



Cartagena de Indias D. T. y C, veintisiete (27) de julio de dos mil dieciocho (2018)

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2015-00238-01
Demandante	RINA MARTÍNEZ DE GUARDO
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 once (11) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

1. "Se declare la **NULIDAD PARCIAL** de la resolución **Número 251 del 31 de octubre de 2.005**, por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" expedidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Distrital de Cartagena a **RINA EMILIA MARTINEZ DE GUARDO**, con cedula de ciudadanía No 33.140.584
2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se declare que la Nación - Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a **RINA EMILIA MARTINEZ DE GUARDO** con cedula de ciudadanía No. 33.140.584 pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengo durante el año anterior al status de pensionado.
3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de Diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y l Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.





4. *Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforme a la Ley 71 de 1988.*
5. *Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.*
6. *Condenar igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional del Distrito de Cartagena, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011).*
7. *Se condene en costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011)."*

1.2 Hechos

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

- Se aducen en los hechos de la demanda que la señora RINA MARTINEZ DE GUARDO nació el 30 de mayo de 1950, y laboró como Docente Nacionalizado, por más de 20 años.
- Que a la demandante le fue reconocida su pensión de jubilación, a través de Resolución N° 251 del 31 de octubre de 2005, en cuantía de \$1.064.818, efectiva a partir del 01 de junio de 2006, fecha en la cual la accionante adquirió su status jurídico de pensionada.
- Que para la liquidación de la pensión de la actora se tuvo únicamente en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales devengados por la demandante como lo son la prima de navidad, vacaciones y prima de alimentación especial.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13°, 23°, 25, 46°, 48°, 53°, 58°, 228° y 336°.
- Ley 57 de 1887, art. 5°.
- Ley 153 de 1887.
- Ley 6° de 1945.



- Decreto 1285 de 2009, art. 1°.
- Ley 4° de 1992, art. 2, literal a)
- Ley 33 y 62 de 1985, art. 1°.
- 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, la Secretaría de Educación Distrital, quien actúa en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al aplicar el Decreto 3752 de 2003, en la Resolución impugnada, desconoció tanto la Ley 4 de 1992 y los mandatos constitucionales señalados, por cuanto desmejoró la situación laboral y prestacional de la actora, menoscabando los derechos de los docentes, toda vez que determinó que el ingreso base de cotización y liquidación de su pensión de jubilación hecho con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Que la Ley aplicable al caso es la Ley 91 de 1989, artículo 15°, numerales 1° y 2°, literal b, es decir que la pensión de jubilación debió ser reconocida con inclusión de los factores salariales en un porcentaje del 75% sobre el promedio del salario mensual devengado en el último año.

La demandante solicita que se inaplique por inconstitucionalidad el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, toda vez que desconoce el artículo 53 de la constitución Nacional y al trasgredir el artículo 2° de la Ley 4° de 1992 que dispone el respeto a los derechos adquiridos de los servidores públicos tanto del régimen general como de los regímenes especiales, y que en ningún caso se pueden mejorar sus salarios y prestaciones.

La actora cita la sentencia del Consejo de Estado de 25 de marzo de 2004, M.P., Dra Ana Margarita Olaya Forero, en la que se señala que cuando la Ley se refiere a salario, este debe entenderse como todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual.

A su vez, citó la sentencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de fecha 7 de junio de 1980, M.P., Dr. Ignacio Reyes Posada, en la cual se señaló que las primas constituyen salario y, en consecuencia, son



factores computables para determinar el promedio básico para la liquidación de las prestaciones.

En últimas, la actora señala que la Ley 33 de 1985 en su artículo 1º establece 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) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año.

En conclusión, la actora señala que se le debe reconocer la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales (Prima de Navidad, prima de vacaciones, sobresueldo, Prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y prima de alimentación), aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se pensionaron con anterioridad a Diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de Julio de 2007.

2. LA CONTESTACIÓN

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

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

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 11 de julio de 2016, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando para el efecto que el régimen especial aplicable a los docentes oficiales, previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985, no enlistan los factores a tener en cuenta para la liquidación pensional de forma taxativa, en esa medida, teniendo en cuenta los principios de progresividad e igualdad y de supremacía de la realidad sobre las formalidades, ordenó la reliquidación pensional de la demandante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior al adquirir el estatus de pensionada, esto es, además de la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de navidad y, la prima de vacaciones.

Así mismo, ordenó que se hicieran los descuentos por aportes por los respectivos factores en el eventual caso de no haberse realizados; decretó



la prescripción de mesadas causadas con anterioridad al 8 de abril de 2012, y condenó en costas a la entidad accionada.

4. LA APELACIÓN (fs. 110-125).

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 *ibidem*, 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. 6 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. 10 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.

6. ALEGACIONES

6.1. De la parte demandante

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

6.2. De la parte demandada

La parte demandada presentó escrito de alegaciones, reiterando de una parte, lo señalado en el escrito de apelación y, de otra, solicitó denegar las pretensiones aducidas por la parte demandante, y en consecuencia se exonere de cualquier responsabilidad a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.¹

7. 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.

¹ Fs. 12-17. Cuaderno de segunda instancia.



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 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 la señora Mariela del Carmen Cortina de Jaramillo 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, 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" (Negritas 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. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Del material probatorio allegado al expediente, se tienen como probados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

1.1.1. Mediante Resolución No. 251 del 31 de octubre de 2005, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora RINA EMILIA MARTÍNEZ DE GUARDO en cuantía de \$1.064.818, efectiva a partir del 1º de junio de 2005, teniendo en cuenta para su liquidación el 75% de lo devengado por concepto de asignación básica, en el último año de servicios anterior al status de pensionado. (Fs. 21-23)

1.1.2. De conformidad con la cédula de ciudadanía de la demandante, se advierte que esta nació el día 30 de mayo de 1950 (f. 27), información esta que también se corrobora con el acto



administrativo de reconocimiento pensional (f. 21), en consecuencia se advierte que adquirió el estatus jurídico de pensionada el día 30 de mayo de 2005, información está que también se verifica en el acto acusado.

- 1.1.3. De acuerdo con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de fecha 16 de marzo de 2015, se hace constar que la señora RINA EMILIA MARTÍNEZ DE GUARDO, se vinculó al Magisterio en calidad de docente de primaria, por acto administrativo de fecha 20 de febrero de 1970, posesionándose en el cargo el día 6 de marzo de 1970 (fs. 25 y 26).
- 1.1.4. Acorde con la información contenida en el Certificado de Salarios expedidos por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena de Indias, de fecha 16 de marzo de 2015, la demandante durante el año anterior al que adquirió su estatus de pensionado, esto es, 30 de mayo de 2004 a 30 de mayo de 2005, devengó los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de vacaciones. (F. 24).
- 1.1.5. Al observar las pretensiones de la demanda de la actora (fs. 1-2), así como lo fallado por el Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, se verifica que el eje temático del presente litigio gira en torno a la reliquidación pensional de la señora Rina Emilia Martínez de Guardo, con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.
- 1.1.6. 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 de determina que los docentes se encuentran excluidos del pago de la prima de servicios (fs. 110-125).

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 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 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 once (11) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la ésta providencia.

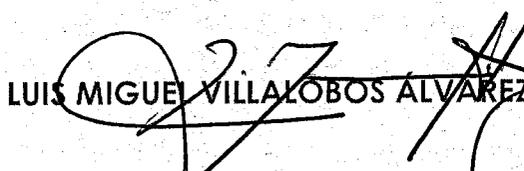
SEGUNDO: Sin condena en costas en el curso de la segunda instancia.

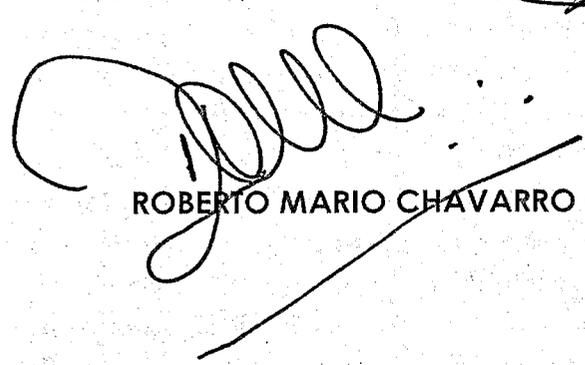
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el Sistema de Información Justicia Siglo XXI.

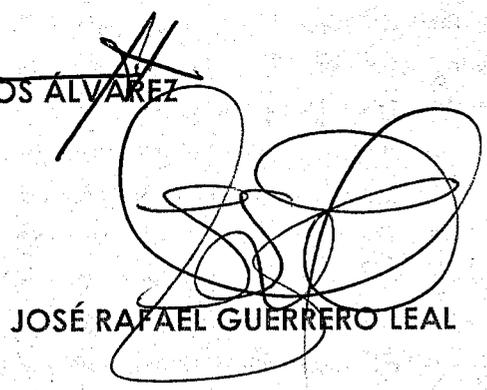
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL