



Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01

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

|                            |  |
|----------------------------|--|
| <b>Medio de Control:</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>  |
| <b>Radicado No:</b>        | <b>13001-33-33-007-2017-00143-01</b>   |
| <b>Accionante:</b>         | <b>ALVARO CASTELLAR CORTINA</b>  |
| <b>Accionado:</b>          | <b>NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>                                    |
| <b>Tema:</b>               | <b>INDEBIDA SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN- AJUSTE DE PENSIÓN JUBILACIÓN CON INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES/DOCENTE NACIONALIZADO</b> |
| <b>Magistrada Ponente:</b> | <b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>   |

Procede la Sala Fija de Decisión 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA<sup>1</sup>**

**1.1. Pretensiones.**

La demanda se dirige concretamente a que se declare: i) la nulidad parcial de la Resolución No. 4328 del 16 de noviembre de 2007, por medio de la cual la demandada reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación al demandante y del acto ficto configurado el 19 de octubre de 2015 frente a la petición presentada el 3 de julio del mismo año.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que: **i)** reconozca y pague pensión de jubilación a partir del 01-05-2006 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás emolumentos devengados durante los 12 meses anteriores a la adquisición del status de pensionado, **ii)** sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley por cada año como lo ordena la Constitución y la Ley, **iii)** pagar las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina, **iv)** se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme al artículo 187 del CPACA con base en el IPC, **v)** condenar a

<sup>1</sup> Folios 1-14.





Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01

reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme lo dispone el artículo 192 del CCA, vi) se condene en costas.

## 1.2. Hechos

Se resumen así:

1.2.1 Laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos de ley para obtener pensión de jubilación.

1.2.2 La base de liquidación en el reconocimiento de la pensión, mediante la Resolución N° 4328 de 16 de noviembre de 2007 incluyó la asignación básica omitiendo la prima de navidad, servicios y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

## 1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Ley 91 de 1989, art. 15

Ley 33 de 1985, Art. 1

Ley 62 de 1985

Decreto 1045 de 1978

Se vulneraron las normas referidas, porque al demandante se le debe reconocer la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional. Refirió que se debe dar aplicación a la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se pensionaron con anterioridad a Diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007. Además, aplicando la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se señaló que se deben incluir todos los conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios, porque no deben considerarse taxativos sino meramente enunciativos.

## 2. LA CONTESTACIÓN

### 2.1 Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>2</sup>

El Ministerio de Educación Nacional contestó la demanda refiriéndose al tema de la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, el cual no resulta congruente con las pretensiones de la parte actora.

<sup>2</sup> Folios 30-40.





Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda (frente al auxilio de cesantías), no agotamiento vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación causa por pasiva, compensación, genérica o innominada, prescripción.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>**

En sentencia de fecha veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, consideró que la normatividad aplicable para el cálculo del IBL del demandante es la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, según las cuales, de conformidad con la interpretación dada por el Consejo de Estado en la Sentencia del 4 de agosto 2010, la pensión de jubilación equivale al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales percibidos.

En consecuencia, al constatar que en la Resolución No. 4328 del 16 de noviembre de 2007, solo se incluyó la asignación básica, dejando por fuera los demás factores salariales como subsidio de alimentación, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y la prima de vacaciones que se encuentran certificados como devengados por el demandante, declaró la nulidad del acto demandado y en consecuencia ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión de esos factores, autorizando el descuento sobre las cotizaciones que no se hubieren hecho. Igualmente, declaró prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 19 de octubre de 2012.

**4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

La entidad accionada solicitó revocar la sentencia de primera instancia ofreciendo argumentos que no atacaron la decisión del A-quo pues se limitaron a efectuar un recuento de la normatividad que rige el tema de las prestaciones en favor de los empleados del orden nacional y territorial haciendo énfasis en las que gobiernan el caso de los docentes.

Hizo referencia a los Decretos 1042 de 1978, sentencia T-1066 de 2012, 1048 de 1972, 451 de 1984, la Ley 6ª de 1945, la Ley 91 de 1989, 60 de 1993 la Ley 715 de 2001 y el Decreto 1850 de 2002 para concluir que, por medio de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

Así mismo que, de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, "El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad

<sup>3</sup> Folios 87.

<sup>4</sup> Folio 97-108.





**Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01**

nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones". Respecto de la prima de servicios señaló que no ha sido creada para el personal docente y directivo docente; pues dicha normativa hace una mezcla entre las normas que otorga prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salarios por lo que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas; del mismo modo, aduce que hace referencia a las prestaciones a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley, sin que se pueda concluir que la prima de servicio ha sido creada por la ley en cita, a favor de los docentes estatales.

Concluye la accionada que la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978, no se crea o extiende a los docentes oficiales; y que no se encuentra facultada para ordenar directamente ni discrecionalmente la indexación y los intereses moratorios, pues solo procede en cumplimiento de decisiones judiciales.

En suma, la Sala concluye que, la entidad demandada al sustentar el recurso, se limitó a hacer referencia a la ausencia de derecho del actor en torno a la "prima de servicios" en su condición de docente, exponiendo esencialmente que dichos empleados se encuentran excluidos de la aplicación del Decreto 1042 de 1978, toda vez que éste se aplica exclusivamente a empleados públicos del orden nacional de la Rama ejecutiva; explicando que la Ley 91 de 1989 -que regula el régimen docente-en ningún momento creó la prima de servicio para el personal docente, tal y como lo ha dicho la jurisprudencia.

## **5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA<sup>5</sup>**

Mediante auto de fecha cuatro (04) de mayo de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto de fondo.

## **6. ALEGACIONES**

### **6.1 Parte demandante<sup>6</sup>**

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos de la demanda.

### **6.2 Parte Demandada**

Guardó silencio.

---

<sup>5</sup> Folio 118

<sup>6</sup> 122-128





Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01

### 6.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio.

## II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas, no encontrando las partes irregularidad. Por ello y como en esta instancia tampoco se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

## III.- CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

### 2. PROBLEMA JURIDICO

Si bien algunos de los antecedentes expuestos sugieren que esta Sala debe estudiar sí en el presente caso la parte actora tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación, tomando como base todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional; resulta evidente para esta Corporación que el problema jurídico, en esta oportunidad, no resulta ser tal, pues de la sola lectura del escrito de apelación se evidencia que la entidad demandada sustentó el mismo en supuestos fácticos sustancialmente distintos a los aquí debatidos. En ese sentido, el problema jurídico que identifica la Sala es el siguiente:

Siendo que la competencia del juez de segunda instancia se encuentra delimitada por los aspectos objeto de apelación y/o argumentos del recurso, ha de resolverse ¿si los argumentos expuestos en el recurso de apelación resultan suficientes para revocar la sentencia de primera instancia, y en ese sentido, entrar a estudiar el derecho reconocido por el A quo?

### 3. TESIS

La Sala procederá a confirmar la providencia impugnada en apariencia, en tanto que los argumentos del recurso de apelación propuestos por la parte demandada, en nada se relacionan con objeto de la Litis.





Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01

#### 4. De la sustentación del recurso de apelación en el presente caso.

Como se dijo anteriormente, debe precisar la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la competencia de éste Tribunal, se encuentra limitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión del mismo es lo que fija el ámbito de competencia del superior, pues la providencia que se debate con dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo (congruencia de la sentencia, Art. 281 CGP)

En ese sentido, en el caso concreto la Sala observa que la parte accionada no sustentó debidamente el recurso de apelación, pues en su escrito se limitó a hacer referencia a consideraciones relacionadas con la **prima de servicios en favor de los docentes oficiales**, sin referirse en ninguna de las partes del escrito de apelación a los argumentos expuestos por el Juez de primera instancia en la sentencia que declaró la nulidad del acto acusado y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora.

Precisamente, son esas razones de inconformidad las que debe estudiar el Juez de segunda instancia, pues a estar limitado por los argumentos de inconformidad que expone el recurrente, su campo de estudio es ese, pero si no hace ningún reparo de fondo a los fundamentos de la sentencia del A quo, ninguna labor judicial puede llevar a cabo el Superior.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha precisado<sup>7</sup>:

*"... Si bastara al recurrente afirmar en todos los casos, al impugnar una decisión judicial, que se atiene a lo afirmado y sostenido en el curso de la instancia, sobraría en absoluto la exigencia perentoria contenida en el inciso segundo del artículo 212 del C.C.A.*

*La necesidad de que el recurrente aporte argumentos en contra de que los fundamentos del fallo apelado, **los cuales constituyen la base de estudio de la decisión de segundo grado**, es reafirmada por el inciso, subsiguiente, al sancionar con la deserción del recurso la omisión del requisito en estudio ( las negrillas y subrayas fuera de texto).*

*Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al ad quem hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones incoadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación" (Sentencia de 6 de junio de 1987, expediente número 338, actor: Fernando Sarmiento Cifuentes. Consejero ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado).*

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ-Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).-Radicación número: 3523-Actor: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE LOS LLANOS ORIENTALES LTDA. "COOTRALLANERO LTDA Y OTRA".





Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01

"... Tal exigencia implica, que el recurrente en el escrito de sustentación señala el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez ad quem para decidir el recurso.

La competencia de éste, queda pues limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso..." (Sentencia de 17 de julio de 1992, Expediente número 1951. Actor: Oscar Conde Ortiz, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

"... De acuerdo con la jurisprudencia "... el deber de sustentar este recurso (se refiere al de apelación) consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; osea para expresar la idea con un criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o modificación (Corte Suprema de Justicia. Providencia de agosto 30 de 1984, Magistrado Ponente doctor Humberto Murcia Ballén, Código de Procedimiento Civil. José Fernando Ramírez Gómez, colección Pequeño Foro, Página 319)"

(Auto de Sala Unitaria del Consejero, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, de 17 de marzo de 1995, expediente número 3250, actores: Sociedad Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía.).

### **5.3 Condena en costas en segunda instancia.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas al demandado por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, la Sala adoptará la decisión de no condenarlo al pago de costas y agencias en derecho, por cuanto la finalidad de dicha condena, no es otra que la de retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en el presente caso, en razón a que la parte actora, no compareció ni ejerció acto procesal alguno de defensa en la segunda instancia.

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 de fecha veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la que accedió a las pretensiones del demandado.

**SEGUNDO:** Sin costas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



Rad. 13001-33-33-007--2017-00143-01

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

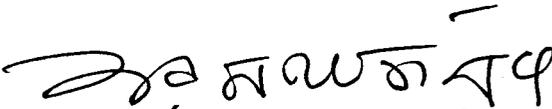
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

**LOS MAGISTRADOS,**

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

(Ausente con permiso)  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR VÁSQUEZ CONTRERAS**

|                     |   |
|---------------------|---|
| Medio de Control:   | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |
| Radicado No:        | 13001-33-33--007-2017-00143-01  |
| Accionante:         | ALVARO CASTELLAR CORTINA  |
| Accionado:          | NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO                                    |
| Tema:               | INDEBIDA SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN- AJUSTE DE PENSIÓN JUBILACIÓN CON INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES/DOCENTE NACIONALIZADO |
| Magistrada Ponente: | CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE   |