



Cartagena de Indias D. T. y C, veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-011-2015-00161-01
Demandante	Orlando Morales Hernández
Demandado	Nación - Ministerio de Educación -FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación pensión docente

II. PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda

a). Pretensiones: La parte demandante formuló las siguientes:

1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1515 del 15 de septiembre de 2008, expedidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional Bolívar por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a Orlando Morales Hernández, identificado con cédula de Ciudadanía No. (...).

2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1730 del 18 de junio de 2009, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional Bolívar por la cual "se aclaró la Resolución 1515 del 15 de diciembre de 2008 en indicar que el pago de la mesada pensional no es cuotas partes, según hoja de revisión de la FIDUPREVISORA, según identificador No. 798087 con fecha de estudio 12/11/08.

3. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare que la Nación - Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a Orlando Morales Hernández, con cedula (...), pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado (...).

4. 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 l Ley 91 de 1 989, artículo 1 5, numeral 2º, literal b.

5. Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.



6. 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.

7. Condenar igualmente a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional de Bolívar, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

8. Se condene en costas a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.C. (Ley 1437 de 2011)

b. Hechos

Para sustentar sus pretensiones la parte demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

Nació el 29 de noviembre de 1949 y prestó sus servicios como Docente Nacionalizado durante más de 20 años.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 1515 del 15 de diciembre de 2008, le reconoció una pensión de jubilación, efectiva a partir del 05 de abril de 2006, en cuantía de \$ 822.441.

Mediante Resolución No. 1730 del 18 de junio de 2009, se aclaró la Resolución anterior en el sentido de que el pago de la mesada pensional no es cuotas partes, según hoja de revisión de la FIDUPREVISORA, identificador No. 798087, con fecha de estudio 12/11/08.

La pensión es pagada por intermedio de FIDUPREVISORA S.A., entidad fiduciaria encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al contrato de fiducia suscrito el 21 de Junio de 1990 con el Ministerio de Educación Nacional.

Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como la prima de navidad y de vacaciones.

c. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13º, 23º, 25º, 46º, 48º, 53º, 58º, 228º y 336º de la Constitución Política; 2, literal a) de la Ley 4 de 1992; Ley 57 de 1887; Ley 6 de 1945; Decreto 1285 de 1955; Ley 91 /89; Ley 60/93 y la Ley 115/94.

Adujo que la regla general establecida en la Constitución Política de Colombia en su artículo 53, es la prohibición de menoscabar o desmejorar los salarios y



prestaciones sociales de los trabajadores, sin desconocer la potestad de configuración normativa de la Rama Legislativa, principio este que se reiteró en la Ley 4 de 1992, artículo 2º, literal a, que establece que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

Señaló que su pensión se debe liquidar, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, acatando lo dispuesto en la Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966, artículo 4; Decreto 1743 de 1966, artículo 5º; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; y Ley 91 de 1989, artículo 15.

La Corte Constitucional ha considerado que debe tenerse en cuenta el principio de progresividad de los derechos sociales, pues si bien el legislador puede modificar los requisitos para acceder a una prestación social determinada, no puede desconocer derechos adquiridos y si adoptar medidas que restrinjan estos derechos, debiendo estar plenamente justificadas, so pena de vulnerar este principio

Cuando el Legislador decide adoptar medidas que implican un retroceso en cuanto a derechos sociales respecto a las legislaciones anteriores, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad prohíbe, prima facie, estén prohibidas este tipo de medidas.

En el presente caso cuando entró a regir el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, ya había laborado como docente por más de 20 años, faltando únicamente para optar por la pensión el segundo requisito, que correspondía a la edad, sin que existiera un régimen de transición a favor de las personas que han cotizado durante la vigencia de las sucesivas modificaciones legales.

3.2. Contestación de la demanda.

La parte demandada señaló que no es viable que se le reajuste la pensión de vejez de la parte demandante, con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

La liquidación de la pensión contenida en las Resoluciones objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, *"por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."*, cuyo artículo primero dispone que: *"el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*



La resolución que reconoció la pensión de la parte demandante fue expedida en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que *"la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente"*.

Desde la expedición de la Ley 6 de 1945 se han estipulado los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En este mismo sentido, la Ley 4 de 1966 en sus artículos 2 y 4, dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

Los factores salariales para pensión quedaron establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978; no obstante lo anterior, mediante la Ley 33 de 1985 se determinó en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores, sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Los docentes tienen la calidad de servidores públicos y no están cobijados por el régimen especial de pensiones, como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha establecido que, la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 68 de 1945 y 33 de 1985.

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 fue modificado por la Ley 62 de 1985, la cual estableció los factores que se deben tener en cuenta en la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, los cuáles deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso, las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquéllos y el régimen de la entidad territorial para éstos.

El artículo 15 de la citada ley establece, entre otras disposiciones, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990 el régimen aplicable es el contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las normas que se expidan en el futuro.





Ley 812 de 2003, o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, y condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales, a partir de la fecha de su entrada en vigencia, cotiza el educador al FNPSM.

Dicha ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicado que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud que establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el Decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 establece en su artículo 3 que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente; y que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el Decreto 688 de 2002; es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

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), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

IV. LA SENTENCIA APELADA.

El Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 17 de febrero de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1515 de 2008 y de la Resolución 1730 del 18 de junio de 2009, por medio de las cuales se reconoce una pensión de jubilación a favor del accionante y proferidos por



la parte demandada.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que reliquide la pensión del señor ORLANDO MORALES HERNÁNDEZ, identificado con la C.C. No. 13.236.085, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior a la adquisición del derecho pensional, pero incluyendo los factores que se enuncian a continuación:

Asignación básica - Prima de navidad - Prima de vacaciones

Respecto 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.

TERCERO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, así como las cotizaciones no efectuadas se indexarán aplicando la siguiente fórmula: (...)

CUARTO: Se declaran prescritas las diferencias causadas en la mesada pensional con anterioridad al 27 de febrero de 2012.

QUINTO: Se condena en costas y agencias en derecho a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Líquidense por Secretaría.

SEXTO: Se fijan las Agencias en Derecho en suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor líquido de la condena. Líquidense por Secretaría.

SÉPTIMO: La condena se cumplirá conforme lo previsto en el Capítulo Sexto del Título V de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría expídanse los documentos necesarios para su cobro a favor de la parte demandante y envíense las comunicaciones de ley. Surtido lo anterior, envíese el expediente a la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena de Indias para su archivo".

Para sustentar su decisión afirmó, en resumen, lo siguiente:

Los docentes son servidores públicos que no están cobijados por un régimen especial de pensiones, y por ello la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las leyes 6 de 1945 y 33 de 1985. Esta última establece cuáles son los factores respecto de los cuales se liquidan los aportes para efectos del reconocimiento de la pensión.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece que para los docentes nacionales y para los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el régimen aplicable está contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o de las normas que se expidan en el futuro.



El Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo sería el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y de las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores de cotización los siguientes:

Teniendo en cuenta la fecha de publicación de la mencionada norma, 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), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

Por lo anterior, el Decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes para pensión, sujetándolos al aporte que efectivamente realice el mismo.

Si bien el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 ha establecido que a partir del 25 de julio de 2007, la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, este tipo de situación no se ajusta al caso concreto por cuanto al momento en que el demandante adquirió el estatus de pensionado, se encontraba vigente el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, manteniéndose inmodificables las situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007 no establece alguna forma de modificación.

En el presente asunto, el régimen aplicable para la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión de la parte demandante, corresponde al previsto en las leyes 33 y 62 de 1985. Además, el Consejo de Estado ha señalado que se debe aplicar un principio de favorabilidad para determinar cuáles son los factores que del ingreso del trabajador deben ser tenidos en cuenta a efecto de establecer el monto de su pensión. Ello implica que los factores enumerados en la Ley 33 y en la Ley 62 de 1985 no son taxativos, sino que tienen un carácter enunciativo; criterio fue ratificado por el en sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016.

V. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

En el escrito de apelación, la parte demandada solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia; y que en caso de que no procedan los argumentos de apelación, se dé aplicación al principio de la *no reformatio in pejus*, en lo que refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia apelada.



Adujo que la decisión tomada no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable que se reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación, porque no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Así mismo, que el Decreto 1048 de 1972 y el Decreto 451 de 1984, excluyen de manera expresa la aplicación del decreto al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva; y que el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002.

Anotó que, por medio de la Ley 91 de 1989 se crea 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. Y que la Ley 6ª de 1945 crea las primeras prestaciones sociales, tanto para trabajadores estatales como particulares; y por medio del Decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del Estado, normas que en virtud de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2767 de la misma anualidad, se hace extensiva a los servidores públicos del ente territorial.

Advirtió que el Decreto 1042 *ibídem*, establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional y se fijan las escalas de remuneración de dichos empleados; creándose entre otras, la prima de servicio para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos en las entidades descritas.

En ese orden, las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario.

Manifestó que con la expedición de la Ley 43 de 1975, la educación en Colombia es un servicio público a cargo de la nación. Y, con la Ley 60 de 1993 se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias, estableciendo dicha norma que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados, que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989.

Advirtió que de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que dispone que "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"; la prima de servicios no ha sido creada para el personal docente y directivo docente; que 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, adujo 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.

Concluyó 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.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 02 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 272, C-2) y mediante providencia de 20 de noviembre de 2017, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 276, C-2).

La parte demandante no alegó de conclusión; la **parte demandada** reiteró los argumentos expuesto en la contestación de la demanda (fs. 278 - 283); y el **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico consiste en establecer si existe congruencia entre el recurso de apelación en estudio y la sentencia de primera instancia, y en caso negativo, si la incongruencia constituye motivo suficiente para desestimar el recurso.



7.3. TESIS.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, porque el recurso de apelación de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), se centra en negar el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la prima de servicios, cuestión que no hace parte del objeto de la Litis, y no guarda congruencia con la demanda y tampoco con la sentencia de primera instancia, relacionadas con la reliquidación de la pensión de la parte accionante.

7.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 243 del CPACA establece que “son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. (...)”.

El artículo 247 ibídem establece el trámite del recurso de apelación en la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 320 del C.G.P., por su parte, establece:

“Art. 320. Fines de la apelación. 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.

El Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que el recurso de apelación es un medio de impugnación de las decisiones judiciales de primera instancia, que permite al superior funcional revisarlas a efecto de verificar si procede su aclaración, modificación, adición o su revocatoria.

Ha señalado igualmente que quien interpone dicho recurso tiene la carga mínima de sustentarlo mediante cargos o cuestionamientos frente a los asuntos que fueron objeto de pronunciamiento por el a quo de manera adversa o simplemente no se pronunció. Y que la sentencia y el recurso de apelación constituyen el marco que limita la decisión del superior, quien carece de libertad para suponer otros motivos que, a su juicio, pudieron ser invocados contra la decisión.

También ha establecido que el principio de la doble instancia garantizado por el artículo 31 superior, supone el cumplimiento de ciertos requisitos de oportunidad y procedencia, so pena de fracaso del recurso; **todo lo cual impone la**



congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación del recurso, sin la cual se desconoce la finalidad y objeto de la segunda instancia.¹

Los criterios descritos, fueron reafirmado así por la subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de abril de 2016, dentro del proceso con radicación interna N° 0529-15, C.P. William Hernández Gómez:

"(...) En este sentido y de acuerdo con la finalidad del recurso de apelación, resulta necesario no solo que el recurrente sustente la decisión sino que lo haga de la forma adecuada, indicando en concreto los motivos de inconformidad respecto del fallo del A-quo, los cuales determinarán el objeto de análisis del Ad quem y su competencia frente al caso. Lo anterior demanda un grado de congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación u objeto de la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo el debate jurídico y probatorio que fundamentó la decisión del juez de primera instancia, como también la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia.

(...) El recurso de apelación presentado por la parte demandada no guarda congruencia con lo decidido en la sentencia apelada, por tal razón y al no encontrar motivo alguno de inconformidad contra el fallo, debe declararse incólume la sentencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda, pues no es posible analizar ni los argumentos, ni las decisiones en ella adoptadas".²

Luego, la falta de congruencia entre el recurso de apelación y la sentencia cuestionada conducen necesariamente al fracaso de aquél.

VIII. EL CASO CONCRETO.

Observa la Sala que los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado por la parte demandada, son incongruentes respecto de la sentencia proferida por el A-quo.

Lo anterior, porque en la sentencia se exponen las razones para acceder a la pretensión de reliquidación de la pensión de jubilación formulada por la parte demandante, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional; mientras que en el recurso de apelación se exponen hechos y se describen normas y jurisprudencia que, a juicio del apelante, impiden el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes estatales, así como la indexación y los

¹ Los criterios anteriores han sido expuestos en sentencias de la Sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 4 de marzo de 2010, Rad. 25000-23-27-000-1999-00875-01(15328); por la Sección Segunda, Sub. "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de 7 de abril de 2011, Rad. 13001-23-31-000-2004-00202-02(0417-10); y por la Subsección B de la Sección Segunda en sentencias del 9 de noviembre de 2017, Exp. 1050-2017, y del 6 de julio de 2017, Exp. 3949-2014, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

² En este mismo sentido se pronunció la Subsección B de la misma Sección en sentencia de 15 de marzo de 2018, dentro del radicado 250002342000201200914 01 (2666-2014), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



intereses moratorios, que pudieran derivarse de la falta de reconocimiento de dicha prestación.

La incongruencia del recurso respecto del fallo, se resalta, deriva del hecho de que la prestación a que se refiere el recurso, esto es, la prima de servicios a favor de los docentes oficiales, no fue reclamada en la demanda, frente a ella nada se debatió en el proceso, y no fue objeto de estudio y decisión por parte del juez de primera instancia, entre otras cosas, porque no fue devengada por la parte demandante.

En suma, la discusión planteada por el recurso no hace parte del marco de la Litis, no fue materia de estudio y decisión en la sentencia proferida por el A quo y tampoco puede ser objeto de pronunciamiento en segunda instancia.

Si bien el apelante en la oportunidad para alegar de conclusión expuso argumentos que sí se relacionan con la sentencia y con el objeto del litigio, lo hizo por fuera de la oportunidad procesal prevista para interponer y sustentar el recurso de apelación, razón por la cual dichos argumentos no deben ser examinados ni tenidos en cuenta para decidir el recurso.

En conclusión, el recurso de apelación interpuesto no cumple con las exigencias del artículo 320 del CGP, pues no guarda congruencia con la motivación y la decisión contenidas en la sentencia de primera instancia, y por ello será confirmada.

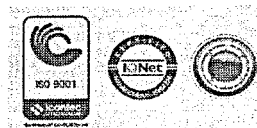
8.1. Condena en costas en segunda instancia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte vencida, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. - En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

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 proferida el 17 de febrero de 2017, por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.





SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada; liquídense por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISES RODRIGUEZ PEREZ

CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-011-2015-00161-01
Demandante	Orlando Morales Hernández
Demandado	Nación - Ministerio de Educación -FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación pensión docente