



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	13-001-33-33-011-2015-00293-01
Demandante	Amparo Romero Álvarez
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 del 11 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda.

a). Pretensiones: La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la Nación - Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

***PRIMERA:** Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 247 del 31 de octubre de 2005, expedida por la Secretaria de Educación del Distrito de Cartagena de Indias, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora AMPARO ROMERO ALVAREZ, calculada con la asignación básica y desconociendo otros factores salariales debidamente certificados.*

***SEGUNDA:** Como consecuencia de la declaración anterior, ordenar el restablecimiento del derecho y declarar que mi mandante le asiste razón respecto a que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL), le debe reconocer y en consecuencia pagar su pensión de derecho, teniendo en cuenta para el cálculo del monto pensional, además de la asignación básica, todos aquellos factores pagados y certificados en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada, tal como son las primas de: Alimentación especial, Navidad, Vacaciones, Exclusividad y demás factores que conforme a la ley deben integrar la base salarial para el cálculo del monto pensional, en cuantía mensual no inferior a \$ 1.517.822 o lo que resulte probado en el proceso, efectiva a partir del 02 de junio de 2005 y en consecuencia esa entidad deberá proceder a liquidar los reajustes pensionales decretados a favor de mi mandante por concepto de la Ley*





71/88, teniendo en cuenta la nueva cuantía pensional de \$ 1.517.822.

3. Que se ordene liquidar y pagar a expensas del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL), y a favor de mi representado las diferencias de mesadas atrasadas debidas, valor que resultara de la diferencia entre lo que actualmente se le paga y lo que ordene la sentencia que resulte del presente proceso, desde el 02 de junio de 2005 hasta que sea incluida en la nómina; sumas calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a \$ 1.517.838, o lo que resulte probado en el proceso.

4. Condenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL), para que sobre las mesadas adeudadas a mi mandante le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor (IPC) o mayor, tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.C.A.

5. Condenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL), a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 y 195 del C.P.C.A., y pague a favor de mi mandante intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF durante los diez (10) primeros meses contados a partir de la ejecutoria del fallo o de los cinco días establecidos en el artículo 195 núm. 3, e intereses moratorios a la tasa comercial después de este término conforme lo ordena el artículo 95 num 4 del C.P.C.A.

6. Ordenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL), a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 y 195 del C.P.C.A.."

b. Hechos

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

Laboró como docente nacionalizado durante más de 20 años, por lo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 247 del 31 de octubre del 2005, le reconoció una pensión de jubilación, efectiva a partir del 2 de junio de 2005, en cuantía de \$1.342.589.

Para liquidar dicha pensión, solo se tuvo en cuenta, la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales, tales como las primas de alimentación, de exclusividad, de navidad y de vacaciones, las cuales fueron debidamente certificadas.

El FOMAG por intermedio de la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena de Indias ha venido reconociendo la pensión de los docentes oficiales de diferentes formas; aquellos que adquirieron el estatus de pensionado antes de la



vigencia del Decreto 812 de 2003, así como los que adquirieron dicha condición a partir del 4 de julio de 2007, se le incluyen en el cálculo del monto pensional todos los factores salariales devengados y certificados en el año anterior al cumplimiento de dicho estatus; los docentes que adquirieron la condición de pensionados en vigencia del citado Decreto, la pensión es calculada con base a la asignación salarial básica únicamente.

c). Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas los artículos 2º, 6º, 13º, 25º, 29º, 48º, 53º y 58º de la Constitución Política; artículos 21 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 10º del Código Civil; Ley 6º de 1945; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; artículo 115 de la Ley 115 de 1994; artículo 81º de la Ley 812 de 2003; Decreto 3752 de 2003; Ley 1151 de 2007.

Sostuvo que según los pronunciamientos del Consejo de Estado, en especial la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 2010, la liquidación de la pensión se hará teniendo en cuenta los factores que hayan sido devengados el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Las entidades demandadas transgreden los principios establecidos por la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1978 y la ley 4º de 1966, los cuales disponen que el monto pensional se calculará con el 75% del promedio devengado en el último año de servicio, incluida las primas de navidad, vacaciones y alimentación por ser un factor permanente y habitual que recibe el docente como contraprestación por su trabajo.

3.2. Contestación de la demanda.

3.2.1. Distrito Turístico y Cultural Cartagena de Indias (fs. 151-156).

Sostuvo que el ingreso base de cotización y liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra obligado el Fondo, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realizó aportes.

En ese sentido, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tuvo como base para calcular el monto de dicha prestación los mismos factores que sirvieron de base al empleado para pagar el valor de los aportes para pensiones.

Propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el Distrito de Cartagena no es la entidad para responder por las pretensiones de la demanda, ya que no adeuda ningún tipo de concepto salarial y/o prestacional a la demandante.



3.2.2. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó extemporáneamente.

3.3. Sentencia apelada. (fs. 209-224).

El Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 11 de julio de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"PRIMERO. DECLARAR la nulidad de la Resolución N° 247 de 31 de octubre de 2005, proferida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que liquide la pensión de la señora Amparo Romero Álvarez, identificada con la C.C. N° 22.396.737, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, pero incluyendo los factores que se enuncian a continuación: Prima de alimentación especial, Prima de exclusividad, Prima de navidad y Prima de vacaciones.

Respecto de los aportes 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:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (diferencia resultante de reliquidar la pensión incluyendo los aludidos factores), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

CUARTO: Se declaran prescritas las diferencias causadas en la mesada pensional con anterioridad al 7 de mayo de 2012. (..)

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

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.

Por lo tanto, la pensión ordinaria de jubilación de un docente del magisterio oficial debe liquidarse teniendo como base todos los factores devengados durante el último año de servicios, y si sobre algunos de ellos no se hicieron los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al momento de reliquidarse la mesada deberán ser descontados.



3.4. Del recurso de apelación (fs. 262-277).

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 párrafo 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.

3.5. Actuación procesal en segunda instancia

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto 24 de enero de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 4) y mediante auto de 16 de febrero 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.8).

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda (fs. 12-14)

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fs. 15-20)

El Ministerio Público no emitió concepto

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.



V.- CONSIDERACIONES

5.1. 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.

5.2. 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.

5.3. 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.

5.4. 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.

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.



5.5. 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 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.

5.6. 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,

VI. FALLA

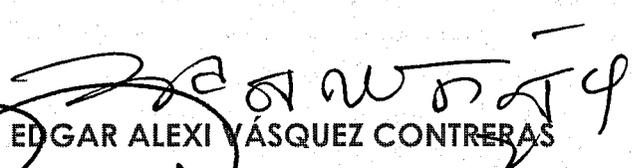
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 11 de julio de 2016, por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

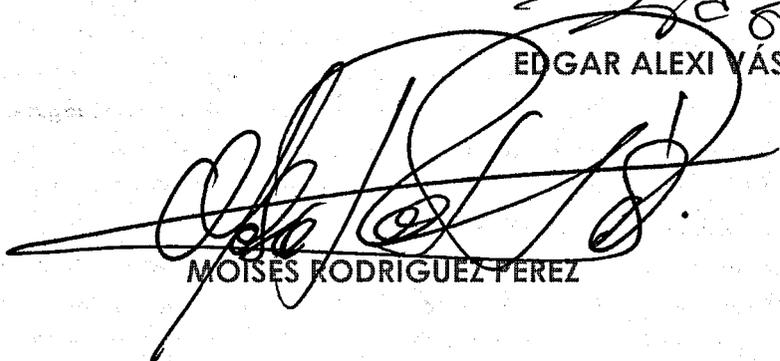
SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada; líquidense por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

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


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PENÚELA ÁRCE