



Cartagena de Indias D. T. y C, diecinueve (19) de julio de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-004-2015-00531-01
Demandante	Bertayda de Jesús Polo Guerrero
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 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 1 – 14).

a). Pretensiones: La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2130 del 15 de abril de 2005, por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no incluyeron todos los factores salariales percibidos el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado(a). (...)

2. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 5007 del 14 de julio de 2015 a través del cual se revisó y ajustó la Resolución No. 2130 del 15 de abril de 2005 en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no incluyeron todos los factores salariales percibidos el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.





3. Declarar que mi representado(a) tiene derecho a que la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener intereses en las resultas del proceso, le reconozca pensión ordinaria de jubilación a partir del 30 de enero de 2005 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener intereses en las resultas del proceso, le reconozca pensión ordinaria de jubilación a partir del 30 de enero de 2005 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener intereses en las resultas del proceso, a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la Ley.

3. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener intereses en las resultas del proceso, a que realice el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina de la pensionada. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener intereses en las resultas del proceso, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

5. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener intereses en las resultas del proceso, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3 del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

b. Hechos. Para sustentar sus pretensiones la parte demandante, afirmó lo siguiente:





“Laboró durante más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.

La base de liquidación pensional, en su reconocimiento incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

*La entidad demandada llamada a restablecer el derecho es 1.
Condenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener intereses en las resultas del proceso”.*

c. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, la Ley 33 de 1985, artículo 1, la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

sostuvo que las disposiciones normativas contenidas en la Ley 812 de 2003 artículo 81 y en la Ley 1151 de 2007 relacionadas con el régimen prestaciones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio definen las pautas que deben ser tenidas en cuenta para determinar el régimen prestacional aplicable a ellos tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 818 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, pero si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, su régimen pensional será el regulado por la Ley 100 de 1993, por lo que en el presente caso el régimen que debe observarse es el establecido en la Ley 91 de 1989.

Señaló que el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho toda vez que en este se desconoce por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que remite al Decreto 1045 de 1978, conforme al cual se deben tener en cuenta al momento de liquidar tanto las cesantías como las pensiones de los empleados públicos, los factores salariales enunciados por dicho compendio.

3.2. Contestación de la demanda. (fs. 81 -94).

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que los actos acusados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad.





Sostuvo 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 6ª 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 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 FOMAG 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.

3.3. Sentencia apelada (fs. 175 - 184).

El Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 23 de marzo de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones No. 2130 del 15 de abril de 2005 y 5007 de 14 de julio de 2015, mediante la primera de las cuales se le reconoció y pagó a la actora, BERTAYDA DE JESUS POLO GUERRERO, una pensión de jubilación, y la segunda la cual reajustó la pensión reconocida.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Cartagena de Indias.

TERCERO: Como consecuencia de declaratoria de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, RELIQUIDAR, a partir de 30 de enero de 2005 la pensión de jubilación reconocida a la señora BERTAYDA DE JESUS POLO GUERRERO, aplicando el 75% del promedio mensual de los factores devengados por ella en el año inmediatamente anterior al 29 de enero de 2005, fecha en la que adquirió el estatus pensional, teniendo en cuenta para el efecto, además de la asignación básica y el sobresueldo preescolar 15%, los factores salariales certificados por el Distrito de Cartagena, esto es, LA PRIMA DE ALIMENTACION, y las doceavas partes de la PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE VACACIONES.

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar a la señora BERTAYDA DE JESUS OLO GUERRERO, las diferencias que resulten a su favor, 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 8 de mayo de 2012 hasta el 16 de junio de 2015, fecha de su retiro definitivo del servicio docente.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor tal como lo ordena el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A.

La NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, podrá realizar los descuentos por aportes correspondiente a aquellos factores devengados el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, cuya inclusión se ordena en esta sentencia, en el evento en que no hayan sido objeto de deducción legal.

QUINTO: Condenase a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en costas, las cuales serán liquidadas por Secretaria de conformidad con el procedimiento establecido en el Código General del Proceso, una vez en firma a providencia.





Señálese como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones reclamadas por el demandante.

SEXTO: Declarar probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de mesadas generadas en favor de la actora con anterioridad al 8 de mayo de 2012.

SEPTIMO: A la presente sentencia deberá dársele cumplimiento en los términos previstos en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A. La entidad condenada deberá acreditar o probar ante este Despacho el cumplimiento del presente proveído.

Vencido el plazo de que trata el art. 298 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin que se haya acreditado el cumplimiento de la sentencia, se requerirá a la demandada el acatamiento inmediato de la misma.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta providencia, expídanse las copias respectivas para su cumplimiento. Archívese el expediente, previa devolución del remanente de los gastos del proceso, en el evento en que sean reclamados por la parte interesada oportunamente.

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

La pensión de jubilación del demandante está cobijado 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, que al demandante le es aplicable la Ley 33/85.

Señaló que de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, los factores enlistados en la Ley 62/85 son meramente enunciativos y no taxativos, por lo cual, la entidad demandada debe incluir todos los factores salariales devengados por el demandante el año anterior a la adquisición del status pensional.

Como el demandante demostró que el año anterior a la adquisición del status pensional devengó prima de navidad y prima de vacaciones, declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación.

3.4. Recurso de apelación (fs. 186 - 197)

La parte demandada solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia; y que en caso de que no procedan los argumentos de apelación, se dé aplicación al principio de la *no reformatio in pejus*, referente a la deducción legal de los aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia apelada.





La decisión tomada no se ajusta a derecho, porque no es viable que se reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación, pues no se tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Realizó un estudio de las normas que a su juicio regulan las primas, así:

El Decreto 1048 de 1972 y el Decreto 451 de 1984, excluyen de manera expresa la aplicación de dichos Decretos al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

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.

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.

La Ley 6ª de 1945 creó 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 2767/45, se hace extensiva a los servidores públicos del ente territorial.

El Decreto 1042/72, 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.

Del estudio del Decreto citado previamente se evidencia la restricción creada por el legislador en materia de aplicación a los funcionarios de Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, entidades de las que no se hacen parte los docentes.

El artículo 3 ibídem al clasificar los empleos a los cuales les es aplicable el citado Decreto-Ley, tampoco incluye al personal docente, pues relaciona cargos del nivel directivo, asesor ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo,





los cuales establecen los Estatutos Docentes previstos en los Decretos Ley 2277 de 1979 y 1278 de 2002.

El derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De acuerdo con lo señalado en la Ley 100 de 1993, artículo 15 modificado por el artículo 3° de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la Ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones 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. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

La Ley 6 de 1945 creó las primeras prestaciones sociales tanto para trabajadores estatales como particulares, en su artículo 22, consagraba que teniendo en cuenta la condición económica de los municipios, se señalaría por como el Decreto 2767 de 1945 dispuso en su artículo 1° que los trabajadores de las citadas entidades, tendrían derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6° de 1945, otorgadas para los empleados y obreros nacionales, dándoles así mismo en el artículo 10° ídem la facultad de organizar en cualquier tiempo instituciones de previsión social similares a la Caja Nacional de Previsión Social para atender el pago de las pretensiones que les correspondan y mientras estas no se constituyan, las respectivas gobernaciones, comisarias o municipios, responderían de las prestaciones sociales de sus trabajadores con cargo a su propio pecunio.

Para el sector público 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 6° de 1945 y Decreto 2767 del mismo año, se hace extensiva a los servidores públicos del ente territorial.

Según el apelante, las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6/45 y el Decreto 1045/78, que se les ha llamado de manera equivocada primas, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario. Para el caso





de los servidores públicos, por disposición legal en el evento de tener derecho a las enunciadas primas, éstas formarían parte de los factores salariales para liquidación de las prestaciones sociales que por ley le correspondan.

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.

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.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Mediante auto del 26 de septiembre de 2018 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 207) y mediante providencia de 16 de noviembre de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 224).

La parte demandada reiteró los argumentos expuesto en la contestación de la demanda (fs. 227-229).

La parte demandante reiteró los argumentos expuesto en la demanda (fs. 240-245).

El Agente del Ministerio Público no presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. 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.

5.2. 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.

5.3. 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.

5.4. 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, 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.

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.

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.





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.

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

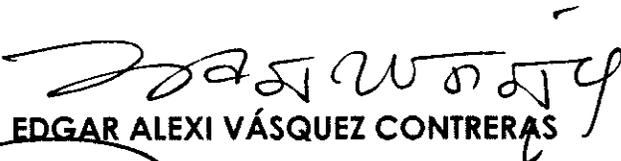
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 23 de marzo de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

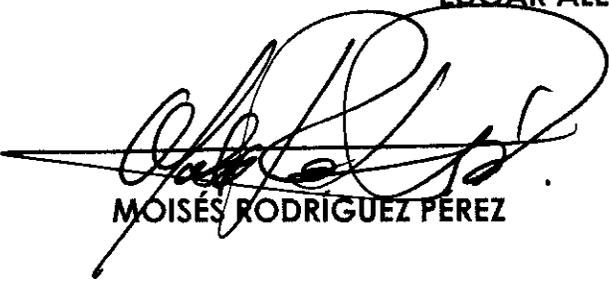
SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada. Líquidense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

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.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ÁRCE

