Cartagena de Indias D.T y C., siete (7) de Diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-013-2016-00037-01**
Demandante	**ANA MARIS MERCADO PÉREZ**
Demandado	**NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	Reliquidación Pensional – Docente – Falta de congruencia

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 5 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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 ANA MARIS MERCADO PÉREZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, ANA MARIS MERCADO PÉREZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

[1] Folios 1-19 c/no 1

2.2. Pretensiones

"1. Se declare la NULIDAD PARCIAL de la resolución No. 2711 del 26 de julio de 2.007, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional Bolívar por la cual ""se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" a ANA MARIS MERCADO PÉREZ, con cedula de ciudadanía No.33.141.225.

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a titulo (sic) de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que la Nación - Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a ANA MARIS MERCADO PÉREZ con cedula de ciudadanía No. 33.141.225 pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengo durante el año anterior al status de pensionado. (Ver Cuadro 1).

3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de Diciembre de 2003, artículo (sic) 3°, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2°, literal b.

4. Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensiónales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

5. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.

6. Condenar igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional de Bolívar, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

7. Se condene en costas a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Que la demandante prestó sus servicios como docente durante más de 20 años, que nació el 6 de noviembre de 1951.

Que mediante la Resolución No. 2711 de 26 de julio de 2007, se le reconoció una pensión de jubilación efectiva desde el 7 de noviembre de 2006, en cuantía de $929.081.oo.

Que la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente tuvo en cuenta la asignación básica, sobresueldo de director y horas extras desconociendo los demás factores salariales como son la Prima de Navidad, Prima de Vacaciones y la Prima de alimentación, prima de movilización, prima de clima, prima de escalafón y prima de grado.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Constitución Política y 336.	:	Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228
Ley 6 de 1945	:	Artículo 17 Literal b.
Ley 33 de 1985		

2.4.1 Concepto de la violación

La parte actora sostiene que el acto acusado está incurso en la causal de nulidad de violación de normas de orden superior, tanto legal como constitucional.

Precisa que se han vulnerado las disposiciones de orden constitucional que garantizan la favorabilidad en la aplicación de las normas en materia laboral y la garantía de los derechos adquiridos.

Considera además que se ha desconocido el derecho de la accionante de ser pensionada conforme al régimen que le correspondería como docente nacionalizado en virtud de su ingreso al servicio con anterioridad al año de 1980.

En los términos del Artículo 115 de la Ley 115 de 1994 y del Artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a los docentes es el reconocido en la Ley 91 de 1989. Ello no ha cambiado para la demandante a pesar de lo previsto en la Ley 812 de 2003.

Por lo tanto la pensión de la demandante, se debe liquidar, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, acatando lo dispuesto en la Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966, artículo 4; Decreto 1743 de 1966, artículo 5°; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; y Ley 91 de 1989, artículo 15.

El régimen aplicable debe ser el de la Ley 91 de 1989, en concordancia con la Ley 33 de 1985, liquidándose la pensión por aportes de conformidad con lo percibido durante el último año de servicio, pero incluyendo la totalidad de los factores salariales que se hubieren causado durante tal periodo.

Para el momento en que fue expedido el Decreto 3752 de 2003 la demandante ya había laborado por más de 20 años, faltándole solamente el requisito de edad para acceder a su derecho pensional. De esta forma, su aplicación al caso de la accionante desconoce las garantías de orden constitucional y representa un menoscabo en los derechos que ya existían a su favor y que consistían en la forma en que debían ser determinados los ingresos base de cotización y de liquidación de la pensión de jubilación. Esta norma solamente puede aplicar a las prestaciones que se causen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

A pesar de que lo previsto en el Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 solamente aplica a los docentes que vinculen con posterioridad a su expedición, el Decreto 3752 que la reglamenta lo extendió a los docentes regidos por normas anteriores, lo que vino a constituir una extralimitación por parte del Gobierno Nacional como autoridad reglamentaria.

Durante la vinculación y a lo largo de la permanencia de la docente, tuvo claridad acerca de la base de cotización y liquidación de las prestaciones sociales a las que tenía derecho. Al momento de serle reconocida la pensión de jubilación, al no incluirle unos factores para que dicho reconocimiento, le fueron desconocidos sus derechos adquiridos, se cambiaron las reglas del juego y se desmejoraron sus prestaciones, pues para efectos de su vinculación se aplicó una norma como fue la Ley 91 de 1989, en lo relativo a los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y ahora con ocasión del reconocimiento de la pensión, se aplica otra norma que resulta violatoria de la Constitución y de la ley.

VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Al momento de ser reconocida la pensión sin tener en cuenta todos los factores devengados por la docente, se configuró una violación del derecho a la igualdad con respecto de los docentes a quienes sí se ha tenido en cuenta estos factores al momento de ser pensionados. Cita como ejemplo la Resolución No. 925 del 17 de agosto de 2004.

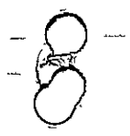
No resulta entendible constitucionalmente por qué a los docentes que adquirieron el estatus con anterioridad a diciembre de 2003 y los que adquirieron el derecho con posterioridad a julio de 2007, sí se toman para realizar la liquidación de su mesada pensional todos los factores salariales

devengados por éstos durante el último año antes de adquirir el estatus. Teniendo en cuenta que estos docentes gozan de un régimen especial en el sentido de que no es necesario el retiro del servicio para disfrutar de su pensión.

NORMAS INDEBIDAMENTE APLICABLES A LA SOLICITUD DE LA PENSIÓN

La pensión resultó indebidamente liquidada en virtud de la aplicación de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.

La actora gozaba del régimen de docente nacionalizado, pues fue vinculada antes de 1980, de forma que no le es aplicable la Ley 812 de 2003, aunque ella reiteró el respecto de los derechos prestacionales de que gozaban los docentes nacionalizados.



Por el contrario, a la accionante le son aplicables las leyes 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001.

En cuanto al Decreto 3752 de 2003, en su Artículo 3 estableció la base de liquidación de las prestaciones que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, lo cual debe hacerse sobre las cotizaciones que efectúe el docente.

NORMA DEJADA DE APLICAR EN LA SOLICITUD DE PENSIÓN

En el presente caso la norma aplicable está contenida en los numerales 1 y 2 (literal b) del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y sobre ello debe tenerse en cuenta que la Entidad accionada ha admitido la condición de docente y nacionalizado en cabeza de la accionante.

La controversia gira en torno a qué debe entenderse como salario para efecto de liquidar el valor de la mesada pensional, y la parte actora considera que para el caso de los docentes no lo conforma únicamente la asignación básica, sino que lo constituyen todos los factores que recibe de su empleador por la labor desarrollada, como son: la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de vida cara, la prima de licenciatura, etc., tal como conste en la certificación que expida la Secretaría de Educación.

De otra parte, establece la Ley 33 de 1985 que la pensada pensional debe liquidarse en suma equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, precisándose además que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se deben liquidar sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Concluye la parte actora indicando que se debe reconocer la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales y aplicando la Ley 91

de 1989 y en igualdad de condiciones con los docentes que se jubilaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007.

2.5 Contestación

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[2]

La parte demandada constituyó apoderado y presentó la contestación de la demanda

ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La parte demandada se opone a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

ACERCA DE LOS HECHOS

Respecto de los hechos, la demandada precisa que le constan los relativos al reconocimiento de la prestación periódica y desestima los demás al considerar que se trata de apreciaciones subjetivas de carácter jurídico y precisa que la pensión ha sido reconocida y pagada de conformidad con las disposiciones vigentes aplicables, teniendo en cuenta los factores que la ley establece para tal efecto.

EXCEPCIONES

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes: Ineptitud de la demanda, no agotamiento vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y genérica

RAZONES DE LA DEFENSA

La demandada indica que la liquidación de la pensión se efectuó de conformidad con lo ordenado en la Ley 33 de 1985, ya que acreditó cumplir con los requisitos allí establecidos.

Considera que el acto fue expedido en forma ajustada a derecho, pues desde la Ley 6ª de 1945 se dispuso el pago de aportes a las entidades de previsión, y los aportes o descuentos deben ser efectuados sobre los factores que enuncian las disposiciones respectivas.

En efecto, los factores respecto de los cuales se efectuaban aportes están enunciados en el Decreto No. 1045 de 1978. Posteriormente, la Ley 33 de 1985 hizo una nueva enumeración de los factores y dispuso que la pensión sería

[2] Folios 70 –83 Cuaderno No. 1

equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Explica la demandada, que el Decreto 2341 de 2003 que reglamenta a 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 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores de base de cotización los siguientes:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de 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, a los docentes oficiales solamente aplican la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 en su artículo 3 establece que la base de liquidación de las prestaciones que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente. Además establece 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 vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia del 5 de diciembre de 2016, la Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió declarar la nulidad del acto acusado, considerando que la pensión de jubilación de un docente vinculado al Magisterio antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, así el status se adquiera con posterioridad a esas normativas, en consecuencia, ordenó a título de restablecimiento del derecho que se

[3] Folios 96-107

liquidara con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al status pensional.

La Juez *A quo* expuso, que, la demandante al estar vinculada como docente nacional al 31 de diciembre de 1989, fecha determinada por la Ley 91 de 1989, el régimen establecido para el reconocimiento y liquidación de su pensión de jubilación era el consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985, puesto que cuando entró en vigencia la primera de las normas, contaba con 9 años y 10 meses de tiempo de servicio.

Por último, menciona la falladora de primera instancia, que el régimen aplicable a la demandante, es el consagrado en la Ley 33 de 1985, por lo que consideró procedente el reajuste de la pensión, con todos los factores devengados en el último año de servicios.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

En el escrito de apelación, 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,* en lo que refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutiva de la providencia apelada.

Adujo 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.

Anotó 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. Y 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

[4] Folio 108-127 c. 1

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.

Advirtió 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, 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.

Manifestó 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.

Advirtió 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, adujo 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.

Concluyó 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.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 24 de abril de 2017[5] se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada; con providencia del 18 de agosto de 2017[6], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 4 de diciembre de 2017[7], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante:

No alegó de conclusión

6.2. Alegatos de la parte demandada[8]:

Esta entidad, presentó su escrito de alegados el 18 de enero de 2018, presentando nuevos y distintos argumentos a los esbozados en el recurso de apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

---

[5] Folio 129-130
[6] Folio 4 C. 2ª instancia
[7] Fol. 8 C. 2ª instancia
[8] Folios 10-15 C 2ª Instancia

7.2. Competencia.

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

7.3 Actos administrativos demandados.

En el presente asunto, el acto acusado es la Resolución No. 2711 de 26 de julio de 2007, mediante la cual se reconoció el pago de una pensiona vitalicia de jubilación.

7.4. 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.

Igualmente, se entrará a establecer ¿Se puede en los alegatos de conclusión de segunda instancia, corregir la falta de congruencia del recurso de apelación?

7.5. 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. Además, porque los nuevos argumentos esbozados en los alegatos de conclusión de segunda instancia, no subsanan la falencia de la falta de congruencia en el recurso de apelación interpuesto.

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.[9]

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*

[9] *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.*

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". [10]

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

7.7. Caso Concreto

Observa la Sala que lo 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.

---

[10] *En este mismo sentido se pronunció la Subsección B de la misma Sección en sentencia de 15) de marzo de 2018, dentro del radicado 25000234200020120091401 (2666-2014), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.*

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.

Ahora bien, en lo relativo a los nuevos argumentos expuestos en segunda instancia, en la etapa de alegatos de conclusión, esta Corporación, considera que ese hecho no subsana la falencia de la falta de congruencia del recurso de apelación, es decir, en esa etapa procesal, su finalidad es ampliar los fundamentos de la alzada, con el objeto que se revoque la providencia recurrida, pero no para traer argumentos distintos a los esgrimidos al momento de interponer el recurso, en consecuencia, la respuesta al segundo problema jurídico es negativo, bajo el entendido que los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, no corrigen la falta de congruencia del recurso de apelación.

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.

7.8 Condena en costas en segunda instancia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte vencida, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. - En 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 del 5 de diciembre de 2016, proferida por la Juez Décima Tercera Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a 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 art. 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. 0118 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE