

RECURSO DE APELACIÓN / COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Alcance / APELACIÓN FALLIDA POR FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE EL RECURSO Y LA PROVIDENCIA APELADA – Configuración

Debe recordarse que la sustentación del recurso de apelación es el medio procesal previsto por el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para que el recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la sentencia. En efecto, la sustentación del recurso delimita el pronunciamiento de la segunda instancia, tal y como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Es así como las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación demarcan la competencia funcional del juez de segunda instancia, por lo cual, si no existen dichas razones o motivos de discrepancia con la sentencia dictada, el recurso carece de objeto, máxime en el caso en estudio, al apreciarse que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación resultan incongruentes no sólo frente a la sentencia proferida por el *a quo*, sino también respecto de las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la congruencia entre la alzada y la providencia apelada, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de agosto de 2017, radicación: 1162-14. En cuanto a la condena en costas para los procesos ventilados por la Ley 1437 de 2011, C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, radicación: 4492-13.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00693-01(1623-18)

Actor: GABRIEL ARCANGEL ALZATE PUERTA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FOMAG Y EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN.

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Compatibilidad entre pensiones de jubilación y vejez –
Incongruencia de la apelación - Ley 1437 de 2011

ASUNTO

Decide esta Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 26 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA

El señor Gabriel Arcángel Alzate Puerta, por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG y al Municipio de Medellín.

Pretensiones¹

1. Se declare la nulidad de la Resolución 013979 del 9 de noviembre de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Medellín negó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación al señor Gabriel Arcángel Alzate Puerta.
2. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a la demandada a reconocer y pagar en favor del demandante una pensión ordinaria de jubilación en un monto equivalente al 75% del promedio de los salarios y demás factores salariales devengados durante el último año de servicios.
3. Se condene a la demandada a liquidar y pagar las mesadas pensionales desde el 3 de abril de 2015, con inclusión de todos los factores salariales.
4. Se condene a la Nación, Ministerio de Educación, FOMAG y Municipio de Medellín al pago de los intereses moratorios, costas procesales y agencias en derecho tal como lo prevé la ley.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de determinar el objeto del proceso y de la

¹ Folio 3.

prueba². En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, en la audiencia inicial, es también una faceta de saneamiento del proceso, en la medida que busca la verificación de hechos constitutivos de excepciones previas, con la colaboración de la parte demandada, o advertidas por el juez, para que se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del mismo, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo³.

En el presente caso, en los folios 156 a 160 y cd a folio 179 del expediente se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

[...] Revisado el Expediente, se observó que las entidades demandadas con el libelo contestatorio [...] propusieron las siguientes excepciones de (i) *ineptitud de la demanda*, (ii) *no agotamiento vía gubernativa*, (iii) *inexistencia de la obligación*, (iv) *cobro de lo no debido*, (v) *compensación*, (vi) *Excepción Genérica o innominada*, (vii) *Falta de competencia*, (viii) *Falta de conformación del litisconsorcio necesario* (ix) *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, (x) *inexistencia de causa para pedir* (xi) *Buena Fe*. (xii) *Prescripción*.

[...]

De conformidad con lo señalado en las normas mencionadas anteriormente, en esta audiencia sólo se hará pronunciamiento sobre las excepciones previas propuestas por las entidades demandadas- a saber: **(i) Falta de competencia, (ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva, (iii) ineptitud sustancial de la demanda, (iv) Falta de conformación del litisconsorcio necesario y (ii) Prescripción**. En tanto el despacho no observa que se deba declarar de oficio la prosperidad de algunas de las excepciones consagradas en el artículo 100 del código general del proceso y otras del numeral 6 del artículo 180 del CPACA y además porque las demás excepciones son de fondo y su decisión corresponderá en la sentencia.

(i) Falta de competencia: La apoderada judicial del municipio de Medellín, la determina por el factor cuantía, sin embargo esta excepción no se declarara probada por cuanto la parte actora cuando razonó la cuantía lo hizo en **\$47.631.454**, siendo el Tribunal competente de conformidad con lo prescrito en el artículo 152 del CPACA numeral 2 por cuanto para la fecha de presentación de la demanda (año 2016), superaba la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes

² Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

³ Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

(mas aún cuando el derecho lo causó el 3 de abril de 2015 y la demanda la presentó el 17 de marzo de 2016, según consta a (fl 19), por lo que no existe pretensiones que superen los tres años anteriores a la presentación de la demanda.

(ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva: El Municipio de Medellín, propone dicha excepción con el argumento que la Secretaría de Educación de Medellín no obra en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ni tampoco administra los recursos de dicho fondo, competencias fijadas en cabeza de la fiduprevisora S.A por virtud del artículo 3 y 5 numeral 1 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005.

El despacho en relación con la anterior excepción indica lo siguiente:

[...]

Por ello, aunque la legitimación en la causa ordinariamente se ha entendido como un presupuesto material de la sentencia, toda vez que ataca la pretensión, el legislador con la expedición de la Ley 1437 de 2011, varió la naturaleza jurídica a la legitimación en la causa, de acuerdo a la etapa procesal en que se vaya a realizar el estudio de ella, permitiendo que ésta se resuelva como una excepción previa desde el inicio del proceso, concretamente en la audiencia inicial, y, a la vez como un presupuesto material de la sentencia, si se llega a decidir sobre ella en el correspondiente fallo que de fin a la instancia, situación ésta que en manera alguna conduce a un fallo inhibitorio que es lo que se pretende suprimir en los procesos seguidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues de suyo la falta de legitimación en la causa conlleva a la sentencia desestimatoria de las pretensiones, esto es, a una decisión de fondo.

[...]

Determinado lo anterior y en lo que tiene que ver con el caso concreto, la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho va dirigida al ente accionado-Municipio de Medellín- con la finalidad que se declare la nulidad del acto administrativo **resolución número 013979 del 9 de noviembre de 2015**, donde la entidad territorial municipal niega la pensión de jubilación al demandante, por el tiempo de servicio como docente municipal recursos propios, circunstancia que acredita que quien emitió el acto administrativo objeto del medio de control referenciado fue la entidad territorial municipal demandada, lo que hace que se encuentre acreditada su legitimación en la causa por pasiva.

Ahora bien, el argumento expuesto por la entidad y el cual es considerar que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva porque el ente territorial no obra en representación del fondo de prestaciones sociales del magisterio, ni tampoco administra los recursos de dicho fondo, competencias fijadas en cabeza de la fiduprevisora S.A por virtud del artículo 3 y 5 numeral 1 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, hace determinar que la excepción invocada es la falta de legitimación en la causa por pasiva de carácter material; que si bien la excepción consagrada en el artículo 180 del CPACA, no hace diferencia el tipo de excepción por pasiva, bien formal o material, habrá de señalarse por

parte del despacho que en el caso concreto como se indicó al haberse dictado el acto administrativo por la entidad demandada, en principio no sería factible declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la legitimación en la causa de hecho se consolidó con la citación y notificación en este proceso, y, respecto de la legitimación material en la causa por pasiva del Municipio de Medellín, habrá de determinarse en el momento de proferir sentencia.

(iii) Ineptitud sustancial de la demanda y no agotamiento de vía gubernativa: Al considerar la apoderada judicial del Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no hubo acto administrativo definitivo, de conformidad con el artículo 43 del CPACA y no hubo petición ninguna de la pretensión invocada por la parte actora.

Dicha excepción no están dadas (sic) a prosperar, en tanto se encuentra acreditado que el acto administrativo demandado es la Resolución 013979 del 9 de noviembre de 2015, a través del cual se niega la solicitud de pensión de jubilación al demandante, por el tiempo de servicio como docente Municipal recursos propios, encontrándose en su motivación que la pensión solicitada por el actor es la prevista en la Ley 91 de 1989 en su artículo 15 numeral 2 diferente a la pensión de vejez, circunstancia que hace acreditar que si hubo un acto administrativo de carácter definitivo en relación con el cual es procedente el medio de control de la referencia y que igualmente en relación con lo pretendido por la parte actora se agotó la vía gubernativa.

(iv) Falta de conformación del litisconsorcio necesario: Al considerar el Municipio de Medellín, que Colpensiones es la entidad responsable del pago de la pensión mencionada.

Dicha excepción no está dada a prospera (sic), por cuanto si se observa el acto demandado, la pensión solicitada por el demandante es de conformidad con la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2, diferente a la pensión de vejez, la cual según se vislumbra en el acto demandado ya fue reconocida por Colpensiones, siendo dicha circunstancia la cual hace improcedente en los términos del acto demandado el reconocimiento de la pensión de jubilación pretendida a través de éste medio de control por la parte actora.

(v) Prescripción: Según la entidad demandada en el caso que el despacho resuelva favorablemente al demandante las pretensiones que éste formula, invoca dicha excepción para que se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho prestacional.

[...]

Determinado lo anterior, y de los fundamentos expuestos por la entidad al invocar la excepción de “*prescripción*”, se determina que lo buscado con ella es atacar el derecho sustancial alegado por la parte demandante, asunto que no podía debatirse en ésta etapa procesal, sin agotarse el periodo probatorio, por lo que no se declara probada dicha excepción. (Ortografía, gramática y negrillas del texto original)

La decisión quedó notificada en estrados; sin que ninguna de las partes ni el Ministerio Público interpusieran algún recurso.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última⁴.

En el *sub lite*, en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto a los hechos, las pretensiones y la contestación de la demanda, así:

Problema jurídico:

[...] Consistirá en determinar: Si se encuentra probado que el acto administrativo objeto del medio de control de la referencia, resolución 013979 del 9 de noviembre de 2015 a través de la cual se le negó la pensión de jubilación al demandante, trasgredió el ordenamiento constitucional y legal en que debería fundarse o por el contrario el acto administrativo demandado goza de plena legalidad al no incurrir en causal de nulidad alguna. [...] (Ortografía y gramática del texto original)

La decisión quedó notificada en estrados; se indagó a las partes si compartían la fijación del litigio planteado, ante lo cual manifestaron estar de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia escrita el día 26 de octubre de 2017, providencia en la que decidió:

[...] **PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 013979 del 9 de noviembre de 2015, proferida por el Municipio de Medellín que actúa por delegación del Fondo, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al demandante **GABRIEL ARCÁNGEL ZALATE (sic) PUERTA**.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer y pagar la pensión de jubilación al señor **GABRIEL ARCÁNGEL ZALATE (sic) PUERTA con cédula de ciudadanía NO. 15.317.376** a partir de la fecha en la cual adquirió el estatus de pensionado (**7 de mayo de 2015**) y equivalente al del salario mensual promedio del último año del estatus, con inclusión de los factores salariales de orden legal devengados durante ese año, tales como las

⁴ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

⁵ Folios 187-205.

doceavas de prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y subsidio de transporte.

Se autoriza a Fonpremag para que realice los descuentos respectivos sobre los factores salariales que no se hubiesen efectuado aportes, previo calculo actuarial de los mismos.

Las sumas a favor del demandante serán indexados según la formula indicada en la parte motiva de esta sentencia aplicando los aumentos o ajustes de ley.

TERCERO: Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva invocada por el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN**. [...] (Ortografía, gramática y negrillas del texto original)

El fundamento de la decisión fue, en síntesis, el siguiente:

Excepciones:

Señaló que de conformidad con los artículos 3, 4, 5, 6 y 7 de la Ley 91 de 1989 en concordancia con los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005, el municipio de Medellín tiene la función de recibir las solicitudes presentadas por los docentes y suscribir el acto administrativo de reconocimiento pensional, el cual deberá ser aprobado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que es él quien tiene la obligación de efectuar el pago en favor del pensionado. En otras palabras, el ente territorial, ante las peticiones de carácter prestacional, actúa como un mero facilitador, pues el sujeto encargado del reconocimiento y pago de la pensión es el referido fondo, razón por la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el municipio de Medellín.

Fondo del asunto:

Expuso la normativa que regula el derecho pensional de los docentes, e indicó que, para aquellos vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, siguen vigentes las disposiciones contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985. Seguidamente, recordó que de conformidad con los Decretos 224 de 1972, 2277 de 1979, 692 de 1994 y las Leyes 4ª de 1992, 60 de 1993 y 100 de 1993 los maestros pueden percibir pensión simultáneamente con otra prestación económica, como lo es el salario, y en algunos casos, con el lleno de los requisitos legales, otra pensión.

Luego, señaló que, en términos del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, es posible recibir pensión de jubilación de forma concurrente con la pensión de vejez, debido a que dichas prestaciones son de diferente naturaleza, pues mientras la primera obedece a servicios prestados al Estado, la segunda deviene de labores ejercidas con empresas de índole privado. Lo anterior significa que, el docente puede obtener pensión de jubilación por parte del fondo al que se

encuentre afiliado y a su vez acceder a la pensión de vejez que hubiere causado por aportes privados al ISS.

Al analizar el *sub lite* encontró que el demandante acreditó los presupuestos que prevé la Ley 33 de 1985 para obtener la pensión de jubilación, ya que cumplió 55 años de edad el 29 de junio de 2008 y 20 años de servicios el 7 de mayo de 2015, así como también que esta prestación no es incompatible con la pensión de vejez que Colpensiones le reconoció por haber prestado sus servicios en instituciones privadas. En consecuencia, ordenó a la demandada reconocer y pagar en favor del señor Gabriel Arcángel Alzate Puerta pensión vitalicia de jubilación en cuantía equivalente al 75% del salario mensual promedio devengado en el año anterior a que adquirió el estatus pensional, con inclusión de las primas de navidad, vacaciones, servicios y subsidio de transporte.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁶

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada la apeló, para argüir que la decisión del *a quo* no se ajusta a derecho. Para el efecto, indicó que las normas que consagraron el derecho a la prima de servicios para los servidores públicos del orden nacional, esto es, el Decreto 451 de 1984 al igual que el Decreto 1048 de 1972 excluyen de su aplicación al personal docente de los organismos de la Rama Ejecutiva, y, por ende, tales disposiciones no le son aplicables.

Precisó que el régimen del personal docente es el contenido en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993, 715 de 2001 y el Decreto 1850 de 2002, entre otros aspectos, que contiene mandatos particulares en relación con los horarios y sistema de salud, en razón a las características especiales que tiene el ejercicio docente y que no consagraron la prima de servicios para ese personal.

Más adelante señaló, respecto del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que aquel no creó la prima de servicios para docentes, sino que hizo referencia a aquellos casos en los que previamente había sido otorgada dicha prestación. Seguidamente, explicó que a través de la Ley 6ª de 1945 se crearon las primeras prestaciones sociales tanto para trabajadores estatales como particulares, y que en virtud de ella y el Decreto 1045 de 1978, se podía concluir que: i) los principios laborales rigen tanto para trabajadores privados como servidores públicos y ii) existen unas prestaciones a cargo del empleador y otras de terceros, denominadas comunes y especiales.

Sobre el punto, sostuvo que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación CE-SUJ2 N° 001/16, reiteró que la Ley 91 de 1989, en su artículo 15 no creó ni

⁶ Folios 208-219.

extendió la prima de servicios a favor de este personal, y que la prevista por el Decreto Ley 1042 de 1978 es para los empleados públicos del orden nacional. Bajo esa misma línea argumentativa, se refirió al pronunciamiento que la Corte Constitucional emitió en la sentencia T-1066 de 2012, para precisar que no tuvo el alcance de reconocer el derecho a la prima de servicios, pues se limitó a estudiar la procedencia de tutela contra providencia judicial para afirmar que el Tribunal Administrativo del Quindío impartió una interpretación razonable y motivada en esta materia.

En relación con la incompatibilidad de las prestaciones reconocidas por el FOMAG y por Colpensiones al demandante y sobre la liquidación de la pensión que la sentencia de primera instancia ordenó reconocer, no expuso reparo alguno.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Demandante

Reiteró que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, como quiera que, no solo acreditó los requisitos que para el efecto exige la ley sino porque dicha prestación no es incompatible con la pensión de vejez que Colpensiones le reconoció por haber prestado sus servicios en colegios privados, tal como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, solicitó corregir el error en que incurrió el *a quo* en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, pues su primer apellido es «ALZATE» y no ZALATE».

Demandada

No intervino en esta etapa procesal tal como se advierte en la constancia secretarial que obra en el folio 300 del expediente.

Ministerio público

Vencido el término legal guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico

En atención a los argumentos del recurso de apelación frente a las consideraciones expuestas por el *a quo*, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿El recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, satisfizo las exigencias señaladas en la Ley, para efectos de examinar las consideraciones del *a quo*?

La Subsección adoptará la siguiente tesis: La entidad demandada no satisfizo las exigencias señaladas en la ley, como quiera que no discutió de forma concreta ninguno de los argumentos que llevaron al *a quo* a reconocer la pensión de jubilación en favor del señor Gabriel Arcángel Alzate Puerta.

Incongruencia del recurso de apelación

A fin de resolver este problema jurídico, la Subsección considera importante precisar que el objeto del presente proceso versó sobre la pretensión de nulidad de la Resolución 013979 del 9 de noviembre de 2015⁸, mediante la cual la demandada denegó la pensión de jubilación al señor Gabriel Arcángel Alzate Puerta, al considerar que la prestación solicitada resulta incompatible con la pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones, a través de la Resolución GNR 311653 del 20 de noviembre de 2013⁹, toda vez que: «[...] las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre (Colpensiones), ósea el ISS son incompatibles: [...] b) con las demás pensiones y asignaciones del sector público [...] [en armonía con] [...] lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia [...]».

Mediante sentencia proferida el 26 de octubre de 2017, el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que el hecho de que Colpensiones le hubiera reconocido una pensión no constituye impedimento para que le sea concedida otra a cargo del FOMAG, motivo por el cual, una vez analizó los documentos allegados al plenario, concluyó que el señor Gabriel Arcángel Alzate Puerta acreditó que cumple con las exigencias legales impuestas por la Ley 33 de 1985, en concordancia con la Ley 91 de 1989, la cual debe ser liquidada en el 75% del promedio de lo recibido durante el año anterior a que adquirió el estatus

⁷ «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.(...)»

⁸ Folios 31-32.

⁹ Folios 137-139.

pensional, con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el mismo lapso, tales como asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y subsidio de transporte.

Ahora bien, nótese que el escrito de apelación presentado por el FOMAG no constituye una impugnación, habida cuenta que alude a aspectos que no guardan relación alguna con la sentencia, ni con la demanda. En efecto, se hace alusión al derecho a la prima de servicios para el personal docente, lo cual no concierne al debate jurídico objeto del *sub examine*, pues la decisión de primera instancia analizó la compatibilidad de las pensiones de jubilación y vejez, a cargo del FOMAG y Colpensiones, respectivamente; así como el cumplimiento de los requisitos previstos en el Ley 33 de 1985 para acceder a aquella prestación.

En ese sentido, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido reiterativa en recalcar que en la sustentación de la apelación frente a la providencia de primer grado, al impugnante o recurrente le asiste el deber o carga procesal de señalar las discrepancias que tiene frente a la sentencia que ataca por la vía del recurso de alzada, pues dichas objeciones son las que realmente deben ser analizadas y resueltas en la providencia de segunda instancia.

Así las cosas, debe recordarse que la sustentación del recurso de apelación es el medio procesal previsto por el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para que el recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la sentencia. En efecto, la sustentación del recurso delimita el pronunciamiento de la segunda instancia, tal y como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Es así como las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación demarcan la competencia funcional del juez de segunda instancia, por lo cual, si no existen dichas razones o motivos de discrepancia con la sentencia dictada, el recurso carece de objeto, máxime en el caso en estudio, al apreciarse que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación resultan incongruentes no sólo frente a la sentencia proferida por el *a quo*, sino también respecto de las pretensiones de la demanda.

Sobre la carga procesal de manifestar los motivos de inconformidad frente a la decisión de primera instancia y la relación con el tema de la *litis*, la jurisprudencia ha advertido lo siguiente:

[...] la finalidad del recurso de apelación es que la providencia de primer grado sea revisada por el superior jerárquico del funcionario judicial que la profirió, para que en análisis de su legalidad la confirme, revoque o modifique. De ahí la necesidad de que el recurso de apelación se sustente. La sustentación es la oportunidad o el medio para que la recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la decisión, pero en los aspectos que fundamentaron su posición, como demandante o como demandada, en el debate judicial, y sobre los cuales el *a quo* se pronunció de manera adversa o simplemente no se pronunció. El marco conformado por la sentencia y el recurso de apelación es el parámetro que limita la decisión judicial de segunda

instancia. Como lo señaló la jurisprudencia citada, el superior no tiene la libertad de suponer otros motivos que a su juicio debieron ser invocados en contra de la decisión. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el demandante no controvertió ninguno de los argumentos que motivaron la decisión de primera instancia [...]

En otra oportunidad, sobre la exigencia procesal de congruencia del recurso de alzada con la sentencia dictada en primera instancia y su eficacia procesal, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

Si bien el principio de la doble instancia constituye una garantía constitucional a la luz del artículo 31 de la Carta Política, el acceso a dicha garantía procesal y la efectividad de su ejercicio no opera deliberadamente, por cuanto resulta necesario el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por el Legislador relacionados con su oportunidad y procedencia, los cuales deben ser satisfechos a cabalidad so pena del fracaso del recurso de apelación [...]

En este sentido y de acuerdo a la finalidad de la alzada, es menester que la sustentación se efectúe de la forma adecuada, es decir, que no solamente deben manifestarse los aspectos que se consideran lesivos al derecho o interés en discusión, sino además los motivos de inconformidad en concreto respecto a la decisión del a quo, lo que en suma determinará el objeto de análisis del ad quem y su competencia frente al caso. Lo anterior demanda desde luego un grado de congruencia inequívoco entre el fallo recurrido y la fundamentación u objeto de la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia. [...]

En conclusión, ante la incongruencia de las razones que arguyó el apoderado de la parte demandada dentro del recurso, no puede menos la Sala que señalar que no existe en el presente motivo alguno de inconformidad contra el fallo, lo que impone declarar incólume la sentencia apelada.¹⁰ (Subraya fuera de texto)

Y sobre las finalidades y requisitos del recurso de alzada, el mismo Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

La institución procesal de la impugnación es un instrumento por medio del cual las partes solicitan al superior jerárquico que realice un nuevo examen del acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente, por contener vicios o errores. De acuerdo con la norma en cita, a través del recurso de apelación, una de las partes o ambas, solicitan al superior que examine la decisión dictada en un proceso, expresando sus inconformidades, con la finalidad de que éste analice la decisión de primer grado, y de ser procedente, la modifique o la revoque. El recurso de apelación es el medio o acción que se concede a la persona agraviada o condenada por una resolución judicial, para que acuda a otro tribunal superior, sometándole el conocimiento de la cuestión resuelta; exige que se

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección A, Sentencia 2012-00365/1162-2014 de agosto 3 de 2017, Radicado: 730012331000201200365.01 (1162-2014), Actor: Norma Constanza Villegas Rodríguez, Demandado: Nuevo Hospital La Candelaria de Purificación E.S.E.

expliquen las razones de inconformidad, para establecer si las pruebas y el soporte jurídico han sido correctamente estimados. Esta Sección ha precisado que “la labor de la segunda instancia consiste en verificar, sobre la base de la decisión impugnada, el acierto o el error del a-quo en el juicio realizado, circunscribiéndose a dicho aspecto la competencia. En ese sentido, el apelante debe exponer los argumentos soporte para modificar total o parcialmente la decisión de primera instancia y que, a la vez, sirven de marco para cumplir con la función, que no es oficiosa de decidir la impugnación (negrilla y subraya fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, se advierte que en atención a que la parte demandada no controvirtió en absoluto la sentencia de primera instancia, esta corporación no puede resolver a su favor el recurso, en vista de que los argumentos de la decisión que emitió el fallador de primera instancia ni siquiera fueron objeto de confrontación dentro del recurso de apelación interpuesto.

En consecuencia, un escrito de apelación que no contenga argumentos tendientes a desvirtuar las razones que fundamentan el fallo de primera instancia, impide un reexamen de los mismos de carácter oficioso por parte de la segunda instancia, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley, situación que no ocurre en el presente caso, pues no se configura ningún vicio protuberante que afecte la legalidad de la decisión objeto de apelación y que le imponga a la Sala el deber de pronunciarse de oficio por cuanto, tal como ya se ha dicho, en el *sub lite*, la impugnante se refiere en su recurso a unos fundamentos y consideraciones diferentes de los adoptados por el *a quo* para proceder al reconocimiento pensional.

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 requiere un grado de congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación u objeto de la apelación, fuera de lo cual, se estaría ante una trasgresión al debate jurídico y probatorio que fundamentó la decisión del juez de primera instancia, así como la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia.

Bajo las anteriores reflexiones, observa la Subsección que el recurso de apelación formulado por la entidad demandada se encuentra totalmente alejado de las consideraciones o motivos en que se basó el Tribunal para acceder a las súplicas de la demanda. En efecto, aquel no hace mención alguna de los puntos expuestos en la sentencia de primera instancia, respecto a las razones por las cuales son compatibles las pensiones a cargo del FOMAG y de Colpensiones, o de los términos en los cuales se ordenó su liquidación.

Por lo anterior, debe concluirse que la apelación no guarda la congruencia exigida con lo analizado y decidido en la sentencia apelada, de modo que si bien el recurso fue interpuesto de manera oportuna, por lo cual se dio el impulso procesal correspondiente, el escrito no satisfizo la finalidad sustancial del mismo y en estas

condiciones, la Sala carece de elementos que le permitan revisar la decisión que se apela, pues no cuenta con los argumentos del recurrente tendientes a rebatir el análisis que el Tribunal expuso en su sentencia frente al examen probatorio realizado o el criterio jurídico adoptado.

Así las cosas, no es dable al juez asumir cargas que corresponden a las partes procesales, ello desvirtuaría su papel imparcial en el juicio, esto es, en el evento en que una de las partes está inconforme con la sentencia, es su responsabilidad atacar la decisión poniendo en conocimiento, tanto del juez como de la parte favorecida con la sentencia, las razones que en su criterio, dejan sin fundamento la providencia judicial, de manera que la parte no recurrente pueda exponer, en ejercicio de su derecho de defensa, las razones por las cuales considera que la decisión merece ser confirmada.

En conclusión: El recurso de apelación presentado por la parte demandada no guarda congruencia con lo decidido en la sentencia apelada, por tal razón y al no encontrar motivo alguno de inconformidad contra el fallo, debe declararse incólume la sentencia del Tribunal que accedió las súplicas de la demanda, pues no es posible analizar ni los argumentos, ni las decisiones en ella adoptadas.

Ahora bien, teniendo en consideración que el *a quo* en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia incurrió en un cambio de palabras en el apellido del demandante, la Subsección en aplicación del artículo 286 del CGP¹¹ ordenará su corrección.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto, la Sala considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 26 de octubre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

Así mismo, y dado el error en que incurrió el Tribunal en la parte resolutive de la providencia impugnada, esta Sala ordenará corregir los numerales primero y segundo, en el sentido de indicar que el nombre del demandante es Gabriel Arcángel Álzate Puerta.

Renuncia al poder

Acéptese la renuncia presentada por la abogada Silvia Margarita Rúgeles Rodríguez identificada con cc núm. 63.360.082 y T. P. núm. 87982 del C. S. de la J., a folio 303, al poder conferido por la Nación, Ministerio de Educación, Fondo

¹¹ «**Artículo 286. Corrección de errores aritméticos y otros.** Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella»

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, comoquiera que se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 76, inciso 4.º, del Código General del Proceso.

Condena en costas

Esta Subsección, en providencias del 7 de abril de 2016¹², sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA– a uno «objetivo valorativo» –CPACA–.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal [Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura].

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas [incluidas las agencias en derecho], la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, en la medida en que, conforme el ordinal 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, resultó

¹² Ver sentencias proferidas dentro de los números internos: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

vencida en el proceso y estas se causaron por la actuación procesal de su contraparte a través de apoderado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A,

FALLA

Primero: Confírmese la sentencia de primera instancia proferida el 26 de octubre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento promovió el señor Gabriel Arcángel Alzate Puerta.

Segundo: Corríjense los numerales primero y segundo de la providencia impugnada, en el sentido de indicar que el nombre correcto del demandante es Gabriel Arcángel Álzate Puerta.

Tercero: Condénese en costas de segunda instancia a la parte demandada en favor del demandante, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Cuarto: Acéptese la renuncia presentada por la abogada Silvia Margarita Rúgeles Rodríguez, quien actuaba en representación de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ