



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

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-006-2017-00024-01
Demandante	Yolanda Pérez Porto
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 enero de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia, sin consideración al orden o turno que le corresponde.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda

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

1. Pido que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1462 de 1º de julio de 2009, "por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación al docente Pérez Porto Yolanda", expedida por el Secretario de Educación de Cartagena de Indias, en nombre de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2... Pido, como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reajustar la pensión vitalicia de jubilación de la señora Yolanda Porto Pérez, teniendo en cuenta como base de liquidación la inclusión de todos los factores salariales devengados de mi mandante, dentro del año en que adquirió el estatus de pensionado, tales como: asignación básica, prima de alimentación especial, horas extras, prima de exclusividad, prima de navidad y prima de vacaciones docentes, con efectividad a partir del 18 de noviembre de 2008.

3. Pido que todas las condenas o pagos derivados de las pretensiones anteriores, se liquiden desde el 18 de noviembre de 2008, hasta el día en que efectivamente e realicen los pagos, y se ajuste tomando como base el





Índice de precio al consumados.

Para las liquidaciones anteriores se tendrán en cuenta los aumentos y ajustes de todo tipo que mediante ley o decreto se establezcan para la remuneración de la actora.

4. Pido que se condene a las entidades demandadas, darle cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437/11.

b. Hechos

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

Ingresó a laboral como docente antes de la vigencia de la Ley 812/03 y actualmente se encuentra vinculada a la Institución Educativa José Manuel Rodríguez Torices del Distrito de Cartagena. Y mediante Resolución No. 1462 del 1º de julio de 2009, la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena le reconoció una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.574.298, incluyendo la asignación básica, prima de alimentación especial, horas extras y prima de vacaciones, desconociendo los demás factores salariales devengados en su último año de servicios, tales como prima de exclusividad y prima de navidad.

c. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas los artículos 13, 53 y 58 de la Constitución Política; 3 del Decreto 3753 de 2003; 8 y 9 del Decreto 688/02; Leyes Nos. 33/85; 62/85; 91/89; 60/93; 115/94 y 715/01.

Adujo que el acto acusado fue expedido con infracción a las normas superiores, porque su pensión se concedió con base en el Decreto 812/03, norma que no le era aplicable, porque estaba vinculada al servicio docente antes de la entrada en vigencia de la misma; y el artículo 15 de la Ley 91/89 señala que a los docentes se les aplicará el régimen que venían gozando, que en su caso era la Ley 33/85.

El Consejo de Estado, en sentencia SU del 4 de agosto de 2010, señaló que la Ley 33/85 no indica de forma taxativa los factores salariales que conforma el ingreso base de liquidación, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

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 6ª 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 4ª 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 6 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 deben 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 Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 17 de enero de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1462 del 1º de julio de 2009, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto no incluyó como factores constitutivo de salario, al establecer el IBL, las primas de navidad y horas extras proporcionales (mes de septiembre) devengadas por la actora de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, durante el último año anterior a la adquisición de su estatus y certificadas por su ex empleador, según se razonó en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que si aún no lo ha hecho, proceda a: i) hacer una nueva liquidación de la pensión de la pensión de jubilación que a partir del 18 de noviembre de 2008,, le viene reconocida a la actora, señora (...), incluyendo en la porción correspondiente, dentro de los factores salariales para establecer el ingreso base de liquidación al que ha de aplicarse como tasa de reemplazo el 75%, la prima de navidad y las horas extras (mes de septiembre) devengadas por ella de manera habitual y de exclusividad como contraprestación directa de sus servicios, durante el último año anterior a su estatus y certificadas por su ex empleador a folio 14, según se detalla en la parte motiva de este fallo (...)

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

La demandante se encontraba vinculada como docente desde el 3 de marzo de 1977; es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812/03, y por ello deben aplicarse las disposiciones vigentes con anterioridad a dicha norma, en su caso la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85.

La pensión de jubilación de la demandante debía ser liquidada, teniendo en cuenta no solo el sueldo básico, prima de alimentación, horas extras y prima de vacaciones, sino incluyendo la prima de navidad y la prima de exclusividad, pues son considerados como parte del salario, según la sentencia SU del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado.

V. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones





Sociales del Magisterio, señaló que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006, por la cual se adicionó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para el trámite de las prestaciones económicas.

La FIDUPREVISORA S.A., cancela los pagos de las prestaciones luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación, previo al trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente, y según la disponibilidad de recursos provenientes el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La sanción por mora por el pago tardío de las cesantías de los trabajadores y servidores del Estado, regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva a los docentes del sector público, pues la Ley 91 de 1989 regula de manera especial las cesantías para los docentes y no contempla la sanción por mora en su pago.

El procedimiento para el pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo está consagrado en el Decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2º del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91/89 y artículo 56 de la Ley 962/05, el cual determina las etapas y términos para dichos reconocimientos, normas que no reconocen sanción por la mora en el pago de las cesantías.

Sostuvo, además, que carece de competencia para variar algún derecho que ha sido reconocido directamente por el respectivo ente territorial; y es precisamente este último, a través de su Secretaría de Educación, el encargado de comparecer al proceso, por ostentar y ejercer actualmente la potestad nominadora, la administración de las Instituciones Educativas y del personal docente y administrativo de los planteles educativos, y expidió el acto administrativo objeto de la demanda, por medio del cual se procedió a decidir la vacancia definitiva del cargo que venía desempeñando.

Reiteró que no procede sanción alguna por el retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías, condicionados a la expedición de disponibilidades presupuestales por parte del Ministerio de Hacienda y al respeto a turnos establecidos conforme al orden de reclamación.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 12 de junio de 2018 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 90) y mediante providencia de 03 de septiembre de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 121).





La parte demandada en sus alegatos reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en el recurso de apelación (fls. 98 – 102). - La parte demandante no alegó de conclusión; 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.

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 interpuesto por la parte demandada se centra en negar el derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes, 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 de la Sala de lo Contencioso Administrativo 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,

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.





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 sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes.

La incongruencia del recurso respecto del fallo, se resalta, deriva del hecho de que la sanción moratoria 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.

Luego, 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.

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

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.





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

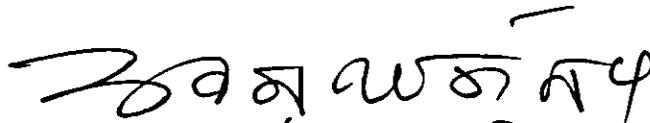
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 17 de enero de 2018, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

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.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ÁRCE