

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., 29 de agosto de 2018

SE. 098



Radicado: 190013331000201100336 01 (3980-2017)

Actor: Olga Leonor Martínez

Demandado: Departamento del Cauca y otros
Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho,
Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Subsección conoce el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia proferida el 1.º de junio de 2017 por el Tribunal Administrativo del Cauca, Sala de Decisión 1, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado judicial, la señora Olga Leonor Martínez presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento del Cauca; el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la señora Blanca Irma Martínez¹.

Pretensiones

1. Solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:
 - 1.1. Oficio FPSM-RC-3300 del 4 de agosto de 2010, por medio del cual se le negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Pablo Martínez Ramírez Meléndez.
 - 1.2. Resolución 711 del 28 de marzo de 2008, mediante la cual le fue reconocida a la señora Blanca Irma Méndez Arcos la sustitución de

¹ Ff. 48-57.

la pensión de que disfrutaba en vida el señor Pablo Martínez Ramírez Meléndez.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene al Departamento del Cauca y/o al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes, prestación que deprecó con retroactividad al 12 de julio de 2007 con los respectivos ajustes e indexación.

3. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos

En resumen, los siguientes son los supuestos fácticos de las pretensiones:

1. A través de la Resolución 709 del 2 de septiembre de 1994, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación al señor Pablo Enrique Ramírez Meléndez a partir del 11 de noviembre de 1991.

2. El señor Pablo Enrique Ramírez Meléndez murió el 18 de septiembre de 2006.

3. La pensión de jubilación de que era titular el finado le fue sustituida a la señora Blanca Irma Méndez Arcos por medio de la Resolución 711 del 28 de marzo de 2002.

4. El 10 de noviembre de 1980, la señora Olga Leonor Martínez contrajo matrimonio con el señor Pablo Enrique Ramírez Meléndez en la ciudad de Tulcán, provincia del Carchi, en la República de Ecuador. Desde entonces, convivieron de manera estable y permanente.

5. Mediante Oficio FPSM-RC-3300 del 4 de agosto de 2010, se le negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Pablo Martínez Ramírez Meléndez.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 42, 43, 46 y 48 de la Constitución Política; el 1 de la Ley 33 de 1973; el 3 de la Ley 71 de 1988; el 1 de la Ley 113 de 1985; así como el 1 y 2 del Decreto 680 de 1974.

La demandante adujo que los actos acusados quebrantan la filosofía general del Estado Social y Democrático de Derecho, en virtud de la cual es preciso construir un orden político, económico y social justo, que se funde en el respeto por la

dignidad humana y la seguridad social, siendo el derecho a la pensión una de sus principales expresiones.

Seguidamente, sostuvo que era obligación de las entidades demandadas realizar un estudio de fondo de la solicitud de reconocimiento de sustitución pensional que elevó, siendo inadmisibles que aquellas se limitaran a responder que la prestación ya había sido sustituida a otra persona y que, en caso de considerar que se configuraba un posible fraude pensional, tenía la posibilidad de denunciarlo.

De otro lado, sostuvo que debía tenerse en consideración que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el régimen pensional contenido en esta no resultaba aplicable a los afiliados al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio. Por tal motivo, consideró que el reconocimiento pensional a su favor habría de efectuarse con apoyo en la Ley 71 de 1988, artículo 3, y por disposición de esta última en las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975 y 113 de 1985.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Departamento del Cauca²

El Departamento del Cauca se opuso a todas las pretensiones de la demanda para lo cual señaló en su defensa que es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien corresponde efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado, fondo cuyos recursos son manejados por la Fiduciaria La Previsora S.A.

En armonía con ello, precisó que según las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 su función dentro del trámite de reconocimiento prestacional se limitaba a suscribir, a través de la Secretaría de Educación, los actos administrativos por medio de los cuales se resuelvan las solicitudes que presentadas en tal sentido, previa decisión tomada por la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de dicho fondo.

Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³

La entidad se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda. Con tal fin, explicó que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran sometidos a un régimen excepcional en

² Ff. 100-103.

³ Ff. 164-165.

virtud del cual les es aplicable la Ley 91 de 1989, el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 1160 de 1989. Con apoyo en tales normas, afirmó de manera general que no debían estimarse las pretensiones de la demanda puesto que no se daban los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Finalmente, formuló las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva. Adujo que la llamada a resistir las pretensiones de la demanda era la entidad territorial ya que el acto administrativo que resuelve la petición contiene la voluntad de la respectiva Secretaría de Educación y no la del Ministerio.
- Indebida presentación de la demanda. Al respecto, reiteró que el reconocimiento de la pensión pretendida era del resorte de la entidad territorial en la que el docente se desempeñó.
- Prescripción. Sostuvo que ante un eventual reconocimiento prestacional, debía estudiarse si respecto de las mesadas pensionales operó el fenómeno de la prescripción trienal, teniendo como referente la fecha en que se efectuó la solicitud.
- Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley. Al respecto, indicó que el no reconocimiento de la prestación se había fundado en el ordenamiento jurídico existente, de manera que sin el cumplimiento de los requisitos legales resultaba inviable acceder a las pretensiones de nulidad de los actos acusados.

Blanca Irma Martínez⁴

La curadora *ad litem* que actúa en representación de la citada, presentó escrito de contestación de la demanda en el que manifestó no oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda siempre y cuando se logren acreditar los hechos en que esta se funda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

- Demandante⁵

En punto a la legitimación en la causa por pasiva, señaló que correspondía al Departamento del Cauca toda vez que dicha entidad territorial tenía a su cargo el manejo del régimen de personal y administrativo del sector educativo. Explicó que la jurisprudencia en que se sostuviera una posición contraria no podría aplicarse retroactivamente al caso en cuestión.

⁴ Ff. 224-225.

⁵ Ff. 134-136.

En cuanto a la convivencia, señaló que a través de los diferentes medios de prueba, se había acreditado suficientemente no solo el matrimonio entre la actora y el causante sino también la convivencia, el apoyo y la solidaridad incondicional que ambos se predicaban incluso desde que eran novios.

- Departamento del Cauca⁶

Sus alegaciones de conclusión se enfocaron en reiterar y ahondar en la falta de legitimación material en la causa por pasiva como quiera que el reconocimiento prestacional pretendido corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

MINISTERIO PÚBLICO

Se abstuvo de emitir concepto en esta instancia.

SENTENCIA APELADA⁷

Mediante sentencia del 1.º de junio de 2017, el Tribunal Administrativo del Cauca, Sala de Decisión 1, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones.

Tras realizar un estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concluyó que en el caso de la sustitución pensional y de la pensión de sobrevivientes, las normas llamadas a aplicarse son las del sistema general de pensiones contenidas en el Decreto 3135 de 1968 y en la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, adujo que en punto a la sustitución pensional, la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo ha adoptado un criterio material, por cuya virtud el reconocimiento prestacional debe atender la situación afectiva y de convivencia que tenía el finado al momento de su deceso en relación con su cónyuge y/o compañera permanente.

Establecido lo anterior, descendió al estudio del caso concreto para señalar que en virtud de la fecha de fallecimiento del señor Pablo Enrique Ramírez, la norma aplicable era la Ley 100 de 1993 con la modificación que introdujo la Ley 797 de 2003. Asimismo, sostuvo que aunque el matrimonio que se habría celebrado en el extranjero entre la demandante y el finado no se registró debidamente ante las autoridades colombianas, se encontró probada la relación permanente de apoyo, amor y colaboración que existió entre aquellos desde 1980 hasta 2006, lo que resulta suficiente para predicar el derecho de la señora Olga Leonor Martínez a

⁶ Ff. 123-129.

⁷ Ff. 226-239.

percibir, por sustitución, la pensión que recibía el causante. Ello, sin desconocer que la titularidad de dicha prestación se encuentra en cabeza de la señora Blanca Meléndez Arcos, por lo que el derecho de esta debe reducirse a la mitad para que cada una perciba el 50% del valor de la mesada.

En consecuencia, declaró la nulidad del Oficio FPSM – RC 3300 del 4 de agosto de 2010 y ordenó reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes que en vida percibía el señor Pablo Enrique Ramírez Meléndez a partir del 12 de julio de 2007, en un porcentaje del 50% en caso de estar siendo devengada por la señora Blanca Irma Méndez Arcos, y en caso contrario, en un 100%.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, consideró que correspondía al Ministerio de Educación Nacional toda vez que el Departamento del Cauca solo actúa en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁸

Inconforme con la decisión, el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interpuso recurso de alzada, el cual sustentó en los siguientes argumentos:

Comenzó por señalar que la consolidación de todo derecho pensional supone el cumplimiento de los requisitos legales que permiten su exigibilidad. Adujo que el caso concreto no se rige por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 como quiera que se trata de un docente nacionalizado, afiliado al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, al que por ende se le debe aplicar la Ley 91 de 1969 y los Decretos 1848 de 1969 y 1160 de 1989.

Seguidamente, la alzada se fundó en los siguientes argumentos que por su relevancia para la decisión a tomar se transcriben *in extenso*:

[...] Tampoco puede ser de recibo la solicitud de la demandante en la aplicación del principio de favorabilidad, pues no puede invocarse tal principio para obtener la aplicación de un ordenamiento jurídico diferente al que rige en este caso, y menos aún solicitar la aplicabilidad de un régimen que expresamente excluye a la causante.

Por lo tanto las pretensiones deben ser desestimadas pues es claro que no se cumplen con los presupuestos requeridos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de su progenitora y ante tal situación la demandada está legalmente imposibilitada para reconocer la prestación. Se reitera que el régimen general de pensiones invocadas (sic) por la demandante no son aplicables al caso concreto, pues debe tenerse en cuenta que la docente fallecida pertenece a un régimen de excepción.

Con lo anterior, se demuestra que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia vigente no hay lugar a la declaratoria de la nulidad del acto, pues legalmente no tiene derecho a ella.

⁸ Ff. 242-243.

La Ley 91 de 1989, establece en el párrafo del artículo 1° que se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad, de igual manera el artículo 2° del Decreto 3752 de 2003, señala: "Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad". De otra parte el artículo 3° del decreto 3752 de 2003, indica que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes del docente. El párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. La citada norma establece una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales se les continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma, adicionalmente, La (sic) Ley 33 de 1985, derogó los artículos 27 y 20 del Decreto 3136 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias [...]

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Demandante**

Se abstuvo de hacer uso de esta oportunidad procesal.

- **Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio⁹**

Reprodujo los argumentos que expuso en el recurso de apelación.

- **Departamento del Cauca**

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia.

- **Blanca Irma Méndez Arcos**

Tampoco hizo uso de esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹⁰

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, al encontrar que el recurso de apelación instaurado por el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resulta incongruente a todas luces puesto

⁹ Ff. 259-260.

¹⁰ Ff. 262-268.

que no ataca en forma alguna los razonamientos que dieron paso a que se concedieran las pretensiones.

Por tal motivo, consideró que por más que se pretendiera ahondar en las garantías del impugnante, en este caso se desatendió gravemente el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, lo que además de impedir el estudio del caso, debe dar paso a compulsar copias a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Seccional Valle, para que se investigue al abogado que representó a dicha entidad.

CONSIDERACIONES

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*?

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 los actos administrativos contenidos en:

- El Oficio FPMS-RC 3300 del 4 de agosto de 2010¹¹, por medio del cual se le negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Pablo Martínez Ramírez Meléndez al considerar que «[...] desde el año 2008, se sustituyó la pensión que en vida disfrutó el señor PABLO ENRIQUE RAMIREZ MELENDEZ, a la señora BLANCA IRMA MENDEZ ARCOS, por lo cual y en el evento de usted creer tener mejor derecho que a quien actualmente se le sustituyó la pensión, debe acudir a la justicia ordinaria, para que dirima el conflicto [...]».
- La Resolución 711 del 28 de marzo de 2008, mediante la cual le fue reconocida a la señora Blanca Irma Méndez Arcos la sustitución de la pensión de que disfrutaba en vida el señor Pablo Martínez Ramírez Meléndez.

Mediante sentencia proferida el 1.º de junio de 2017, el *a quo* declaró la nulidad del primero de ellos y condenó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes que en vida percibía el causante a partir

¹¹ F. 2.

del 12 de julio de 2007, en un porcentaje del 50% en caso de estar siendo devengada por la señora Blanca Irma Méndez Arcos, y en caso contrario, en un 100%.

Ahora bien, nótese que la apelación que presentó la entidad condenada no constituye una impugnación en razón a que el escrito carece de argumentos tendientes a desvirtuar los motivos por los cuales debería reconocérsele a la actora la sustitución pensional. Por el contrario, no hace falta incurrir en grandes esfuerzos para concluir que el recurso de alzada se estructuró sobre la base de una controversia ajena a la que se discute en el presente proceso, como se observa cuando aduce que «[...] las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas pues es claro que no se cumplen con los presupuestos requeridos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de su progenitora y ante tal situación la demandada está legalmente imposibilitada para reconocer la prestación. Se reitera que el régimen general de pensiones invocadas (sic) por la demandante no son aplicables al caso concreto, pues debe tenerse en cuenta que la docente fallecida pertenece a un régimen de excepción [...]».

Aunado a lo anterior, el recurso de alzada se extiende a analizar los requisitos legales para la consolidación del derecho pensional sin embargo no solo no concreta tales argumentos al caso objeto de estudio sino que además pasa por alto que en el *dossier* la causación del derecho no es objeto de discusión, pues la entidad ya había reconocido la sustitución de la pensión en favor de la señora Blanca Irma Méndez Arcos, como sí lo es la titularidad del derecho o la calidad de beneficiario respecto de aquella.

En ese sentido, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo 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 212 del Código Contencioso Administrativo (reformado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010) 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 357 del Código de Procedimiento Civil, actualmente 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código 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 dichos 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 la apelación resultan incongruentes frente a la

sentencia proferida por el *a quo*, ya que discute situaciones por las cuales no fue condenada la entidad.

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 siguiente¹²:

[...] Según el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, 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 [...] ¹³ (Negrilla fuera de texto)

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

[...] Esta Sala con ponencia de este Despacho¹⁴ sostuvo la siguiente tesis, que es aplicable al sub iudice:

“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, requisitos que dentro del Procedimiento Contencioso Administrativo quedaron consignados dentro de los artículos 181 y 212 del C.C.A.

Pero no sólo resulta necesario que el recurso de apelación se ejerza dentro de la oportunidad procesal pertinente sino que se encuentre debidamente sustentado, pues ello determina la eficacia del mismo, delimitando además el alcance del poder decisorio del juez de segunda instancia, que se circunscribe a los puntos contenidos dentro del mismo.

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

¹² Sobre la finalidad del recurso de apelación ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 18 de marzo de 2001, Radicado: 13683 y 25 de septiembre de 2006, Radicado: 14968.

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias del 4 de marzo de 2010, Radicado: 25000-23-27-000-1999-00875-01 (15328).

¹⁴ Número interno: 1645-08 Actor: Gladys Stella Hernández Acevedo.

la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia. [...]

Lo anterior, sin duda alguna hace que el recurso carezca de fundamento jurídico para ser analizado por la Sala, en ausencia de un punto real de controversia respecto del fallo del a quo.

Aunque la parte demandada cumplió con el requisito procesal ordenado en el artículo 212 del C.C.A., por lo cual se le dio el impulso procesal correspondiente al recurso, **el escrito no satisfizo la finalidad sustancial del mismo y en estas condiciones, carece la Sala 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.**

En este sentido, no es dable al juez asumir cargas que corresponden a las partes procesales, ello desvirtuaría su papel imparcial en el juicio. Si una de las partes está inconforme con la sentencia, es su responsabilidad atacar la decisión poniendo a disposición, tanto del juez como de la parte favorecida con la sentencia, las razones que en su criterio, dejan sin fundamento la providencia judicial". [...]

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 [...]¹⁵ (Negrilla y subraya fuera de texto)

Y sobre las finalidades y requisitos del recurso de alzada, se señaló 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, sometiéndole el conocimiento de la cuestión resuelta; **exige que se 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 [...]**¹⁶ (negrilla y subraya fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, se advierte que como la parte demandada no contravirtió en absoluto la sentencia de primera instancia esta Subsección no puede resolver a su favor las pretensiones del recurso, en vista de que los argumentos de la decisión que emitió el *a quo* ni siquiera fueron objeto de confrontación dentro del recurso de apelación interpuesto.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2011, Radicado: 13001-23-31-000-2004-00202-02 (0417-10).

¹⁶ Consejo De Estado, Sección Cuarta, sentencia del 13 de septiembre de 2012, radicación número: 25000-23-27-000-2006-00825-01 (17343), Actor: Comercializadora Colombiana de Carbón COLCARBON S.A. C.I. Demandado: Municipio de Cucunubá.

Esta posición fue asumida también en la reciente providencia ya citada¹⁷, en la cual se señaló que un escrito de apelación que no contenga argumentos que tiendan a desvirtuar las razones que fundamentan el fallo de primera instancia, impiden un reexamen de los mismos de carácter oficioso por parte de la segunda instancia, por cuanto, tal como ya se ha dicho, en el *sub lite* la impugnante se refiere en su recurso a unos fundamentos y consideraciones por la cuales no fue condenada.

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.

Bajo las anteriores reflexiones, observa la Subsección que el recurso de apelación formulado por la parte demandada se encuentra alejado de las consideraciones o motivos en que se basó el Tribunal para acceder a las súplicas de la demanda, sin mencionar siquiera alguno de los puntos de la sentencia de primera instancia referidos al reconocimiento de la prestación pensional. Así, concluye la Subsección que la apelación no guarda la congruencia exigida con lo analizado y decidido en la sentencia apelada.

En efecto, aunque la parte demandada cumplió con el requisito ordenado en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual se dio el impulso procesal correspondiente al recurso, 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 pues ello desvirtuaría su papel imparcial en el juicio. Si una de ellas está inconforme con la sentencia, es su responsabilidad atacar la decisión poniendo a disposición, tanto del juez como de la parte favorecida con la decisión, 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, los motivos por los cuales considera que la decisión merece ser confirmada.

Establecido lo anterior, la Sala considera de recibo la petición elevada por el Ministerio Público para poner en conocimiento del Consejo Superior de la

¹⁷ Radicado. 2004-90693.

Judicatura las actuaciones adelantadas dentro del presente proceso a efectos de que se investigue disciplinariamente al abogado de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En conclusión

El recurso de apelación presentado por el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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.

Decisión de segunda instancia

Conforme lo expuesto, confirmar la sentencia proferida el 1.º de junio de 2017 por el Tribunal Administrativo del Cauca, Sala de Decisión 1, dentro del proceso promovido por Olga Leonor Martínez contra el Departamento del Cauca.

De otro lado, se ordenará remitir copia del expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que, en ejercicio de sus competencias, investigue si la labor de representación judicial de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, que adelantó el abogado Juan David Uribe Restrepo, identificado con la cédula de ciudadanía 1.130.668.110, portador de la tarjeta profesional 204.176 del C. S. de la J., puede dar lugar a la configuración de responsabilidad disciplinaria.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, Sala de Decisión 1, el 1.º de junio de 2017, en el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Olga Leonor Martínez contra el Departamento del Cauca y otros, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Segundo: Por Secretaría, remítase una copia del expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que, en ejercicio de sus competencias, investigue si la labor de representación judicial de la Nación, Ministerio de Educación Nacional que adelantó el abogado Juan David Uribe Restrepo, identificado con la cédula de ciudadanía 1.130.668.110, portador de la tarjeta profesional 204.176 del C. S. de la J., puede dar lugar a la configuración de responsabilidad disciplinaria.

Tercero: 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