misma cuestión o pregunta a la que los protagonistas pretenden dar solución,
2. La existencia de una diferencia de opinión frente a la respuesta que cabe darle, y
3. Utilización de las expresiones lingüísticas, con las que se identifica la cuestión y se formulan las respectivas posiciones con el mismo significado.

Cuando falta cualquiera de estos elementos, se dice que en realidad hay un desacuerdo no genuino (oseudodisputa).

2.5. Caso concreto. Teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos descritos en la demanda, guardando congruencia con la fijación del litigio

¹² MORESO, José Juan. "Desacuerdos genuinos y desacuerdos jurídicos". En: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/charla-debate-de-jose-juan-moreso-desacuerdos-genuinos-y-desacuerdos-juridicos/+4554>.

¹³ BONORINO RAMIREZ, Pedro Raúl. Argumentación en Debates. Servizo de publicacións de Vigo. 2012. P. 21.

que se desarrolló a lo largo de la primera instancia y conforme lo resuelto en la sentencia dictada por el A quo, es claro para la Sala, que el presente asunto versa sobre la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida al señor ADRIANO FRANCISCO JIMÉNEZ HERAZO; reliquidación requerida, considerando necesaria la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año, previo a la adquisición del status de pensionado.

En atención a lo anterior, el A-quo estableció la fijación del litigio en audiencia inicial¹⁴ y el problema jurídico en la sentencia recurrida¹⁵, siendo resuelto negativamente, en razón a que del cotejo o confrontación documental entre los factores salariales tenidos en cuenta en el acto de reliquidación pensional¹⁶ y los certificados como devengados en el último año de servicio, previo a la adquisición del status de pensionado, se advertía que no fueron incluidas en la liquidación pensional las primas de antigüedad y semestral; conceptos éstos, que consideró debían ser excluidos del cálculo de la base de liquidación pensional en tanto, sus sustentos normativos fueron declarados nulos por este Tribunal en diversos pronunciamientos.

Ahora bien, no obstante que la parte demandante conocía de la problemática jurídico procesal y más concretamente de los factores salariales que se habían considerado en la sentencia, la Sala encuentra que el memorial contentivo del recurso de apelación, no guarda relación con lo decidido por el Juez de primera instancia.

Lo anterior es así, porque la parte demandante en su recurso no contradice lo decidido en dicha providencia, esto es, que en el acto del reconocimiento prestacional no se incluyó ninguno de los factores que la Juez menciona en su providencia (asignación básica, bonificación mensual, prima de alimentación, prima de vacaciones, y prima de navidad) o que no es cierto

¹⁴ Ver folio 120 reverso, del cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Ver folio 125 reverso, del cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Resolución No. 0488 del 10 de diciembre de 2015.

lo que se consideró respecto de la prima de antigüedad y la prima semestral, para negar la reliquidación pensional.

Todo lo contrario, la demandante refuta que si tiene derecho a la reliquidación pensional con base en las primas de navidad y vacaciones porque fueron devengadas en el año anterior a la adquisición del status pensional; cuando es visto, que en la sentencia se estimó que tales factores ya habían sido reconocidos en la Resolución No. 0488 de diciembre 10 de 2015, pero sobre ello nada se contra argumentó con claridad en el mencionado recurso.

También se advierte que la parte recurrente sostiene, que tiene derecho a que se le incluya la prima de servicios por haberla devengado en el último año de servicio; cuando es claro, que el litigio fue fijado y resuelto con base a lo devengado en el último año de adquisición del status de pensionado, a más de no haberse solicitado en la demanda, la inclusión de dicho factor en la mesada pensional.

Ahora, aceptándose lo contrario, esto es que la fórmula sacramental utilizada en la demanda, referida a que debe reliquidarse la pensión con todos los factores percibidos en el año previo a alcanzar el estatus pensional, contiene implícitamente la solicitud de inclusión de la prima de servicios, como factor salarial para efectos pensionales, lo cierto es que la misma no puede considerarse como tal¹⁷.

Al efecto, se tiene que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo frente al tema tratado, en sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019¹⁸, fijó la siguiente regla:

• En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación

¹⁷ Esta misma afirmación no puede aplicar para el caso de la prima de antigüedad y semestral, porque la sentencia recurrida tocó el tema de manera explícita y el recurrente, no hizo pronunciamiento alguno al respecto, sin que su silencio pueda ser recogido por la mentada fórmula sacramental.

¹⁸ Determinación que ya ha sido acogida por este Tribunal en reiteradas decisiones.

para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Y a su vez, precisa que los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

Luego, demostrado que el docente demandante fue vinculado al magisterio desde el 10 de abril de 1972¹⁹, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, por ende, con régimen pensional amparado en la Ley 33 y 62 de 1985, no se puede tomar como factor de reliquidación pensional la prima de servicios, toda vez que no se encuentra en el listado taxativo de la norma citada (Ley 62 de 1985).

Los demás argumentos plasmados en el recurso de alzada, a su vez, (regresividad de los derechos sociales, la primacía de la realidad sobre las formas y principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 constitucional), deben decaer, si se tiene en cuenta que en la mencionada sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, se desvirtúa de manera clara y precisa, los mismos y que de paso sea dicho, anteriormente habían servido de base a este Tribunal para ordenar la reliquidación pensional, implicando así, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron considerados por la Alta Corporación.

Siendo así, considera la Sala, que la apelación interpuesta, (i) no se encuentra debidamente sustentada, en lo que hace relación a los factores salariales prima de antigüedad y prima semestral, atendiendo que el deber de respaldar el recurso, consiste, precisamente, en explicar la razón o motivo

¹⁹ Cfr. certificado tiempo de servicios, folio 25.

concreto que se ha tenido, para apartarse de la providencia recurrida, en aras de ilustrar al juez de segunda instancia, sobre los puntos en los que se halla en desacuerdo y que considera lesivos a sus derechos; (ii) la prima de servicios, invocada en el recurso, como se ha visto, no hace parte de aquellos factores que deben considerarse al momento de liquidar una pensión de docente y (iii) los argumentos de regresividad de los derechos sociales, la primacía de la realidad sobre las formas y principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 constitucional, no pueden ser de recibo al haber sido desechados como favorables para los intereses perseguidos, en la sentencia de unificación ya mencionada, por lo que la decisión de primera instancia, debe ser confirmada.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 10 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera

concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: RECONOCER personería a la Dra. Paola Andrea Pardo Marín, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.030.531.525 de Bogotá y T. P. No. 185.722 del C.S. de la J.²⁰, como apoderado judicial de la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²¹.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0175/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA

²⁰ Verificados los antecedentes disciplinarios, no registra anotación alguna. <<http://antecedentesdisciplinarios.ramajudicial.gov.co/Default.aspx>>. Fecha: 28/11/2019. Hora: 15:41.

²¹ Folios 20 - 32 del cuaderno de segunda instancia.