



Cartagena de Indias D. T. y C, primero (1º) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-007-2017-00250-01
Demandante	Francisco José Giordi Conteras
Demandado	Nación - Ministerio de Educación -FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación pensión docente

II. PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 1 – 11)

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

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No 04-0183 del 28 de febrero de 2013, expedida por el Secretario de Educación del Departamento de Bolívar -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual reconoce una pensión de jubilación por cuotas partes a mi poderdante.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de la resolución N° 4775 de 06 de julio del 2011, que se resolvió la solicitud de revisión de la pensión sobre la resolución N° 1872 del 18 de agosto de 2009, negando la reliquidación de la pensión., con inclusión de todos los factores salariales a la pensión ya reconocida; expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA BOLÍVAR, -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: Que se declara la nulidad de la resolución N° 04-6456 del 31 de agosto de 2011, mediante la cual la SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA BOLÍVAR, - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES Regional, resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución N° 4775 de 06 de julio del 2011; y en consecuencia confirmado la negativa ce reliquidar la pensión de mi poderdante.

CUARTO: Que como consecuencia de lo anterior se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales al año inmediatamente anterior a la adquisición de estatus de pensionado (2006).





QUINTO: Que se condene a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, tal y como lo estipula el artículo 187, del C. P. A. y C.A.

SEXTO: Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo normado en el artículo 192 del C. P. A. y C.A.

SÉPTIMO: Ordenar a la entidad demandada a que de cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del C. P. A.

OCTAVO: Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

b. Hechos

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

Mediante la Resolución N° 1872 del 18 de agosto de 2009, la Secretaria de Educación y Cultura - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Regional Bolívar, ordenó el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación por cuotas partes como docente de vinculación nacional.

La distribución de las cuotas partes establecida en el acto de reconocimiento se describe de la siguiente manera: INCORA 01/09/69 Al 30/09/70. CAJANAL, 01/09/77 Al 31/08/83. FIDUCIARIA LA PREVISORA, 24/09/97 al 30/12/06. ENTIDAD NOMINADORA EL CARMEN DE BOLÍVAR, 01/02/94 al 30/12/94, del 01/01/95 al 30/12/95, del 01/01/96 Al 30/12/96 del 01/01/97 Al 23/09/97 respectivamente.

Adquirió el estatus de pensionado el 30 de diciembre de 2006, fecha en que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La mesada pensional equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al estatus y los factores salariales tenidos en cuenta al momento de la liquidación fueron: asignación básica, sobresueldo y prima de vacaciones.

El 22 de noviembre de 2010 solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de su pensión con la totalidad de los factores salariales devengados antes del año inmediatamente anterior en que adquirió el estatus de pensionado, por no haber incluida la prima de navidad.

Mediante Resolución No 4775 de 06 de julio del 2011, la accionada negó la reliquidación de su pensión.





Interpuso recurso de reposición contra la Resolución anterior, el cual fue resuelto negativamente mediante la Resolución N° 04-6456 del 31 de agosto de 2012.

c. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas los artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 84 de la Constitución Política; 4° de la Ley 4 de 1966, 73 de Decreto 1848/69; 45 del Decreto 1045/78; 15 de la Ley 91/89; 81 de la Ley 812/03; 5 del Decreto 2831/05; 21 del C.S.T. y el acto legislativo 01 de 2005.

Adujo que los actos administrativo acusado carece de motivación, porque al ser docente oficial lo cobijaba la Ley 6 de 1945, artículo 17, literal b, cumpliendo con los requisitos exigidos como la edad y el tiempo de servicio para acceder a la pensión respectiva, con la inclusión de todos los factores salariales, tal y como se encuentra descrito en el artículo 4 de la Ley 4 de 1966.

La Ley 812 de 2003, le es aplicable a los docentes que se vinculen partir de la expedición de dicha Ley, por lo que los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados con anterioridad no se encuentran cobijados por las disposiciones contenidas en la Ley 812 de 2003 en cuanto al régimen prestacional.

Para el efecto los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, le son aplicables las disposiciones de la Ley 91 de 1989, ley 33 de 1985 y la ley 62 del mismo año. Estas normas plasmaron de forma taxativa los factores salariales a tener en cuenta al momento de efectuarse la liquidación pensional.

Los actos acusados han transgredido ostensiblemente el ordenamiento jurídico al no incluir la totalidad de los factores salariales al momento de liquidar la pensión de jubilación a mi poderdante, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 y demás normas citadas; de manera concluyente se establece que los docentes que se encuentren vinculados al servicio al momento de la expedición de citada ley seguirán con el régimen anterior.

En conclusión el argumento de los actos administrativos acusados, consistente en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, posteriormente reglamentado por el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, carece de sustento jurídico, puesto que la norma solo le es aplicable a los docentes que se vinculan con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003.

3.2. Contestación de la demanda (f. 39 – 54)

La parte demandada señaló que no es viable que se le reajuste la pensión de vejez de la parte demandante, con inclusión de todos los factores salariales sobre





los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

La liquidación de la pensión contenida en las Resoluciones objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, *"por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."*, cuyo artículo primero dispone que: *"el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*

La resolución que reconoció la pensión de la parte demandante fue expedida en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que *"la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente"*.

Desde la expedición de la Ley 6 de 1945 se han estipulado los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En este mismo sentido, la Ley 4 de 1966 en sus artículos 2 y 4, dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

Los factores salariales para pensión quedaron establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978; no obstante lo anterior, mediante la Ley 33 de 1985 se determinó en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores, sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Los docentes tienen la calidad de servidores públicos y no están cobijados por el régimen especial de pensiones, como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha establecido que, la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 68 de 1945 y 33 de 1985.

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 fue modificado por la Ley 62 de 1985, la cual estableció los factores que se deben tener en cuenta en la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, los cuáles deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso, las





pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquéllos y el régimen de la entidad territorial para éstos.

El artículo 15 de la citada ley establece, entre otras disposiciones, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990 el régimen aplicable es el contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las normas que se expidan en el futuro.

Ley 812 de 2003, o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, y condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales, a partir de la fecha de su entrada en vigencia, cotiza el educador al FNPSM.

Dicha ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicado que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud que establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el Decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 establece en su artículo 3 que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente; y que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el Decreto 688 de 2002; es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de





establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

Para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

IV. LA SENTENCIA APELADA (fs. 118 -122)

El Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 28 de febrero de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“Primero. - Declarar la nulidad parcial de la: Resolución No. 1872 del 18 de agosto del 2009 y la Nulidad total de la Resolución No.4715 del 06 de julio del 2011, y la Resolución No. 04-6456 del 31 de agosto del 2012, proferidas por la Secretaría de Educación de Bolívar en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho se condena a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a re liquidar la Pensión de Jubilación del señor FRANCISCO JOSÉ ALFREDO GIORGI CONTRERAS a partir del 11 de enero del 2014, teniendo en cuenta para el efecto, además de la asignación básica, los factores salariales, esto es ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES y SOBRESUELDOS 20%, devengados por ella en el año inmediatamente anterior al cual obtuvo el status de pensionado esto quiere decir el 30 de diciembre del 2005 hasta el 30 de diciembre del 2006.

Tercero.- Condenar a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar al actor las diferencias pensionales dejadas de percibir, esto es, las diferencias que resulten entre los valores que le fueron reconocidos y los que se le deben reconocer en virtud de esta providencia, pago que deberá efectuarse a partir del 11 de enero del 2014.

El reajuste al valor se hará utilizando la fórmula indicada en el artículo 187 del CPACA la parte motiva de esta sentencia, y la sentencia deberá ser cumplida en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Cuarto.- Declarar la prescripción de las diferencias en la Pensión de Jubilación causadas antes del 11 de enero del 2014.

Quinto.- Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere.

Sexto.- Se condena en costas a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se fijan como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones legalmente reconocidas. Los demás conceptos de las costas serán liquidados por secretaria conforme a lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Séptimo.- Ordena el despacho que se realicen los descuentos de ley





destinados al sistema de seguridad social, de los factores salariales devengados por el demandante que no fueron objeto de lo anterior, durante el último año de prestación de su servicio.

Octavo-. *Una vez en firme esta sentencia por secretaria expídanse copias con las anotaciones legales para efectos de su cobro ante la entidad demandada con destino a la parte demandante y el Ministerio público. Procédase al archivo del expediente.*

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

De conformidad con los antecedentes normativos reseñados en precedencia, la pensión de jubilación ordinaria de la docente demandante se encuentra cobijada por lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, según el cual, el régimen prestacional y pensional de los docentes que venían vinculados al servicio público con anterioridad a su entrada en vigencia, continuaría siendo el mismo consagrado en las disposiciones anteriores vigentes, es decir, el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Al tenor de dicha disposición como antes fue anotado, la pensión se liquidará sólo sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, por lo que, en principio, no resultaría procedente acceder a la reliquidación de la pensión.

Pero, el Despacho deberá dar aplicación en el sub-examine al precedente jurisprudencial antes citado del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el cual, el artículo 1° de la ley 62 de 1985, no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, lo cual permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los aportes que dejaron de efectuarse.

Atendiendo la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, se estima verificada la vulneración en los actos demandados a las normas superiores en las cuales debían fundarse, razón por la cual se declarará su nulidad parcial al primer acto demanda, en la medida en que no incluyeron en la base pensional para efectos de establecer el monto de la mesada pensional del actor, todos los factores salariales por el devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional. Se accederá a las peticiones de la demanda, ordenando incluir en la base pensional del demandante el sueldo básico, *prima de navidad, prima de vacaciones* y sobresueldo del 20%.





V. DEL RECURSO DE APELACIÓN (fs. 123 – 134).

En el escrito de apelación presentado por la parte demandada, se solicita que se revoque la sentencia de primera instancia; y que 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 acuerdo 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.

Concluye la accionada que la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978, no se crea o extiende a los docentes oficiales; y que no se encuentra facultada para ordenar directamente ni discrecionalmente la indexación y los intereses moratorios, pues solo procede en cumplimiento de decisiones judiciales.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 28 de mayo de 2019 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 161) y mediante providencia de 6 de junio de 2019, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 161).

La parte demandante no alegó de conclusión.





Parte demandada no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico consiste en establecer si existe congruencia entre el recurso de apelación en estudio y la sentencia de primera instancia, y en caso negativo, si la incongruencia constituye motivo suficiente para desestimar el recurso.

7.3. TESIS.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, porque el recurso de apelación de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), se centra en negar el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la prima de servicios, cuestión que no hace parte del objeto de la Litis, y no guarda congruencia con la demanda y tampoco con la sentencia de primera instancia, relacionadas con la reliquidación de la pensión de la parte accionante.

7.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 243 del CPACA establece que "son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. (...).

El artículo 247 ibídem establece el trámite del recurso de apelación en la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 320 del C.G.P., por su parte, establece:

"Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos**





concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

El Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que el recurso de apelación es un medio de impugnación de las decisiones judiciales de primera instancia, que permite al superior funcional revisarlas a efecto de verificar si procede su aclaración, modificación, adición o su revocatoria.

Ha señalado igualmente que quien interpone dicho recurso tiene la carga mínima de sustentarlo mediante cargos o cuestionamientos frente a los asuntos que fueron objeto de pronunciamiento por el a quo de manera adversa o simplemente no se pronunció. Y que la sentencia y el recurso de apelación constituyen el marco que limita la decisión del superior, quien carece de libertad de suponer otros motivos que, a su juicio, pudieron ser invocados contra la decisión.

También ha establecido que el principio de la doble instancia garantizado por el artículo 31 superior, supone el cumplimiento de ciertos requisitos de oportunidad y procedencia, previstos en los artículos 181 y 212 del Código Contencioso Administrativo, so pena de fracaso del recurso; **todo lo cual impone la congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación del recurso**, sin la cual se desconoce la finalidad y objeto de la segunda instancia.¹

Los criterios descritos, fueron reafirmado así por la subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de abril de 2016, dentro del proceso con radicación interna N° 0529-15, C.P. William Hernández Gómez:

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

(...) El recurso de apelación presentado por la parte demandada no guarda congruencia con lo decidido en la sentencia apelada, por tal razón y al no encontrar motivo alguno de inconformidad contra el fallo, debe declararse incólume la sentencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda,

¹ Los criterios anteriores han sido expuestos en sentencias de la Sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 4 de marzo de 2010, Rad. 25000-23-27-000-1999-00875-01(15328); por la Sección Segunda, Sub. "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de 7 de abril de 2011, Rad. 13001-23-31-000-2004-00202-02(0417-10); y por la Subsección B de la Sección Segunda en sentencias del 9 de noviembre de 2017, Exp. 1050-2017, y del 6 de julio de 2017, Exp. 3949-2014, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.





pues no es posible analizar ni los argumentos, ni las decisiones en ella adoptadas".²

Luego, la falta de congruencia entre el recurso de apelación y la sentencia cuestionada conducen necesariamente al fracaso de aquél.

VIII. EL CASO CONCRETO.

Observa la Sala que los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado por la parte demandada, son incongruentes respecto de la sentencia proferida por el A-quo.

Lo anterior, porque en la sentencia se exponen las razones para acceder a la pretensión de reliquidación de la pensión de jubilación formulada por la parte demandante, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional; mientras que en el recurso de apelación se exponen hechos y se describen normas y jurisprudencia que, a juicio del apelante, impiden el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes estatales, así como la indexación y los intereses moratorios, que pudieran derivarse de la falta de reconocimiento de dicha prestación.

La incongruencia del recurso respecto del fallo, se resalta, deriva del hecho de que la prestación a que se refiere el recurso, esto es, la prima de servicios a favor de los docentes oficiales, no fue reclamada en la demanda, frente a ella nada se debatió en el proceso, y no fue objeto de estudio y decisión por parte del juez de primera instancia, entre otras cosas, porque no fue devengada por la parte demandante.

En suma, la discusión planteada por el recurso no hace parte del marco de la Litis, no fue materia de estudio y decisión en la sentencia proferida por el A quo y tampoco puede ser objeto de pronunciamiento en segunda instancia.

Si bien el apelante en la oportunidad para alegar de conclusión expuso argumentos que sí se relacionan con la sentencia y con el objeto del litigio, lo hizo por fuera de la oportunidad procesal prevista para interponer y sustentar el recurso de apelación, razón por la cual dichos argumentos no deben ser examinados ni tenidos en cuenta para decidir el recurso.

² En este mismo sentido se pronunció la Subsección B de la misma Sección en sentencia de 15) de marzo de 2018, dentro del radicado 250002342000201200914 01 (2666-2014), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.





En conclusión, el recurso de apelación interpuesto no cumple con las exigencias del artículo 320 del CGP, pues no guarda congruencia con la motivación y la decisión contenidas en la sentencia de primera instancia, y por ello será confirmada.

8.1. Condena en costas en segunda instancia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, procede condenar en costas a la parte vencida, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. - En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

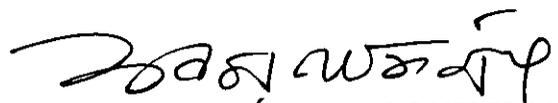
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 26 de enero de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada. Liquidense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso.


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



