



Cartagena de Indias D. T. y C, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-009-2017-00018-00
Demandante	Roberto Rojano Sarmiento
Demandado	Nación - Ministerio de Educación – FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto:	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 19 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente 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:

1. Se declare nulidad parcial de la Resolución N° 2684 de 29 de diciembre de 2005, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional Bolívar por medio de la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a ROBERTO ROJANO SARMIENTO, con cedula de ciudadanía No. 91. 081.805 de Soplaviento Bolívar.
2. 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 la pensión de jubilación a ROBERTO ROJANO SARMIENTO, con la inclusión de todos los factores salariales de devengo durante el año anterior al status de pensionado. .
3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3°, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2°, literal b. .
4. Que sobre la mesada resultante, se hagan los ajustes pensionales de ley, conforme a la Ley 71 de 1088
5. 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 de C.C.A.



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

6. Que 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 el demandante, afirmó lo siguiente:

Laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

Mediante la Resolución No. 2684 de 29 de diciembre del 2005, se reconoció pensión de jubilación. La entidad demandada, solo tuvo en cuenta como base de liquidación pensional, la asignación básica, omitiendo los demás factores salariales devengados, tales como la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, percibidos el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.

c). Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante considera vulnerada la Ley 91 de 1989; la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985.

Como concepto de la violación manifestó que su régimen pensional es el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, teniendo en cuenta la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal.

El consejo de estado ha establecido como criterio para efectos de liquidar las pensiones, que se entiende por salario todo lo que el trabajador recibe en forma habitual o da a cualquier título que implique retribución ordinaria y permanente de servicios sea cual fuere la designación que se le de tales como primas.

En consecuencia, la pensión de jubilación que le fue reconocida, deberá re liquidarse con base a los demás factores que no se tuvieron en cuenta y que fueron devengados.

3.2. Contestación de la demanda. (fs. 60-74).

El Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de



legalidad. La parte demandante no acredita siquiera sumariamente que el acto administrativo haya sido expedido con infracción de las normas en que debe fundarse.

La pretensión del señor Roberto Rojano Sarmiento, de que se ajuste su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año status de pensión no es viable conforme a la ley.

La ley 33 de 1985 en su artículo 3 estableció los factores a tener en cuenta para efectos de la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, los cuales deben ser tenido en cuenta para efectos del 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.

3.3. La sentencia apelada. (fs. 91 - 99)

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución No. 2684 del 29 de diciembre de 2005, mediante el cual, se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a Roberto Rojano Sarmiento.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión de jubilación de Roberto Rojano Sarmiento a partir del 05 de febrero de 2005, con el promedio del 75% de los factores salariales devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta para su cálculo, además de la asignación básica y la prima de vacaciones ya incluidas, la prima de navidad.

TERCERO: CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar al demandante la diferencia que resulte entre lo que se ha venido cancelando a Roberto Rojano Sarmiento por concepto de la resolución No. 2684 del 29 de diciembre de 2005 y lo que ha de cancelar conforme a lo ordenado en el ordinario anterior, a partir del 7 de febrero del años 2014.

Las sumas que resulten a favor de al demandante se ajustaran de acuerdo con la siguiente formula, en donde,

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia), por el índice vigente a la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. En este orden por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará





separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

CUARTO: *DECLARESE probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 7 de febrero del año 2014, por las razones expuestas en la partes motiva de esta providencia.*

(...)

Para sustentar su decisión el A-quo, luego de describir el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso, de acuerdo con el cual la base de liquidación de la pensión de los docentes no se integra únicamente con las sumas reconocidas de manera expresa en la ley como salario, sino también con todos los factores realmente devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional que se paguen de manera habitual y periódica, y tengan como objeto la retribución de la labor del empleado, en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas.

Anoto que en el proceso está probado que el demandante adquirió su estatus de pensionado el 4 de febrero de 2005 y que durante el año anterior a la fecha de adquisición de status pensional, devengo los siguientes emolumentos: sueldo básico, prima de navidad, prima de vacaciones.

Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta únicamente el sueldo básico devengado por el demandante, omitiendo computar la prima de navidad y la prima de vacaciones, las cuales también percibió en el lapso anterior a la adquisición anterior del estatus y que en efecto constituyen factor salarial para ser incluida dentro de la liquidación de la base pensional.

En cuanto a la inclusión de las horas extras reclamadas, no se encuentra acreditado que el actor haya percibido las mismas durante el periodo en mención.

3.4. Del recurso de apelación (fs. 101-112).

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.

3.5. Actuación procesal en segunda instancia.

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto 18 de mayo de 2018 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 124) y mediante auto de 12 de julio de 2018 corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f.128).

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación (fs. 131-136)

El Ministerio Público no rindió 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.

5.5. Caso Concreto.

Observa la Sala que lo 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.

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 apelada, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

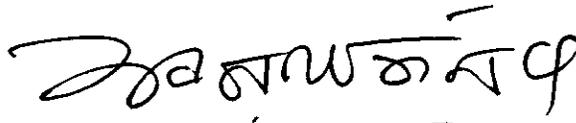


SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada; liquídense por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

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

Ausente con permiso
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ÁRCE

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-0009-2017-00018-00
Demandante	Roberto Rojas Sarmiento
Demandado	Nación - Ministerio de Educación – FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto:	Reliquidación pensión docente

