



Cartagena de Indias D. T. y C, primero (1º) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y DE LAS PARTES.

| | |
|---------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-33-006-2015-00141-01 |
| Demandante | DORIS DEVOZ CASTRO |
| Demandado | NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- |
| Tema | Incongruencia del recurso de apelación |
| Magistrado Ponente | LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare la **NULIDAD ABSOLUTA** Del Acto Administrativo- Resolución identificado con el No. 04-0337 del 09 de abril del 2013, proferido por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REG. BOLÍVAR- SECRET. EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, mediante el cual se resuelve en forma negativa la solicitud de revisión- ajuste de la PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN de mi poderdante, respecto de la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año inmediatamente anterior a la fecha en que consolidó su status como pensionado (a), esto es 07 DE FEBRERO DE 2007, según RESOLUCIÓN No. 432 DEL 26 DE FEBRERO DE 2008.

SEGUNDA: Que se declare que se realizó el respectivo Derecho de Petición conforme a lo establecido en los Artículos 13,14,15,16,1, 18 y





19 de la Ley 1437 de 2011, al igual la solicitud de Ajuste y que se agotaron los recursos de Ley en debida forma.

TERCERA: Como consecuencia de estas declaraciones Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR-, a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante citada en la referencia, a partir del 07 DE FEBRERO DE 2007, fecha en que adquirió el status de pensionado, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por mi prohijado (a) durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del mismo.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración de Nulidad se ordene, como Restablecimiento del Derecho, la Reliquidación de la Pensión Vitalicia de Jubilación de mi mandante, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

QUINTA: Condenar a la entidad demandada a Indexar la primera mesada pensional de la demandante de la referencia, de conformidad con lo establecido en la Sentencia SU-120 de 2003 y T-098 de 2005, proferidas por la Honorable Corte Constitucional.

SEXTA: Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLÍVAR-, a efectuar los reajustes pensionales establecidos en la Ley 71 de 1988, que se causen con posterioridad al año 2006.

SÉPTIMA: Condenar a la demandada a RECONOCER Y PAGAR a favor de la demandante, el valor de las mesadas pensionales que se causen por la Reliquidación de la Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación y los respectivos reajustes.

OCTAVA: Condenar a la demandada al pago de la INDEXACIÓN ordenando la actualización del valor que resulte por mesadas pensionales atrasadas, como consecuencia de la condena, aplicando para tal fin, la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

NOVENA: Condenar a la parte accionada que sobre las sumas de dinero que resulte obligada a pagar, se le reconozca y pague a favor del señor (a) DORIS DEVOZ CASTRO, las cantidades indexadas conforme a los ajustes. Es decir, se condene al pago de los valores



adeudados ajustados hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que así lo determine, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

ÍNDICE INICIAL

Donde el valor presente (R), se obtiene multiplicando el valor histórico (RH) que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor I.P.C., certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, entre el I.P.C., vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad o prestación, y así sucesivamente.

Por lo cual se ha de prevenir a la Entidad demandada sobre su obligación Legal de dar cumplimiento al fallo definitivo en los términos y con las formalidades establecidas en los artículos 176, 177, 178 y 179 del C.C.A

DÉCIMA: Condenar a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 Numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial.

ONCE: Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo establece el Art. 192 ibídem.

DOCE: Que se condene a la parte accionada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 188 de la Ley 1437 de 2011."

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Que la señora **Doris Devoz Castro**, se le reconoció la pensión de jubilación a través de la Resolución No. 432 del 26 febrero de 2008, proferida por la Secretaría de Educación de Bolívar, actuando como representante de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio en cuantía de \$762.367.
- Que el día 14 de septiembre de 2010, se solicitó la revisión de la Resolución No. 432 del 26 de febrero de 2008, a efectos de que le fueran incluidos la totalidad de los factores salariales devengados en



el año anterior a la adquisición de su estatus de pensionada, esto es, a partir del 7 de febrero de 2007.

- Que el 22 de noviembre de 2011, se radicó por parte del demandante, solicitud de ajuste de pensión de jubilación, bajo el número 2011-pens-017803, aportándose todos los documentos necesarios con el fin de que le liquidaran dicha prestación de acuerdo a la totalidad de los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus de pensionada.
- Que la anterior solicitud, fue negada a través de la Resolución No. 04-0337 del 9 de abril de 2013, la cual fue notificada el día 6 de junio de 2013, señalando que contra ella procedía recurso de reposición.
- Que el recurso fue interpuesto dentro del término de ley y, hasta la fecha de presentación de la demanda, no ha sido contestado por la demandada.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13º, 23º, 25, 46º, 48º, 53º, 58º, 228º y 336º.
- Ley 57 de 1887, art. 5º.
- Ley 153 de 1887.
- Ley 6º de 1945.
- Decreto 1285 de 2009, art. 1º.
- Ley 4º de 1992, art. 2, literal a)
- Ley 33 y 62 de 1985, art. 1º.
- Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 1 parágrafo 1
- Ley 60 de 1993.
- Ley 115 de 1994.
- Ley 812 de 2003.
- Código Sustantivo del Trabajo.

Se aduce en el concepto de violación que, el artículo 115 de la ley 115 de 1994, aclaró que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989 y en la Ley 60 de 1993, disposición derogada por la Ley 715 de 2001.

Que la normatividad aplicable a los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812, se basa en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990,



se debe reconocer una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

Que el régimen prestacional del que venían gozando los docentes vinculados al Fondo Prestacional del Magisterio, se mantuvo tal y como lo consagró el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, con lo que queda demostrado que los actos administrativos demandados igualmente violan el contenido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. LA CONTESTACIÓN

La parte demandada no aportó escrito de contestación de la demanda.

3. LA SENTENCIA APELADA (fs. 89-103)

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 29 de julio de 2016, concedió las pretensiones de la demanda, señalando para el efecto que la demandante fue vinculada al Magisterio con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha en la que entró en vigencia la ley 812 de 2003.

Que el régimen aplicable a la demandante es el establecido en el artículo 15 numeral 1º de la Ley 91 de 1989 y demás normas vigentes, por tanto queda excluida del régimen general contenido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modificaron.

Que dado que a 13 de febrero de 1985, la demandante solo tenía alrededor de 11 años de servicios, no le resultaba aplicable la transición de la ley 33 de 1985, ya que su situación pensional quedó íntegramente regida por las normas generales contenidas en dicha normativa y en la ley 62 de 1985, que la modificó.

Que la pensión de jubilación de la demandante debió ser liquidada, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus, tal y como lo dispone la sentencia de unificación del Consejo de Estado –Sección Segunda, de fecha 6 de abril de 2011 (9906-05) y, como se acreditó en el expediente.



4. LA APELACIÓN (fs. 185-200).

En el escrito de apelación presentado por la parte demandada, se solicita que se revoque la sentencia de primera instancia; así mismo, en caso de que no procedan los argumentos de apelación, que 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.

Se aduce en el escrito de apelación interpuesto, 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.

Continua señalando 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.

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.

Advierte 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, resalta el Ente demandado que, 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.

Manifiesta 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.

Advierte que de conformidad 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, aduce 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.

Así las cosas, concluye el ente demandado que la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978, no se crea o extiende a los docentes oficiales.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha trece (13) de enero de dos mil diecisiete (2017) (f. 5 cuaderno de segunda instancia), se admitió por este Tribunal, el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia.

A través de auto de fecha veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017) (f. 9 cuaderno de segunda instancia), se ordenó correr traslado a las



partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

7. ALEGACIONES

7.1. De la parte demandante

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión dentro del trámite de la segunda instancia.

7.2. De la parte demandada

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005. Y, que no es posible extender la aplicación de una sanción, que no está prevista en la norma que regula la prestación de cesantías del régimen de los docentes, puesto que en materia sancionatoria, opera el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecen sanciones o que fijan límites a los derechos se deben interpretar a la determinación literal de la conducta que se sanciona quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva. (Fs. 12 a 17)

7.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del proceso de la referencia.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V. CONSIDERACIONES

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.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La presente decisión se enmarcará en el desarrollo del siguiente problema jurídico:

¿Es posible examinar la sentencia de primera instancia pese a la incongruencia existente entre el recurso de apelación y los planteamientos del A – quo?

En caso de ser negativo el anterior problema jurídico, se deberá determinar como segundo problema a resolver lo siguiente:

¿Tiene derecho la demandante, en calidad de docente, a que se reliquide su pensión de jubilación, con base en el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales percibidos en dicho lapso?

3. Tesis

Esta Sala de decisión se inhibirá de proferir decisión de fondo en esta instancia procesal, pues la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), no abordó el tema de las pretensiones de la demanda y la sentencia objeto de apelación (consistente en la reliquidación pensional con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios), atacando de forma eficaz y frontal lo plasmado por el A quo, sino que, sus argumentos los direccionó a la exclusión del pago de la prima de servicio docente, la cual no fue objeto de demanda, así como tampoco existe prueba dentro del expediente de que la misma haya sido devengada por la demandante, del mismo modo, el A quo no hizo pronunciamiento alguno sobre la mentada prima en el fallo recurrido, motivo por el cual se desechará dicho recurso, pues lo procedente era sustentar su desacuerdo con lo fallado, desde normas y jurisprudencias que



giraran en torno al argumento de la providencia y no desde una tesis jurídica diferente.

Así las cosas, ante la existencia de una apelación sin objeto, sólo puede generarse un fallo de segunda instancia **inhibitorio**, pues al no tocar el mismo el tema central del proceso, se presenta un desfase conceptual, que redundaría en una insuficiencia de ataque a lo sentenciado, con lo cual se deja incólume la providencia del A – quo.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la capacidad de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional, que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

"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.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que opera tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las



pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

Así las cosas, en virtud de lo antes expuesto, es pertinente para esta Sala abordar la novedad de incongruencia evidente entre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y las pretensiones de la demanda presentada por la señora Doris Devoz Castro y/o la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena.

Lo anterior, en razón a que lo pedido por la actora, así como lo resuelto por el *A quo*, se enmarcó en el tema de la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante durante su último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales percibidos en éste tiempo, tales como: sueldo básico, prima especial de alimentación, prima de navidad y, prima de vacaciones; mientras que el recurso de apelación se centró en la descripción de las razones normativas y jurisprudenciales para negar el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes estatales, una prestación nunca pedida por la actora.

Es así, como el eje central de la presente providencia girará en torno a la incongruencia planteada.

4.1. De la falta de objeto del recurso de apelación por su incongruencia con lo expuesto en la sentencia de primera instancia

En desarrollo del principio de la doble instancia consagrado en el artículo 31 Constitucional, el cual indica que "*toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la Ley*", los usuarios tienen la posibilidad de controvertir las decisiones del Juez de primera instancia, a fin que se dé una segunda revisión a la problemática planteada, y así al aumentar el espectro de los sujetos con conocimiento de la causa petendi, se amplía por ende la posibilidad de una decisión más pensada, analizada, revisada, concienzuda y ajustada a Derecho.



En ese orden, se precisa que el examen procesal de la segunda instancia es distinto al adelantado por el A – quo, pues éste último puede extender su decisión a todo lo pedido por el demandante y lo objetado por el demandado; siendo esos los elementos que intervienen al “trabar la litis”, constituyéndose en los límites del análisis fáctico, normativo y probatorio del Juez de primera instancia, mientras, que el ámbito de conocimiento del Ad quem es mucho más reducido, pues se encuentra delimitado por los argumentos del recurrente, de tal suerte que el operador judicial de segunda instancia sólo puede revocar, modificar o confirmar el fallo atacado, con base en lo esbozado por la parte apelante.

De esa forma, las tres modalidades de decisión del fallador de segunda instancia, son directamente proporcionales a la naturaleza del reproche del apelante, en el sentido, que si el argumento de la parte que interpone el recurso se encuentra lo suficientemente fundamentado, ajustado a derecho y a la línea normativa y jurisprudencial que sigue el fallador de la segunda instancia, la cual a su vez sea totalmente contraria a la posición del A – quo, el resultado será una sentencia **revocatoria** de la primera, pues ataca frontalmente los postulados de ésta última.

Por ende, si lo expuesto por el apelante no es totalmente ajustado a derecho y/o a la línea normativa y jurisprudencial que sigue el fallador de la segunda instancia, la consecuencia será un fallo **modificatorio**, en el que se cambiará la sentencia del A – quo en los puntos en que el apelante se identificó con la tesis del Ad quem, pero se conservará igual los puntos en los que se aparta de su criterio jurídico, que es el mismo del Juez de primera instancia.

Entre tanto, si lo trazado por el recurrente es totalmente contradictorio al ordenamiento jurídico y/o la línea normativa y jurisprudencial, manejada por el Ad – quem, en la medida en que éste último se identifica con el Juez de primera instancia, se da un ataque ineficaz al argumento de la providencia de primera instancia, lo cual determinaría como consecuencia una decisión **confirmatoria** del fallo anterior.

Ahora bien, además de las hipótesis anteriores, es posible que en el curso de la apelación el apelante presente el recurso plasmando argumentos totalmente distintos a los contemplados por el A – quo en la sentencia, lo cual originaría una decisión **inhibitoria** por falta de objeto en el recurso de apelación pues no se produce ningún ataque a la providencia, en la



medida que al apelar con base a un tema distinto del eje temático del fallo, se da un desfase conceptual, que no permite entrar a pronunciarse de fondo.

Un caso similar fue fallado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de fecha 07 de abril de 2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, así:

"(...)

Bajo las anteriores reflexiones, observa la Sala que el recurso de apelación formulado por la parte demandada se encuentra totalmente alejado de las consideraciones o motivos en que se basó el Tribunal para acceder a las súplicas de la demanda, pues se limita a decir que se debe aplicar la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 y que la liquidación de la pensión ordinaria se hizo teniendo en cuenta la normatividad vigente para el reconocimiento de los factores salariales y no es necesario efectuar una corrección del monto de la mesada pensional, sin mencionar siquiera alguno de los puntos de la sentencia de primera instancia referidos no a la reliquidación de la pensión como lo manifestó en el recurso de apelación sino a la indexación de la primera mesada pensional. Concluye la Sala que la apelación no guarda la congruencia exigida con lo analizado y decidido en la sentencia apelada.

En efecto, aunque la parte demandada cumplió con el requisito procesal ordenado en el artículo 212 del C.C.A., por lo cual se dio el impulso procesal correspondiente al recurso, el escrito no satisfizo la finalidad sustancial del mismo y en estas condiciones, la Sala carece de elementos que le permitan revisar la decisión que se apela, pues no cuenta con los argumentos del recurrente tendientes a rebatir el análisis que el Tribunal expuso en su sentencia frente al examen probatorio realizado o el criterio jurídico adoptado.

En este sentido, no es dable al juez asumir cargas que corresponden a las partes procesales, ello desvirtuaría su papel imparcial en el juicio. Si una de las partes está inconforme con la sentencia, es su responsabilidad atacar la decisión poniendo a disposición, tanto del juez como de la parte favorecida con la sentencia, las razones que en su criterio, dejan sin fundamento la providencia judicial, de manera que la parte no recurrente pueda exponer, en ejercicio de su derecho de defensa, las razones por las cuales considera que la decisión merece ser confirmada.

En conclusión

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.

Decisión de segunda instancia.

Conforme lo expuesto, confirmar la sentencia proferida el 13 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "F", dentro del proceso promovido por Damián Arturo Medina Angulo contra CAJANAL EICE en Liquidación hoy UGPP" (Negrillas fuera de texto).



De lo que se colige que la falta de congruencia entre la apelación y la sentencia, constituye sin lugar a dudas una carencia de ataque a la decisión de la primera instancia. Sin embargo, se aparta ésta Sala de decisión del criterio plasmado en la anterior providencia de nuestro órgano de cierre en lo referido al sentido de la decisión, pues se considera que no es posible confirmar el fallo de la primera instancia, si no se estudia el fondo del asunto, por lo cual en aras de preservar la imparcialidad y no incurrir en juicios ligeros sobre causas no analizadas, lo procedente y conforme a derecho sería declararse inhibido para conocer del caso.

Así las cosas, se deja por sentado que las decisiones posibles en la segunda instancia son propiciadas por la actuación argumentativa de la parte que activa tal etapa procesal, esto es el recurrente, en ese sentido si éste último no efectúa un ataque eficaz al trazar un tópico totalmente distinto al de la sentencia sólo puede esperar como consecuencia un fallo inhibitorio.

5. El caso concreto.

5.1. Hechos relevantes probados.

1.1. Al observar las pretensiones de la demanda de la actora (fs. 2-3), así como lo fallado por el Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, se verifica que el eje temático del presente litigio gira en torno a la reliquidación pensional de la señora Doris Devoz Castro, con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.2. Al examinar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), se comprueba que dicho escrito se basó en la defensa de la tesis que determina que los docentes se encuentran excluidos del pago de la prima de servicios (fs. 185 -200).

5.2 Del análisis crítico de la situación fáctica frente al marco normativo y jurisprudencial.

En primer lugar es preciso dejar por sentado que el análisis en esta segunda instancia, se centrará únicamente en lo expuesto por la entidad demandada al interponer su recurso, en ese sentido al valorar los hechos



probados antes descritos, donde se evidencia la falta de congruencia existente entre el eje temático del debate en la primera instancia, (consistente en la re liquidación pensional desde la promediación del Ingreso Base de Liquidación, con inclusión de los factores salariales devengados en el último año), con el reproche del apelante, (basado en la exclusión de los docentes en el pago de la prima de servicios), se observa que el recurso carece de objeto.

Lo anterior, en virtud que la apoderada especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), en el recurso de apelación no cumple con las exigencias del artículo 320 del CGP, debido a que no abordó el tema de las pretensiones de la demanda y la sentencia; enfocándose en lo referente a la exclusión de los docentes del pago de la prima de servicios, no efectuó un ataque eficaz y frontal a lo plasmado por el Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, pues lo procedente era sustentar su desacuerdo con lo fallado desde normas y jurisprudencias que giraran en torno al argumento de la providencia y no desde una tesis jurídica diferente.

Por lo cual, no le es dable al sentenciador de ésta instancia ir más allá de lo demarcado, tratando de inferir o relacionar motivos de reproche que no fueron expresamente planteados, pues ello desdibujaría la característica de imparcialidad que debe ostentar el operador judicial.

En este orden de ideas, se concluye que ante la existencia de una apelación sin objeto, sólo puede generarse un fallo de segunda instancia **inhibitorio**, pues al no tocar el mismo el tema central del proceso, se presenta un desfase conceptual, que redundará en una insuficiencia de ataque a lo sentenciado, con lo cual se deja incólume la providencia del A – quo.

De esa forma, se debe contestar la pregunta problemática planteada en sentido negativo, en la medida en que ante la falta de ataque a la sentencia de primera instancia no es posible realizar un examen de fondo de la misma.

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 ese sentido, ante la existencia de una apelación sin objeto, que generó un fallo de segunda instancia inhibitorio, no procede la condena en costas en el curso de la segunda instancia.

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: INHIBIRSE del estudio de fondo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la ésta providencia.

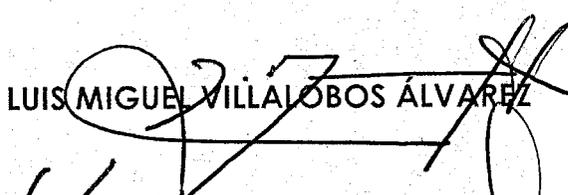
SEGUNDO: Sin condena en costas en el curso de la segunda instancia.

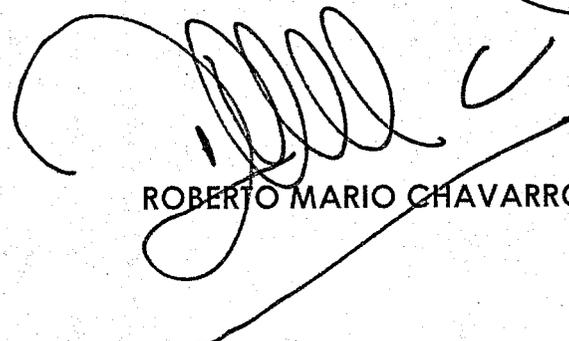
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el Sistema de Información Justicia Siglo XXI.

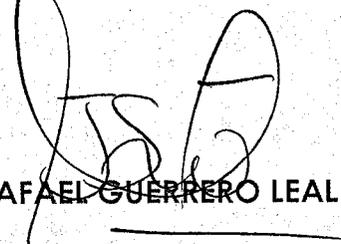
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL