Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-003-2015-00301-01**
Accionante	**ANA TERESA MOSQUERA DÍAZ**
Accionada	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**
Tema	**RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – INCONGRUENCIA RECURSO DE APELACIÓN**
Magistrada Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha siete (07) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- La señora ANA TERESA MOSQUERA DIAZ, prestó sus servicios como docente en el Departamento de Bolívar, por lo cual le fue reconocida pensión mediante Resolución 4235 del 10 de septiembre de 2007, acto sobre el cual solo procedía el recurso de reposición.

1.2 Las pretensiones de la demanda

En síntesis solicita que se declare la nulidad de la Resolución 4235 del 10 de septiembre de 2007, mediante la cual se reconoció la pensión a la demandante.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada i) reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año anterior a la fecha de adquisición del status de pensionada ii) se ordene la actualización monetaria sobre las sumas reconocidas iii) Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos

de los articulo 192 ay 195 del CPCA. iii) Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, conforme lo dispone el Art. 188 CPACA.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia. Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, ley 60 de 1993, ley 100 de 1993, ley 115 de 1994, ley 1395 de 2010.

Señala que existe un desconocimiento del precedente unificado del Consejo de estado, que se ha mantenido vigente desde la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, sobre la inclusión de todos los factores salariales devengados, sin aplicar el criterio de taxatividad.

2. Contestación de la demanda

La entidad demandada no dio contestación a la demanda.

3. Sentencia de Primera Instancia[1]

Mediante sentencia de fecha siete (07) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, consideró que el régimen aplicable para la pensión de los docentes, es el especial dispuesto para el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, contenido en la Ley 33 de 1985, norma de donde se extrae que el ingreso base de liquidación de la pensión, lo conforman todos los factores que hacen parte del salario del servidor, durante el último año de servicios.

4. Recurso de Apelación.[2]

La parte demandante interpuso recurso de apelación, exponiendo que las normas jurisprudenciales que excluyen a los docentes del pago de la prima de servicios docente, citando además varias sentencias en las que se hace énfasis en la prohibición de reconocer a los docentes emolumentos como prima de servicios

[1] Fls. 46-55.
[2] Fls. 66-81

Dentro de sus argumentos afirma que la prima de servicios para el personal docente y directivo docente, no ha sido creada por la Ley 91 de 1989, por lo que no puede ser reconocida a su favor. Argumenta que existe un régimen especial de los docentes por lo que en este evento al no estar contemplada la prima de servicios para ellos, no puede aplicarse normal generales.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Fls. 4 Cdr. 2). Mediante auto del cuatro (04) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 8 Cdr. 2)

6. Alegaciones

La entidad demandada presento sus alegaciones finales (Fls. 33-38 Cdr. 2)

La Parte Demandante no Presentó alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público emitió concepto de fondo, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia. (Fls. 12-32 Cdr.2)

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las

apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

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

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que no existe congruencia en el recurso de apelación y por ende se deberá inhibir de proferir decisión en esta instancia procesal, pues la apoderada especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), al no abordar el tema de las pretensiones de la demanda y la sentencia (consistente en la re liquidación pensional desde la promediación del Ingreso Base de Liquidación incluyendo los factores salariales devengados en el último año de servicios), en la apelación, 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 de primera instancia, en la medida en que 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 un tesis jurídica basada en la resolución de otro tema no discutido en la sentencia.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

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

El recurso de apelación, es un medio de impugnación instituido por el legislador contra algunas decisiones judiciales y cuya finalidad es solicitar a la autoridad superior de la que emitió la providencia respectiva que la revoque o modifique.

Mediante la apelación se busca corregir los errores judiciales en que ha podido incurrir el funcionario de primer grado. Por consiguiente, la no interposición de este recurso revela la conformidad de las partes con la decisión judicial respectiva.

Teniendo de presente la finalidad del recurso de apelación, resulta necesario no solo que el recurrente sustente la decisión sino que lo haga de la forma adecuada, indicando en concreto los motivos de inconformidad respecto del fallo de primera instancia, los cuales determinarán el objeto de análisis del Ad quem y su competencia frente al caso. Lo anterior demanda un grado de congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación u objeto de la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo el debate jurídico y probatorio que fundamentó la decisión del juez de primera instancia, como también la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia.

En ese orden, se precisa que el examen procesal de la segunda instancia se encuentra reducido y 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 este modo, si en el recurso de apelación no se atacan los argumentos señalados por el juez de primera instancia, y en cambio se discuten temas no relacionados con la litis, no es posible para el fallador emitir una decisión de fondo, no quedando otra alternativa que declararse inhibido para decidir.

Sobre la congruencia en el recurso de apelación, 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[3], precisó:

> *"(...)*
>
> *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*

[3] Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00376-01(0529-15)

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 los anterior se extrae 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 y por tanto una carencia de objeto en el recurso. 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.

5. EL CASO CONCRETO.

En el presente proceso se observa que se discute el derecho de la demandante a obtener la reliquidación de su pensión, ante lo cual el juez

de primera instancia decidió acceder a las pretensiones señalando que se debía re liquidar la pensiona de la demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados, de acuerdo con el régimen pensional que cobija a los docentes vinculados con anterioridad al año 2003.

De otra parte se tiene que la apoderada de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), apela la decisión pero discutiendo el tema de la procedencia del reconocimiento de la prima de servicios para los docentes, temática que no fue discutida en el curo del proceso pues en ello no versa la litis.

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

A fin de resolver este problema jurídico, la sala precisa que el objeto del presente proceso versó limitadamente sobre la pretensión de nulidad de la resolución que le concedió la pensión a la demandante sin incluir todos los factores devengados en el ultimo año anterior al status; por ello consecuentemente, solicitó se ordenara la reliquidación de la misma con inclusión de todos los factores devengados, conforme al régimen que cobija a los docentes.

Mediante sentencia proferida el 7 de diciembre de 2016, el a-quo declaró la nulidad de la resolución 4235 del 10 de septiembre de 2007, y condenó a la demandada re liquidar la pensión de la demandante con inclusión de los factores percibidos en el ultimo año anterior al status. Ahora bien, nótese que el escrito de apelación presentado por la entidad accionada, no constituye una impugnación en razón a que el referido escrito alude al reconocimiento de la prima de actividad para los docentes y no al tema objeto de debato de la reliquidación pensional señalando otras circunstancias fácticas y jurídicas que no fueron objeto de la presente Litis.

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,** como se estableció en los fundamentos normativos de esta providencia, con lo cual se deja incólume la providencia del A – quo.

6. Condena en Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas a la parte apelante NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

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 de conocer del presente proceso y por ende del estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la ésta providencia.

SEGUNDO: Condenar en Costas a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**