



Rad. 13001-33-33-013--2015-00237-01

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>13001-33-33-013-2015-00237-01</b>
<b>Accionante:</b>	<b>NUBIA DEL SOCORRO GUZMAN DE PAJARO</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 cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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. 295 del 16 de noviembre de 2005, por medio de la cual la demandada reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que: **i)** debe reconocer y pagar a la demandante pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionada, **ii)** inaplique por inconstitucionalidad el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, **iii)** que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales conforme a la Ley 71 de 1988, **iv)** sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme a la ley 71 de 1988, **v)** condenar a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme lo dispone el artículo 195 del CCA, **v)** se dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo de la precitada

<sup>1</sup> Folios 1-19.





Rad. 13001-33-33-013--2015-00237-01

norma (Ley 1437 de 2011) y siguientes, y finalmente que vi) se condene en costas de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

## 1.2. Hechos

Se resumen así:

1.2.1 El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0621 del 09 de mayo de 2006, le reconoció Pensión Vitalicia de Jubilación por cuantía de \$1.295.731.

1.2.2 La Resolución no tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante su último año de servicio – asignación básica mensual horas extras, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de exclusividad y prima de alimentación.

## 1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.

Ley 812 de 2003, artículo 81.

Ley 115 de 1994 artículo 115.

Ley 91 de 1989 artículo 15.1

Decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003, artículo 3.

Se vulneraron las normas referidas, porque a la demandante se le debe reconocer la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales (horas extras, asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de exclusividad y prima de alimentación) dando 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.

## 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 aceptando como ciertos los hecho relativos a los factores incluidos en el acto de reconocimiento pensional de la actora, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la pensión se le liquidó de conformidad con el ordenamiento aplicable al asunto, esto es la Ley 33 de 1985, según la cual para liquidar la pensión no se toman en cuenta los factores salariales devengados

<sup>2</sup> Folios 60-73.





**Rad. 13001-33-33-013--2015-00237-01**

durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada, sino el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (Art. 1º).

En ese orden, señaló que para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003). En ese orden, señaló que el Decreto 3752 de 2003, vigente para la fecha en la que la demandante adquirió su status pensional, - precisó que los únicos factores que se deben incluir en la liquidación de la pensión son aquellos por los que efectivamente el docente haya realizado aportes, así como los consagrados en el Decreto 688 de 2002, a saber: sobresueldos para quienes estuvieran vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda, 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 cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, consideró que la normatividad aplicable para el cálculo del IBL de la 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. 295 del 16 de noviembre de 2005, solo se incluyó la asignación básica, dejando por fuera los demás factores salariales como la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima alimentación, que se encuentran certificados como devengados por la 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 desde el 11 de septiembre de 2005 al 7 de abril de 2012.

<sup>3</sup> Folios 342-353.





Rad. 13001-33-33-013--2015-00237-01

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

La entidad accionada solicitó revocar la sentencia de primera instancia ofreciendo argumentos que no atacaron la decisión de la 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 párrafo 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 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.

<sup>4</sup> Folio 354-369.



Rad. 13001-33-33-013--2015-00237-01

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

Mediante auto de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), 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

Guardó silencio.

### 6.2 Parte Demandada<sup>6</sup>

Reiteró los argumentos expuestos en la impugnación sobre el trámite en el pago de prestaciones a cargo del FOMAG y las Secretarías de Educación, reiterando que el caso concreto hace referencia al tema de cesantías y sanción moratoria por pago tardío.

### 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 preferir 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.

<sup>5</sup> Folio 379

<sup>6</sup> Folios 354-369.

Rad. 13001-33-33-013--2015-00237-01

## 2. PROBLEMA JURÍDICO

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.

## 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



Rad. 13001-33-33-013--2015-00237-01

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).*

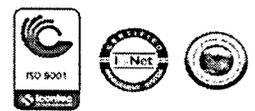
*"... Tal exigencia implica, que el recurrente en el escrito de sustentación señala el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez ad quem para decidir el recurso.*

*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.).*

<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. 13001-33-33-013--2015-00237-01

### 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 a la demandada por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, la Sala adoptará la decisión de no condenarla 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 cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

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

**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**