



161/2c

13001-33-33-011-2015-00276-02

Cartagena de Indias, seis (6) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No:	130013333011-2015-00276-02
Accionante:	CARLOS ARTURO MANCERA BARROS
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 NACIONAL
Magistrada Ponente:	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha once (11) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Hechos

1.2.1 Nació el 14 de febrero de 1950 y prestó sus servicios como docente nacionalizado por más de 20 años.

1.2.2 Mediante Resolución No. 2455 del 25 de agosto de 2005 se le reconoció pensión de jubilación efectiva a partir del 15 de febrero de 2005, en cuantía de \$771.518.00.

1.2.3 La pensión fue liquidada teniendo en cuenta únicamente la asignación básica mensual, desconociendo la totalidad de los factores salariales como son la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación.

1.2 Pretensiones.

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2455 del 25 de agosto de 2005 mediante la cual se le reconoció el pago de pensión vitalicia de jubilación.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de Restablecimiento del derecho, solicita que se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar al accionante pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado.

Además i) inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b); ii) Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme a la ley





13001-33-33-011-2015-00276-02

71 de 1988; iii) condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A; iv) condenar a la demandada a que de estricto cumplimiento de la sentencia conforme lo dispone el artículo 195 de la ley 1437 de 2011; v) se condene en costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

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

Ley 91 de 1989 artículos 1, 2 y 15.

Ley 60 de 1993, artículo 6.

Ley 115 de 1994 artículo 115.

Ley 812 de 2003 artículo 81.

Decreto 2831 de 2005 artículo 5.

Sostiene que la Resolución No. 2455 de 25 de agosto de 2005 es nula y vulnera el art. 6 constitucional que consagra los deberes de los servidores públicos, así como el art. 13 ibídem, toda vez que en ella se liquidó su pensión sin tener en cuenta todos los factores certificados como devengados y pagados durante su último año de servicio, en contravía con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por cuanto ellas no consagran un listado de factores taxativo, sino meramente enunciativo.

Agrega que el art. 81, inc. 1 de la Ley 812 de 2003, en el cual la demandada sustenta su actuación, solo es aplicable a los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley, y por ende era necesario incluir los factores salariales devengados en la liquidación de pensión de jubilación.

Igualmente, indica que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º inc. 2 Y 279 de la Ley 100 de 1993, el demandante quedó excluido del nuevo régimen pensional y se le debe liquidar su pensión con su mismo régimen previsto en la Ley 4 de 1966, según el cual se debe incluir la totalidad de factores salariales del año inmediatamente anterior a la adquisición de su status jurídico.

2. Contestación.

2.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹

Se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos planteados, salvo el que tiene que ver con la inclusión de los factores salariales reclamados, pues en la liquidación de la pensión se tuvieron en cuenta los señalados en la ley.

Precisó que, la ley 33 de 1985 estableció en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de los servidores públicos será el equivalente al 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En ese sentido, sostiene que la solicitud de reliquidación de pensión con la inclusión de factores generados durante el año anterior a la adquisición de la

¹ Folios 71 al 93



13001-33-33-011-2015-00276-02

condición de pensionado no es procedente conforme al parágrafo segundo del artículo primero de la ley 33 de 1985.

De acuerdo a la Ley 812 de 2003 y al Decreto 3752 del mismo año, que le resultan aplicables al demandante, los únicos factores sobre los cuales se debe realizar la liquidación de la pensión son aquellos por los que efectivamente haya realizado aportes.

Agrega que el Decreto 3752 de 2003 fue derogado en cuanto a los factores que se deben tener como aportes para pensión, luego a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, se realizará teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, pero esa no es la situación en el presente caso, por cuanto el demandante adquirió el estatus de pensionado en vigencia del artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, manteniéndose inmodificables dichas circunstancias, por ser situación jurídica ya consolidada y respecto de la cual la Ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

Propuso como excepciones la de inepta demanda por ausencia de los requisitos de procedibilidad, prescripción, caducidad procesal o preclusión de etapa procesal, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de legitimidad en la causa por pasiva y la genérica o innominada.

3. Sentencia de primera instancia.²

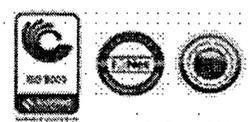
El Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, con el argumento que el régimen aplicable para determinación del ingreso base de liquidación para establecer el monto de la pensión de la parte demandante corresponde al previsto en las leyes 33 y 62 de 1985.

Indica que si bien al tenor de dicha disposición, la pensión se liquidaría sólo sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, aplicará el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, de acuerdo con el cual, el artículo 1º de la ley 62 de 1985, no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, lo cual permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los aportes que dejaron de efectuarse.

Con fundamento en lo anterior, declaró la nulidad de la Resolución acusada, y en consecuencia ordenó a la entidad demandada reliquidar dicha prestación aplicando el régimen previsto en las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985. Para el efecto deberá tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el accionante durante el último año de servicio, incluyendo la prima de alimentación, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

Al respecto, ordena que de los factores adicionales deberán efectuarse los descuentos correspondientes a las cotizaciones que no se hubieran efectuado, toda vez que la pensión es por aportes.

² Folios 104 a 120.





13001-33-33-011-2015-00276-02

De igual forma declaró prescritas las diferencias causadas en la mesada pensional con anterioridad al 27 de abril de 2012.

4. Recurso de apelación.³

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, por ser éste aplicable 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 INSTANCIA⁴

Mediante auto de fecha seis (06) de octubre 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 EN SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1 Parte demandante

Guardó silencio.

6.2 Parte Demandada⁵

Guardó silencio.

6.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁶

Guardó silencio.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Por ello, y como en esta instancia no 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

³ Folios 127 a 142

⁴ Folio 209

⁵ Folios 212 al 217.

⁶ Folio 218-225.





13001-33-33-011-2015-00276-02

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 ésta 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 pertinentes para revocar la sentencia de primera instancia, y en ese sentido, entrar a estudiar el derecho reconocido por el A quo?

3. TESIS

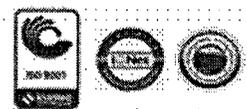
La Sala procederá a confirmar la providencia impugnada en apariencia, en tanto que los argumentos del recurso de apelación propuestos por la parte demandada, en nada se relacionan con objeto de la Litis.

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 del actor.

Precisamente, son esas razones de inconformidad las que debe estudiar el Juez de segunda instancia, pues a estar limitado por los argumentos de inconformidad





13001-33-33-011-2015-00276-02

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 precisado⁷:

"... 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.).

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

⁷ 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".



13001-33-33-011-2015-00276-02

En torno a la condena en costas, la Sala debe precisar que conforme lo establece el artículo 188 del CPACA que remite al Código General del Proceso, éstas no operan de forma automática, sino que es necesario que aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (Numeral 8 del artículo 365CGP).

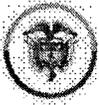
Teniendo en cuenta que, el pago de las costas dentro de las cuales se incluyen las expensas (gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados, como los honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.), y las agencias en derecho (que se definen como los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales - vale la pena precisarlo - se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial), no se comprobaron cómo causadas en sede de segunda instancia, no hay lugar a condenar a la parte apelante y a favor de la demandante.

Se debe recalcar que, si bien las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, sería la Sala la encargada de manera discrecional de fijar la condena por este concepto, con base en los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el representante judicial o la parte que litigó personalmente, lo cual tampoco ocurrió en el caso concreto, porque durante el trámite de la segunda instancia la parte demandante no concurrió.⁸

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

FALLA

⁸ Al respecto la Sala tendrá en cuenta el criterio valorativo de las Costas que ha venido sosteniendo de manera reiterada el H. Consejo de Estado y que se puede traer a colación en el siguiente extracto de la sentencia, proferida por la Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Consejero WILLIAN HERNÁNDEZ GÓMEZ, de fecha 22 de febrero de 2018, Radicación número: 17001-23-33-000-2015-00825-01 (5085-16) , en la que al respecto precisó: "Esta Subsección en providencia de este Despacho tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente: 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; d) 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); e) 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; f) 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 CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial; g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. De lo anterior se colige que la imposición de la condena en costas implica una valoración objetiva que excluye como criterio la mala fe o la temeridad de las partes". Ver también: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, C.P., William Hernández Gómez, rad.: 4492-13.



13001-33-33-011-2015-00276-02

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha once (11) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral 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.

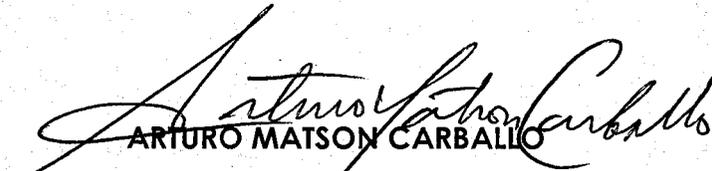
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


ARTURO MATSON CARBALLO

ROBERTO CHAVARRO COLPAS

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No:	130013333011-2015-00276-02
Accionante:	CARLOS ARTURO MANCERA BARROS
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 NACIONAL
Magistrada Ponente:	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

