



Cartagena de Indias D. T. y C, dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-001-2017-00023-01
Demandante	RAFAEL ENRIQUE PÁJARO DURAN
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-
Tema	Reliquidación pensional docente
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 veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Primero 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:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial la Resolución No. 1950 del 15 de febrero de 2005 expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, quien actúo en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se le reconoció al actor su pensión vitalicia de jubilación, en la cual solo se tuvo en cuenta la asignación básica, en cuyo artículo primero se reconoció una cuantía pensional por valor \$1.251.611.00 efectiva a partir del 11 de noviembre del 2004, valor que es inferior al que legalmente tiene derecho, cuando debió ser por la suma de \$1.507.628.66, si se hubieran incluido todos los factores salariales devengados por mi



poderdante, estipulados legalmente y que rezan dentro del certificado de salarios aportados para tal fin.

SEGUNDO: Declarar la Nulidad de la Resolución No. 2638 del 2 de mayo de 2016, mediante la cual denegó el ajuste de la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación incoada por el actor, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, quien actuó en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones:

TERCERO: Que se ordene a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que restablezca el derecho de mi mandante procediendo al reconocimiento y pago de la revisión y posterior reliquidación de la Pensión Vitalicia de Jubilación del demandante, con inclusión de todos los factores salariales, tales como la asignación básica, la prima de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, se expida el correspondiente Acto Administrativo que determine la cuantía en \$3.050.494.00, efectiva a partir del 12 de noviembre de 2004, ordenando el pago de las diferencias insolutas a que mi representado tiene derecho, con deducción de aquellos valores que pudieron haber prescrito trienalmente.

CUARTO: Condene a la Nación –ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que sobre las sumas a que resulte condenada a pagar mi mandante, liquide y pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, y tal como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Ordene a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término de ejecutoria de la sentencia, se liquide y pague la condena en los términos a que se refiere el artículo 192, parágrafo tercero del CPACA."



1.2. HECHOS

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

- Que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 1950 del 15 de febrero de 2005, en cuantía de \$1.251.611.00, efectiva a partir del 11 de noviembre de 2004, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior al cumplimiento del status de pensionado; dejando de reconocer la prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones.
- Que el demandante solicitó ante la Secretaría de Educación Distrital, la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, el cual fue negado mediante Resolución No. 2638 del 2 de mayo de 2016 expedida por la Secretaría de Educación del Ministerio de Educación en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional.
- Que a través de constancia de fecha 5 de diciembre de 2016, la Procuraduría 66 Judicial 1 Para Asuntos Administrativos, declaró agotado el requisito de conciliación prejudicial exigido para acudir ante esta jurisdicción.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 2, 6, 25 y 58.
- Ley 33 y 62 de 1985, art. 1º.
- Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 1 parágrafo 1
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Código Civil Colombiano.
- Ley 57 de 1887, artículo 5º.
- Ley 4º de 1966, artículo 4º.

Se aduce en el concepto de violación que, la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al expedir el acto administrativo acusado, incurre en la causal de violación de falsa motivación, al no darle aplicación a lo dispuesto a las leyes 33 y 62 de



1985, las cuales establecieron que el monto de las pensiones equivale al 75% del promedio de los sueldos devengados durante el último año de servicio.

De otro lado, advierte que la entidad accionada debe ajustar la pensión del demandante con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos doce meses laborados con anterioridad al cumplimiento del estatus pensional.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 75-85)

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha veinticuatro (24) de noviembre de 2017, concedió las pretensiones de la demanda, señalando que el demandante prestó sus servicios como docente nacionalizado desde el 9 de marzo de 1979, es decir con anterioridad a la Ley 812 de 2003 y, que el status de pensionado lo adquirió el día 11 de noviembre de 2004, fecha para la cual se encontraba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En atención a lo anterior, concluyó el A quo que el demandante tiene derecho a que se le aplique las Leyes 33 y 62 de 1985, y en consecuencia que se le reliquide su pensión de jubilación, sobre el 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para obtener el estatus pensional, incluyendo todos los factores salariales devengados.

Lo anterior, por cuanto se acreditó en el expediente que la entidad demandada solo tuvo en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, la asignación básica mensual, y de acuerdo con la certificación anexa al expediente, expedida por la Secretaría de Educación Distrital, se acreditó que durante el año anterior al adquirir el estatus de pensionado, devengó ingresos por concepto de horas extras y las primas de alimentación especial, navidad y vacaciones.

Así las cosas, declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 1950 del 15 de febrero de 2005 y la nulidad de la Resolución No. 2638 del 2 de mayo de 2016, ordenó la reliquidación pretendida y declaró la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 28 de enero de 2013.

3. LA APELACIÓN (fs. 87 -98).





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.

Continúa 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.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018) (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 veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018) (f. 09 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.

5. ALEGACIONES

5.1. Dela parte demandante (fs. 16 a 18)

Luego de hacer un recuento del trámite de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

5.2. De la parte demandada (fs. 11-15)

Se aduce en el escrito de alegaciones que, desde la expedición de la Ley 6ª de 1945, se han establecidos 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, y que 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.

Que los factores salariales para pensión, quedaron establecidos en el Decreto 1045 de 1978, sin embargo mediante la Ley 33 de 1985, se determinó en el artículo 1º que el pago mensual de dichos servidores, sería equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985, en consecuencia debe hacerse referencia al artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, los cuales establecen los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, indicándose que las mismas deberán liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Que la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirían por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, para aquellos y, el régimen de la entidad territorial, para estos.



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

Así mismo, que conforme lo establecido en los artículos 2°, numeral 5° y artículo 4° de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a la fecha de promulgación de la misma ley, previo su reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional.

Que por tanto, las normas aplicables según la calidad ostentada por el docente se encuentran así mismo contempladas en el manual unificado para el reconocimiento de las prestaciones económicas de los docentes afiliados al Fondo, expedido por el Ministerio de Educación Nacional y aprobado por el Concejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en los anexos de las actas se consagran los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las diferentes prestaciones, normas a aplicar y demás requisitos, que a su vez son de obligatorio cumplimiento para las entidades comprometidas en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que en la Ley 812 de 2003 "Plan Nacional de Desarrollo", artículo 81, se estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, condicionándose la cuantía de la pensión de jubilación, a los factores sobre los cuales a partir de la fecha de la vigencia de la ley cotiza el docente al FNPSM; modificando así, el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicando que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. A sí mismo, que el Decreto 2341 de 2003, que la reglamenta, estableció que el IBL de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el establecido en el Decreto 1158 de 1994.

Que 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, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Finalmente, advierte que los factores salariales están expresamente delimitados y fuera de ello no existe la posibilidad de realizar el reajuste a la cuantía de la pensión de jubilación del docente con factores como la prima de alimentación, prima de navidad, la prima de antigüedad, auxilio de transporte, prima de vacaciones. Y acceder a las peticiones del accionante conllevaría al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a excederse en las atribuciones otorgadas por la ley; por lo que solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6. 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 el 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 año anterior de adquirir el estatus pensional), 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 el 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 redundará 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 el señor Rafael Enrique Pájaro Duran y/o la



sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

Lo anterior, en razón a que lo pedido por el actor, así como lo resuelto por el A – quo, se enmarcó en el tema de la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante durante el año anterior al adquirir el estatus de pensionado, incluyendo todos los factores salariales percibidos en éste tiempo, tales como: sueldo básico, prima especial de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones y horas extras; 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 el demandante.

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, con 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 (fs. 1-2), así como lo fallado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Cartagena (fs. 75-85), se verifica que el eje temático del presente litigio gira en torno a la reliquidación pensional del señor Rafael Enrique Pájaro Duran, 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. 87-98).

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 reliquidación 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 Décimo Segundo 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 al problema jurídico planteado 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 veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la ésta providencia.

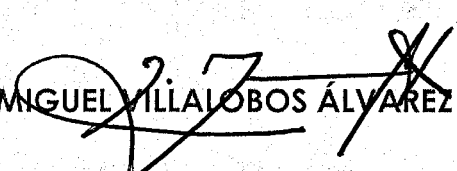
SEGUNDO: Sin condena en costas en el curso de la segunda instancia.

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.

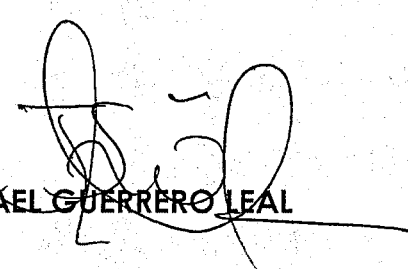
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

~~XXXX~~

~~XXXX~~