



Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2015-00537-01
Demandante	GLORIA MERCEDES BUSTILLO GAMARRA
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	No prosperidad del recurso por falta de congruencia entre sentencia y los argumentos del recurso de apelación.

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 18 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por GLORIA MERCEDES BUSTILLO GAMARRA, por conducto de apoderada judicial.

#### 2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

#### 2.1. La demanda<sup>1</sup>.

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, GLORIA MERCEDES BUSTILLO GAMARRA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra

<sup>1</sup> Folios 1 a 10



del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

## 2.2. Pretensiones

*"PRIMERO. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 3047 del 27 de septiembre de 2006, expedida por el secretario de educación del departamento de Bolívar – fondo de prestaciones sociales del magisterio mediante el cual reconoce una pensión de jubilación a mi apadrinada.*

*SEGUNDO. Que a título de restablecimiento del derecho se conceda por parte de la secretaría de educación departamental de Bolívar – fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio – la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como consecuencia de la nulidad anteriormente pedida el reconocimiento a mi mandante GLORIA MERCEDES BUSTILLO GAMARRA el ajuste de la pensión de jubilación a partir del día siguiente al de haber (sic) (20) años de servicio a la educación y (55) años de edad, mesadas iniciales deben ser liquidadas en cuantía equivalente al setenta y cinco (75) % del promedio de todo lo devengado por concepto de todo lo devengado por concepto de sueldos y todos los factores salariales dentro del año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de pensionada, los cuales están claramente relacionados en el certificado de sueldos expedidos por la secretaría de educación departamental de Bolívar – fondo de prestaciones sociales del magisterio, junto con los reajustes legales correspondientes.*

*TERCERO. Que se condene a la secretaría de educación departamental – fondo de prestaciones sociales del magisterio, la Nación – Ministerio de educación nacional, a pagar a favor de mi poderdante a pagar las diferencias dejadas de cancelar por cada mesada producto de la revisión y reajuste de la pensión desde el día 25 de noviembre de 2005 con los reajustes previstos en la ley.*

*CUARTA. (...)"*

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

## 2.3 Hechos<sup>2</sup>

Señala que, el día 25 de noviembre de 2005 cumplió con el status de pensión, encontrándose afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

<sup>2</sup> Folios 2 y 3.





Magisterio; quien mediante acto administrativo N° 3047 del 27 de septiembre de 2006, ordenó una pagar una pensión de jubilación a su favor, tomándose solamente la asignación básica para su liquidación, dejando de lado los demás factores salariales que devengó en el último año anterior.

#### **2.4. Normas violadas y concepto de la violación**

- Constitución Política artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 84.
- Ley 4 de 1996 artículo 4, ley 33 de 1985 artículo 1, ley 62 de 1985 artículo 1, ley 91 de 1989 artículos 1, 2, y 15, ley 115 de 1994, ley 812 de 2003 artículo 81, decreto 2831 de 2005 artículo 5, decreto 326 de 1996 de la ley 100 de 1993, acto legislativo 01 de 2005.

##### **2.4.1 Concepto de la violación**

En síntesis señala que, los argumentos expuestos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, empleó mal lo estipulado por el artículo 81 inciso 1 de la Ley 812 de 2003, puesto que la misma se aplica a aquellos docentes vinculados a partir de su vigencia, no siendo el caso de la demandante.

Tomando cada uno de los artículos de la Constitución Política que considera infringidos hace un recuento del porqué considera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desconoce tales postulados.

#### **2.5 Contestación**

El Departamento de Bolívar contestó la demanda, declarándose la falta de legitimación del mismo por lo que en esta oportunidad se obviará su argumentación.

En lo que hace al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la audiencia inicial del 18 de octubre de 2016, se declaró la extemporaneidad en la presentación la misma, por lo que, igualmente, se abstendrá esta Judicatura a detenerse sobre sus alegaciones.



**III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>3</sup>**

Por medio de providencia del 18 de octubre de 2016, la Juez Doce Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, decidiendo conceder las pretensiones de la demanda.

El Juez A quo expuso, en Sentencia Oral, dictada en audiencia inicial, el sentido del fallo, precisando más adelante, que conforme a las disposiciones referidas en el cuerpo de dicha sentencia; por encontrarse vinculada la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a 31 de diciembre de 1989, fecha determinada por la Ley 91 de 1989, el régimen aplicable para el reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación era el consagrado por la Ley 33 de 1985 y sus respectivas modificaciones, al ser este el único requisito consagrado legalmente para acceder a la inclusión de los factores solicitados.

Concluyendo que, de las pruebas aportadas se tiene que la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, sobre el 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, incluyendo todos los factores salariales por ella devengados.

**IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

Por medio de escrito del 28 de octubre de 2016, la parte demandada presenta apelación contra la sentencia de primera instancia, pero sus argumentos apuntan a la defensa frente al reconocimiento de sanción moratoria a los docentes.

En ese sentido explica la Ley 1071 de 2006, que solo establece la sanción moratoria para los empleados y trabajadores del Estado, y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al fondo nacional del ahorro.

<sup>3</sup> Folios 81 a 89.

<sup>4</sup> Folio 94 a 100 c. 1





Que las pretensiones de la actora no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la Fiduprevisora. Añade, que a los docentes no les es permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las cesantías, debido a que las normas que regulan sus derechos no lo contempla; como son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

Expone que no es posible realizar el pago oportuno de las cesantías a los empleados del magisterio, toda vez que el Fondo de Prestaciones Sociales no cuenta con recursos para ello. Agrega, que no puede generarse el cobro de unos intereses moratorios cuando al actor se le reconocieron y pagaron sus cesantías en tiempo, de acuerdo al orden de turnos manejados a la hora de radicar la petición de pago de cesantías.

#### V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto dictado en la audiencia de conciliación, del 25 de noviembre de 2016<sup>5</sup> se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada; con providencia del 10 de mayo de 2017<sup>6</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 24 de julio de 2017<sup>7</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

#### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

##### **6.1. Alegatos de la parte demandante<sup>8</sup>.**

La parte demandante se ratifica sobre los hechos y pretensiones de la demanda en que se incluyan todos los factores salariales devengados dentro del último año de servicio al cumplimiento del status de pensionada.

##### **6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>9</sup>:**

La parte demandada, vuelve arguyendo que, la FIDUPREVISORA es la encargada de los pagos de las prestaciones sociales de los docentes, previa

<sup>5</sup> Folio 104 c. 1

<sup>6</sup> Folio 5 C. 2ª instancia

<sup>7</sup> Fol. 15 C. 2ª instancia

<sup>8</sup> Fol. 17 y 18 C. 2 instancia

<sup>9</sup> Folio 19 a 24 C. 2.





disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; así las cosas, se debe tener de advertirse que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentren en trámite.

Para ello, realiza transcripciones de pronunciamiento sobre la sanción moratoria; finalizando que no le asiste a la demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

### **6.3. Ministerio Público**

No presentó vista fiscal.

## **VII.- CONSIDERACIONES**

### **7.1. Control de legalidad**

Tramitada la primera instancia y dado que, en el momento de realizarse el estudio para la admisión de la alzada, se obvió reparar en el sustento del recurso de apelación, se resolverá en esta oportunidad sobre la congruencia que se debe guardar entre lo resuelto en la decisión que se recurre y los argumentos de lo que es motivo de inconformidad; por tanto se volverá sobre el tema.

### **7.2. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

### **7.3. Acto administrativo demandado.**

En el presente asunto, se requiere la nulidad de la Resolución N° 3047 del 27 de septiembre de 2006, la cual reconoció la pensión de jubilación de la demandante.

### **7.4. Problema jurídico.**

Como quiera que, el recurso de apelación fue sustentado sobre el reconocimiento de cesantías, su pago y las consecuencias adversas de su pago





tardío; siendo totalmente contrario a la decisión tomada en primera instancia en sentencia del 18 de octubre de 2016, se realizarán las consideraciones sobre la obligatoriedad de guardar congruencia entre la decisión que se recurre y el motivo de inconformidad.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Se puede realizar el estudio de mérito en segunda instancia cuando la sustentación del recurso de apelación, es totalmente contrario al tema que se resolvió en primera instancia?

### 7.5. Tesis

- La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, por falta de congruencia entre lo resuelto en primera instancia y lo motivado como inconformidad frente a dicha decisión.

Así las cosas se tiene:

### 7.6. Congruencia del recurso de apelación

#### 7.6. 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 para 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, 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.<sup>10</sup>

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*

<sup>10</sup> 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.







*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".<sup>11</sup>*

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

### **7.7 Caso concreto**

Da cuenta esta Corporación que en el presente asunto, no existe congruencia entre lo decidido en primera instancia<sup>12</sup> y la argumentación expuesta en el recurso de apelación presentado por el fondo nacional de prestaciones sociales<sup>13</sup>.

Lo anterior debido a que, la entidad como fundamento de su recurso de alzada sostiene que es la encargada de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes por medio de la FIDUPREVISORA, siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal, de allí que la solicitud del pago de la sanción moratoria, que requiere la demandante es improcedente.

En ese orden de ideas, al ser un hecho nuevo no controvertido en el proceso y que nada tiene que ver con lo decidido en primera instancia, no puede esta Colegiatura proceder al estudio del mismo.

Por otro lado, tal y como se expuso previamente en esta providencia, en el escrito de apelación se deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior, lo que no sucedió, tal como se evidencia en el presente asunto; toda vez que, los reparos que hoy se aducen no fue objeto de la sentencia del 18 de octubre de 2016.

Por último, la juez de primera instancia en la sentencia, declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 3047 del 27 de septiembre de 2006, en donde se reconoció y

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Folio 81 a 88.

<sup>13</sup> Fols. 94 a 100 cdno 1





ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante, GLORIA MERCEDES BUSTILLO GAMARRA. En ese sentido, el recurso de alzada debía estar encaminado a atacar dicho argumento, y no a alegar prestaciones de las cuales no se hacen referencia ni en la demanda como tampoco en la decisión primigenia.

Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Sala, que el recurso bajo estudio no expone las razones por las cuales la parte demandada se encuentra en desacuerdo con lo decidido en primera instancia por la Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, pues se limita a manifestar la no procedencia del reconocimiento y pago de sanción moratoria del pago tardío de las cesantías, la cual no fue objeto de discusión en el fallo recurrido, por cuanto el tema dilucidado es totalmente distinto –reconocimiento factores salariales en pensión–.

Así las cosas, se procederá confirmar la decisión del 18 de octubre de 2016.

### **7.7. Conclusión**

En este contexto, considera esta Corporación que la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, puesto que, no es posible realizar el estudio de mérito de un asunto puesto en consideración del *Ad Quem*, cuando el caso que se presenta a consideración es totalmente distinto a los que es el argumento de la alzada; estando vedada esta Corporación para realizar el estudio oficioso de la decisión del 18 de octubre de 2016, proferida por la Juez Doce Administrativa del Circuito de Cartagena.

Por lo antes expuesto, atendiendo la falta de congruencia en el sub lite, se confirmará la sentencia de alzada.

### **VII.- COSTAS -**

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

### **VIII.- DECISIÓN**

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 18 de Octubre de 2016, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

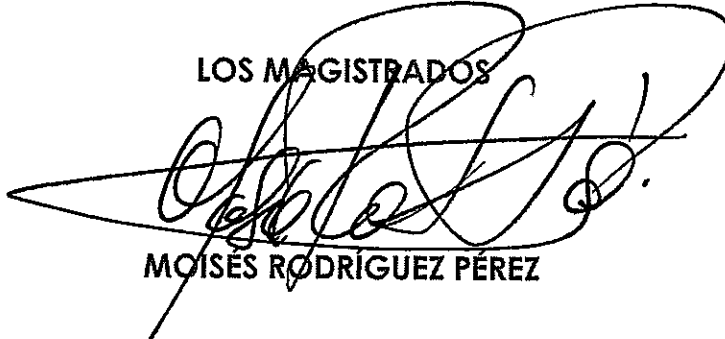
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

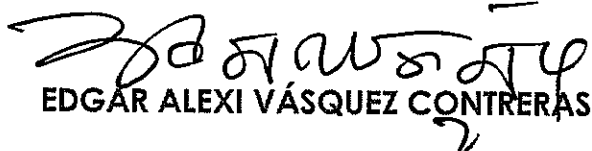
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 060 de la fecha.

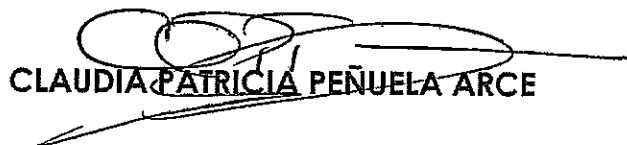
LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

1. 2

0

0

