



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**  
**SUBSECCION "B"**

**CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil trece (2013)

**REF: EXPEDIENTE No. 250002325000201200195 01.**

**No. INTERNO: 0712-2013.**

**AUTORIDADES NACIONALES.**

**ACTOR: HOMERO GERMÁN CHÁVES ROSERO.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 23 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", que declaró no probadas las excepciones y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por el señor Homero Germán Cháves Rosero contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**LA DEMANDA**

Mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., el demandante pretende la nulidad del Oficio No. S-2011-063839 del 28 de abril de 2011, por medio del cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta la totalidad de



REF. EXPEDIENTE No. 250002325000201200195 01.  
No. INTERNO: 0712-2013.  
AUTORIDADES NACIONALES.  
ACTOR HOMERO GERMAN CHAVES ROSERO  
HOJA No. 2.

los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la parte demandada reliquidarle su pensión de jubilación en un 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de adquirir su status de pensionado, o del retiro si es del caso, respetando los ya reconocidos; pagarle las diferencias que resulten entre lo que se le ha venido reconociendo y lo que se ordene en la sentencia; actualizar las sumas que resulten como condena atendiendo lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.; dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 ibídem, so pena de pagar a su favor los intereses moratorios de que trata el artículo 177 ibídem; y condenar en costas a la parte accionada conforme lo establece el artículo 55 de la Ley 442 de 1998.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

Al demandante por cumplir más de 20 años como docente del Distrito Capital de Bogotá, le fue reconocida por parte de la Secretaría de Educación Distrital mediante la Resolución No. 03020 de 4 de septiembre de 1995, pensión vitalicia de jubilación. Empero, en el monto de la prestación no se incluyeron la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su status pensional.

En ejercicio del derecho fundamental de petición, el accionante solicitó en dos ocasiones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante



el año anterior a la fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

La Oficina Nacional de Prestaciones Sociales de Bogotá D.C. del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la anterior solicitud mediante el Oficio No. S-2011-063839 de 28 de abril de 2011, argumentando que el monto de la pensión reconocido al demandante por medio de la Resolución No. 03020 de 4 de septiembre de 1995, se ajusta al ordenamiento jurídico.

Sobre el Oficio demandado no opera la caducidad de la acción por cuanto la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que los actos administrativos que versen sobre prestaciones periódicas pueden ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo establece el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

La parte demandada debió liquidar la mesada pensional del accionante de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 4ª de 1966 y el Decreto 1045 de 1978, pues la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente No. 0112-2009, así lo estipuló.

### **NORMAS VIOLADAS**

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 2º, 4º, 13, 25, 48, 53 inciso 3º, y 58; Ley 57 de 1887, artículo 5º; Ley 6ª de 1945; Ley 54 de 1962; Ley 4ª de 1966, artículo 4º; Ley 5ª de 1969; Ley 4ª de 1992, artículo 2º literal b); Ley 812



REF. EXPEDIENTE No. 250002325006201200195-01.  
No. INTERNO: 0712-2012.  
AUTORIDADES NACIONALES.  
ACTOR: HOMERO GERMAN CHAVEZ ROSERO.  
FOJA No. 4.

de 2003, artículo 31 numeral 4º; Decreto Reglamentario 1743 de 1966, artículo 5º; Decreto 1042 de 1973, artículo 42; Convenio 95 de la OIT; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandada, contestó la demanda dentro del término legal oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, caducidad de la acción, inexistencia de la obligación y prescripción, para lo cual empleó los siguientes argumentos: (fs: 40-54).

La entidad demandada no es la llamada a responder por la expedición del Oficio materia de controversia, pues quien profiere los actos administrativos mediante los cuales se reconoce o niegan prestaciones a los docentes son las Secretarías de Educación de los entes territoriales donde prestan sus servicios educativos, tal como lo dispone el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y demás normas concordantes.

Por lo anterior, es procedente declarar las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido, pues la entidad llamada a responder en este asunto es la Secretaría de Educación de Bogotá, ya que fue quien profirió el acto administrativo demandado.

La excepción de inepta demanda por falta de los requisitos formales se configura en el presente asunto, en razón a que no se agotó la conciliación de que trata el artículo 13 de la Ley 1265 de 2009, antes de



incoar la demanda Contenciosa Administrativa, diligencia que resulta obligatoria pues el legislador no diferenció entre derechos renunciables e irrenunciables al momento de proferir la norma.

Por otra parte, el demandante no interpuso la demanda dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto administrativo demandado, con lo que incumplió el mandato del artículo 136, numeral 2º del C.C.A., generando con ello que se configure la excepción de caducidad de la acción. Es de resaltar que la regla contenida en dicha norma, mediante la cual se establece que los actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas pueden ser demandados en cualquier tiempo, no es aplicable en el presente asunto, pues la decisión administrativa cuestionada negó la reliquidación pensional del actor.

Las mesadas pensionales comprendidas entre la fecha de reconocimiento de la prestación y los tres (3) años anteriores a la presentación de la demanda Contenciosa Administrativa que nos ocupa, prescribieron, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

El artículo 211 de la Constitución Política y la Ley 469 de 1998, artículo 9º, establecen que la delegación administrativa exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatorio. En razón a que el Ministerio de Educación Nacional perdió la potestad de ser nominador de los docentes en virtud de la Ley 60 de 1993, la cual se encuentra en cabeza de los Departamentos, Distritos y Municipios certificados tal como lo establece la Ley 715 de 2001, no está llamado a responder dentro de la presente controversia.

El Gobierno Nacional suscribió un contrato de fiducia con la Fiduprevisora S.A., mediante el cual se estableció que los recursos del



REF: EXPEDIENTE No. 2500023250002011-0195-01  
R.L. INTERNO: 0052-2013  
AUTORIDADES NACIONALES  
ACTOR: HOMERO GILMAN CHAVES ROSSO C.  
FOJA No. 5

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son administrados por dicha entidad, quien entre otras funciones, debe revisar los actos administrativos mediante los cuales las Secretarías de Educación de los entes territoriales reconozcan prestaciones a los docentes afiliados al Magisterio.

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional no es competente para reliquidar la pensión de jubilación del demandante ya que las encargadas de ello son las Secretarías de Educación del ente territorial donde el docente prestó sus servicios, y eventualmente la Fiduprevisora S.A., por ser la encargada de aprobar el reconocimiento pensional de los educadores.

### LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante sentencia de 23 de agosto de 2012, declaró no probadas las excepciones y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos: (fs: 04-110).

La conciliación prejudicial de que trata el artículo 13 de la Ley 1295 de 2009, debe ser agotada antes de incoar las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. Empero, dicha diligencia únicamente resulta obligatoria cuando el asunto en controversia tenga el carácter de conciliable. El Consejo de Estado al respecto afirmó en la sentencia de 11 de marzo de 2010, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 1503-09, que los derechos pensionales no son conciliables por cuanto son irrenunciables, motivo por el cual en este caso concreto, no debió agotarse la conciliación como requisito de



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000201200195 01.  
No. INTERNO: 0712-2013.  
AUTORIDADES NACIONALES.  
ACTOR: HOMERO GERMAN CHÁVES ROSERO.  
HOJA No. 7.

procedibilidad, ya que la controversia gira en torno al reconocimiento de un derecho intransigible, como lo es la reliquidación de la mesada pensional del demandante.

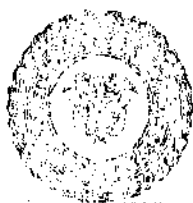
La excepción de caducidad no está llamada a prosperar ya que la Jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, ha establecido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta contra actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas, pueden ser demandados en cualquier tiempo tal como lo dispone el artículo 136 del C.C.A.

Ahora bien, para decidir sobre la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, es necesario indicar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, con patrimonio propio, sin personería jurídica, siendo el encargado de atender los asuntos previsionales de los docentes a través del Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 91 de 1989.

La Ley 962 de 2005 dispuso en su artículo 56 que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoce las prestaciones de los docentes a través de un acto administrativo proferido por las Secretarías de Educación del ente territorial en el que haya estado vinculado el educador, previa aprobación de la entidad que administre los recursos del fondo; disposición que fue reproducida en el Decreto 2831 de 2005.

Las Secretarías de Educación territorial son las que expiden los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones de los docentes

<sup>1</sup> Sentencia de 2 de octubre de 2008, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente No. 0363-08.



REF: EXPEDIENTE N.º 250002325000201200195 01.  
N.º INTERNO 0712-2013  
AUTORIDADES NACIONALES.  
ACTOR: HOMERO GERMÁN CHÁVES ROSEÑO.  
HOJA N.º 8.

en virtud de la delegación de funciones. Sin embargo, quien debe responder por las controversias que de ellos se originen es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende el Ministerio de Educación Nacional, por cuanto así lo dispuso el ordenamiento jurídico al darles la calidad de delegantes, motivo por el cual no se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Entrando al fondo de la controversia, es menester advertir que los Decretos Nos. 3135 de 1968 y 2277 de 1979, mediante los cuales se reguló las condiciones de ingreso, ascenso y retiro de los docentes en los diferentes niveles territoriales, fueron derogados por la Ley 33 de 1985, que era aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, la cual estableció como requisitos para acceder a la pensión de jubilación contar con 20 años de servicios y 55 años de edad.

La Ley 91 de 1993 dispuso que los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantenían el régimen pensional del cual venían disfrutando en cada ente territorial.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Posteriormente con la exposición de las Leyes 115 de 1994 y 312 de 2003, se estableció que a los educadores les serían reconocidas sus pensiones de jubilación atendiendo las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1953, las cuales no consagran un régimen especial de pensiones para ellos.

Del anterior recuento normativo se establece que la Ley 33 de 1985 es aplicable a todos los funcionarios públicos que efectuaron sus aportes a pensión por más de 20 años al Instituto de Seguros





Sociales o a otras entidades de previsión social, como lo es el caso del demandante.

Visto ello, la mesada pensional del accionante se debe calcular teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante el año anterior a la adquisición de su status pensional, teniendo en cuenta todos los factores salariales por él percibidos como contraprestación de sus servicios, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010. M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente No. 0112-09.

Por lo anterior, la pensión de jubilación del demandante debe ser liquidada atendiendo los anteriores criterios. Sin embargo, las mesadas pensionales causadas antes del 19 de marzo de 2008 se encuentran prescritas, en virtud de la prescripción trienal de que trata los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respectivamente, ya que el derecho a percibir la prestación se hizo efectivo el 25 de agosto de 1994, y la petición de reliquidación fue presentada ante la parte demandada el 19 de marzo de 2011.

### EL RECURSO

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, cuya sustentación corre de folios 116 117 del expediente.

El Ministerio de Educación Nacional no fue la entidad que profirió el acto administrativo demandado, pues en virtud de la descentralización del sector educativo de que trata la Ley 60 de



REF. EXPEDIENTE No. 250002325000201200195 01.  
 No. INTERNO: 01120013  
 AUTORIDADES NACIONALES  
 ACTOR: HOMERO GERMAN CHAVES ROSERO.  
 HOJA No. 10

1993, perdió la facultad de ser nominador de los docentes, prerrogativa que se encuentran en cabeza de las entidades territoriales por mandato de la Ley 715 de 2011.

La Ley 60 de 1993 estableció que las Secretarías de Educación de los Departamentos, Distritos y Municipios, son las encargadas de adelantar los trámites de asuntos prestacionales de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Decreto 2831 de 2005 estableció el procedimiento que se debe adelantar para el reconocimiento de la pensión de dichos educadores, el cual inicia con la solicitud presentada por el docente ante la Secretaría de Educación de la entidad territorial donde preste sus servicios, quien elabora un proyecto de acto administrativo el cual debe ser enviado a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo para su aprobación. Una vez aprobado dicho proyecto, al Secretario (a) de Educación deberá suscribirlo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad encargada de reconocer o reliquidar las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son las Secretarías de Educación, ya que son quienes profieren los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional de los educadores.

El Consejo de Estado en la sentencia de 26 de marzo de 2009, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 2000-05, sostuvo que los entes territoriales gozan de personería jurídica para comparecer en los procesos contenciosos administrativos



donde se encuentren en controversia prestaciones de los docentes vinculados a su planta de personal, ya que son sus nominadores.

El Ministerio de Educación Nacional, no le asiste responsabilidad para reconocer la prestación pretendida por el demandante, pues tal como se advirtió anteriormente, esta es una obligación de la Secretaría de Educación del ente territorial donde estuvo vinculado como docente.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

#### **Problema jurídico**

Consiste en determinar si las entidades demandadas son competentes para reliquidar la pensión de jubilación del demandante, quien por prestar sus servicios por más de 20 años como docente le fue reconocida la prestación a través de la Resolución No. 008020 de 4 de septiembre de 1995.

#### **Acto Acusado**

Oficio No. S-2011-063839 de 28 de abril de 2011, por medio del cual la Oficina de Prestaciones Sociales de Bogotá del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la petición de reliquidación de la mesada pensional del actor incluyendo todos los factores salariales que devengó durante el año anterior a la



REF. EXPEDIENTE No. 250002325000201200195-01.  
 No. INTERNO: 07-2-2012.  
 AUTORIDADES NACIONALES.  
 ACTOR: HOMERO GERMAN CHAVES ROCEÑO.  
 HOJA No. 12.

adquisición del status pensional, argumentando que si bien le es aplicable la Ley 33 de 1985, su artículo 3º no establece la prima de navidad, de dedicación y especial como factores que se deban tener en cuenta para determinar el monto de la prestación (fls: 7-9).

### De lo probado en el proceso

El Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio a través de la Resolución No. 008020 de 4 de septiembre de 1995, le reconoció al demandante la pensión de jubilación por cumplir los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, determinando como monto de la prestación el *"75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios en la fecha que adquirió el status pensional"*, teniendo en cuenta únicamente los siguiente factores salariales: sueldo, horas extras, y las primas de clima y alimentación. (fls: 2-3).

El subsecretario Administrativo de la Secretaría Distrital de Bogotá, mediante la Resolución No. 0736 de 17 de agosto de 2004 retiró del servicio al actor por cumplir la edad de retiro forzoso (fls: 19-20).

A través de la Resolución No. 00500 de 11 de marzo de 2005, la Oficina Regional de Prestaciones Sociales de Bogotá D.C. del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó una solicitud de reliquidación de la mesada pensional del accionante presentada el 10 de noviembre de 2004 (fls: 14-15).



El 19 de abril de 2011 el actor presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, un derecho de petición mediante el cual solicitó la reliquidación de su mesada pensional incluyendo todos los factores salariales devengados dentro del año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional, para lo que citó la sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente No. 0112-2009, mediante la cual se afirmó que las mesadas pensionales reconocidas con base en la Ley 33 de 1985 deben ser liquidadas teniendo en cuenta todas las sumas que percibió el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación por sus servicios (fls: 4-5).

La Oficina de Prestaciones Sociales de Bogotá D.C. del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el Oficio No. S-2011-063839 de 28 de abril de 2011, negó la petición de reliquidación del actor al considerar que los factores salariales que tienen incidencia en el monto de la pensión de los docentes nacionales, son los expresamente establecidos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, dentro de los cuales no se encuentra la prima de navidad, de dedicación y especial (fls: 7-9).

La Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, expidió el certificado de los factores salariales devengados por el demandante durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado, donde consta que percibió los siguientes: sueldo (\$423.830), prima de alimentación (\$415), prima especial (\$150), prima de dedicación (\$2.200), y prima de navidad (\$426.595).



REF. EXPEDIENTE No. 200002375000201000195 01.  
No. INTERNO 0712-2013.  
AUTORIDADES NACIONALES.  
ACTOR: HOMERO GERMAN CHAVES ROSERO.  
HOJA No. 14.

## ANÁLISIS DE LA SALA

### Naturaleza jurídica del recurso de apelación dentro del proceso judicial:

Teniendo en cuenta que la sentencia proferida el 23 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, fue apelada únicamente por el apoderado judicial de la entidad demandada, la Sala realizara el siguiente estudio de la naturaleza jurídica del recurso de apelación con la finalidad de establecer sobre que aspectos debe pronunciarse.

El recurso de apelación dentro del proceso judicial es un instrumento mediante el cual las partes, impugnan una decisión proferida por la autoridad jurisdiccional en primera instancia por considerarla contraria al ordenamiento jurídico, con la finalidad de que sea modificada o revocada total o parcialmente por el superior jerárquico.

Con el recurso de apelación se cumple el principio de la doble instancia, mediante el cual se garantiza que las decisiones proferidas por la autoridad judicial en primer grado sea estudiada por un órgano superior, que tiene mayor conocimiento y experiencia en el ámbito jurídico, permitiendo corregir los posibles errores en los que haya podido incurrir el Juez de primera instancia. Con lo anterior además de garantizarse los principios de legalidad, acceso efectivo a la administración de justicia e imparcialidad de los funcionarios al momento de proferir las providencias judiciales, se protege el derecho de defensa de las partes dentro del proceso judicial.

La Corte Constitucional al respecto ha sostenido lo siguiente:



*"(...) La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley. Con este propósito, el citado principio - según lo expuesto -, se constituye en una garantía contra la arbitrariedad, y en mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública"*

*"(...) Por otra parte, el citado principio permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que éste por su esencia, implica la posibilidad del afectado con una decisión errónea o arbitraria, de solicitarle al juez o autoridad competente la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. Así mismo, la doble instancia tiene una relación estrecha con el derecho de defensa, ya que a través del establecimiento de un mecanismo idóneo y efectivo para asegurar la recta administración de justicia, garantiza la protección de los derechos e intereses de quienes acceden al aparato estatal. (...) "<sup>2</sup>*

Para que el superior jerárquico resuelva el recurso de alzada interpuesto contra una decisión proferida en primera instancia, es necesario que el recurrente sustente las razones de disenso de la providencia impugnada, por lo que debe emplear argumentos congruentes y suficientes que le permitan establecer al Juez *A Quem* el supuesto desconocimiento del ordenamiento jurídico en el que incurrió el *A Quo*.

En otras palabras, el apelante debe cumplir con una carga argumentativa que es necesaria satisfacer en el recurso de alzada con la finalidad de brindarle certeza al superior jerárquico, de la supuesta violación del sistema normativo en que incurrió el fallador de primera instancia.

Ahora bien, la autoridad judicial de segunda instancia al decidir la apelación, es decir, al efectuar el control de legalidad de la decisión recurrida, debe limitar su pronunciamiento a los motivos de inconformidad expuestos en el recurso, ya que este configura los límites de su pronunciamiento. Esta Corporación ha sostenido sobre el particular lo siguiente:

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-095 de 11 de febrero de 2003. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D-4172.



REF. EXPEDIENTE No. 25000-336-000201203-195-01  
No. INTERNO: 0712-00-3.  
AUTORIDADES NACIONALES  
ACTOR: ROMERO GERMÁN CHAVES ROSTERO.  
FOJA No. 15.

*" (...) Según el artículo 550 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. (...) "<sup>3</sup> (subrayado por fuera de texto).*

En otra providencia la Sección Tercera de esta Corporación afirmó:

*" (...) Es preciso señalar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados en el mismo, de tal suerte que el marco fundamental de competencia del juez a quien lo determinan las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión recurrida, por ello, los aspectos diversos a los planteados por el recurrente quedan excluidos del debate en la instancia superior, aspecto éste que encuentra eco en el principio de congruencia. Bajo esos parámetros, queda claro que el límite de competencia al cual está sujeto el juez de segunda instancia, lo determina con toda precisión el recurso de apelación (...) "<sup>4</sup>*

Por todo lo anterior, la Sala se ocupará únicamente del análisis de la supuesta incompetencia del Ministerio de Educación Nacional para reliquidar la mesada pensional del demandante, ya que fue el único argumento expuesto en el recurso de apelación que se decide mediante la presente providencia.

**Competencia para el reconocimiento de las pensiones de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

La Ley 91 de 1938, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería, y autonomía administrativa, encargada de atender los

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 4 de marzo de 2010. M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Barceras. Radicación número: 25000-23-27-000-1999-00375-01(15323). Actor. OFTALMOS S.A.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de junio de 2010. M.P. (E). Dra. Gladys Agudelo Ordoñez. Radicación número: 44001-23-31-000-1998-00035-01(17631). Actor. Carmen Elisa Quiñonez Luna y Otros.





REF: EXPEDIENTE No. 250002325000201200195 01.  
No. INTERNO: 0712-2013.  
AUTORIDADES NACIONALES.  
ACTOR: HOMERO GERMÁN CHÁVES ROSERO.  
HOJA No. 17.

asuntos prestaciones de los docentes. El artículo 3° de la mencionada norma dispone lo siguiente:

*"Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. (...)"*

Dicha entidad es competente para reconocer las prestaciones sociales de los docentes a ella afiliados, función que puede ser delegada a las entidades territoriales tal como lo dispone el artículo 9° de la Ley 91 de 1989 cuyo tenor literal es el siguiente:

*"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales." (Subrayado por fuera de texto).*

A través del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 se estableció que las Secretarías de Educación de las entidades territoriales donde prestan sus servicios los docentes, serían las encargadas de elaborar el proyecto de Resolución que debe aprobar quien administre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El mencionado artículo estipula lo siguiente:

*"RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial." (Subrayado por fuera de texto).*



REF: EXPEDIENTE No. 15000232500020120010501,  
No. INTERNO: 0712-2013,  
AUTORIDADES NACIONALES,  
ACTOR: HOMERO GERMÁN CHAVES POSERO,  
HOJA No. 8.

Es de resaltar que la norma en cita establece de manera concreta que la autoridad encargada de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, otorgándole una función netamente administrativa a las Secretarías de Educación.

Por su parte el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamentó algunos artículos de las Leyes 91 de 1959 y 962 de 2005, estableció en su artículo 3º que las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen competencia para atender las solicitudes pensionales que sean pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El mencionado artículo dispone lo siguiente:

*"Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1959 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. (subrayado por fuera de texto).*

*Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:*

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente pensionario o causahabiente, de acuerdo con la normalidad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los cuarenta (40) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del*



*Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*

*5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.*

Del anterior recuento normativo se establece que si bien las Secretarías de Educación de los entes territoriales donde se encuentren vinculados los docentes, son las encargadas de atender las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello no exime de responsabilidad a dicho fondo de reliquidar la pensión del demandante, pues tal como se estableció anteriormente es él el encargado por el ordenamiento jurídico de pagarla.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoce las prestaciones a su cargo a través de las Secretarías de Educación, y estas no se encuentran facultadas para reliquidar una pensión por cuanto no cuentan con el capital para ello, pues si bien profieren los actos administrativos de reconocimiento lo hacen previo un concepto favorable de la entidad fiduciaria que administra los recursos del fondo, es decir, de la Fiduprevisora S.A. en virtud del Contrato de Fiducia suscrito mediante escritura pública No. 0083 de 21 de junio de 1990.

### **Caso Concreto**

En el recurso de apelación, la parte demandada afirma que la entidad competente para reliquidar la pensión de jubilación del



REF: EXPEDIENTE No. 2500023250002001200195-21.  
 No. INTERNO: 0712-2013  
 AUTORIDADES NACIONALES.  
 ACTOR: HOMERO CERMÁN CHAVES ROSERO.  
 FOJA No. 20.

demandante es la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, ya que el ordenamiento jurídico le otorgó la competencia de reconocer las prestaciones a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el particular es necesario tener en cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio delegó en las Secretarías de Educación de los entes territoriales la competencia de reconocer las prestaciones sociales de los docentes en virtud del artículo 9º de la Ley 91 de 1989, pero ello tal como se advirtió anteriormente, no lo exime de la titularidad de la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los educadores.

La delegación administrativa en el ordenamiento jurídico es entendida como la traslación de funciones de una autoridad de superior jerarquía a una de inferior grado, conservando la primera la titularidad de la misma. En otras palabras, la delegación se presenta cuando un órgano titular de una competencia la traslada a otro con la finalidad de que sea ejercida por este, sin que se libere de la obligación de cumplir con los mandatos otorgados por el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado sobre la delegación ha establecido lo siguiente:

*"(.) Como es sabido, la delegación es un fenómeno de transferencia de competencias a personas o funcionarios para que actúen de manera independiente y definitiva, pudiendo el delegante reasumir la competencia y revocar la decisión, según lo determine la ley que lo permita. La titularidad de la función no se pierde por parte del delegante (...)." (Sombreado por fuera de texto)*

La Sala considera que el argumento expuesto por la parte demandada en el recurso de apelación que nos ocupa, mediante el cual sostuvo

5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia de 26 de julio de 2012. M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 75001-23-31-000-2001-04231-02(1558-09). Actor: Silvia Nelly Ochoa Blanco.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000201200195 01.  
 No. INTERNO: 0712-2013.  
 AUTORIDADES NACIONALES.  
 ACTOR: HOMERO GERMAN CHÁVES ROSERO.  
 HOJA No. 21.

que no debe reliquidar la pensión del demandante por no ser la autoridad competente para ello, no esta llamado a prosperar, ya que si bien las Secretarías de Educación son las encargadas de atender las solicitudes prestacionales presentadas por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a una delegación efectuada a través del Decreto 2831 de 2005, lo cual no exime al Fondo de su obligación de reliquidar la mesada pensional del actor tal como lo ordenó el *A Quo*.

Por otra parte, como el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, ya que nació el 25 de agosto de 1939 (ff: 71), es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

Si bien esta Sala advirtió que solo se pronunciaría sobre los argumentos expuestos por la entidad demandada en el recurso de apelación materia de controversia, en virtud del artículo 170 del C.C.A<sup>6</sup>, y en aras de garantizar el restablecimiento pleno de un derecho particular, aclarará la providencia impugnada y ordenara que la pensión del accionante sea reliquidada en un monto equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados por él **durante el año anterior a su retiro del servicio**, tal como lo sostuvo esta Corporación en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se

<sup>6</sup> "ARTICULO 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA<Subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas."



REF: EXPEDIENTE No. 250002323000231200195-01  
No. INTERNO: 07-12-2013  
AUTORIDADES NACIONALES  
ACTOR: HOMERO GERMÁN CHÁVEZ ROSERO  
FOJA No. 22

concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa.

Así las cosas, al actor se le debe reliquidar su mesada pensional teniendo en cuenta el sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de dedicación, y prima de navidad. Empero, las sumas adeudadas como consecuencia de la reliquidación se pagarán a partir del 19 de marzo de 2008, ya que operó la prescripción trienal de que trata los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1643 de 1969, de las mesadas anteriores, teniendo en cuenta que la petición de reliquidación fue presentada el 19 de abril de 2011.

Por las razones expuestas la sentencia apelada será confirmada.

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

#### FALLA

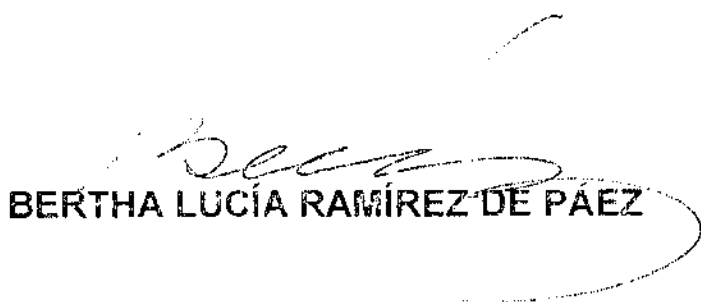
**CONFIRMASE** la sentencia de 23 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", que declaró no probadas las excepciones y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por el señor Homero Germán Chávez Rosero, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aclarando que la pensión de jubilación del actor debe ser reliquidada teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales percibidos por él durante el último año de servicios.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000201200195 01.  
No. INTERNO: 0712-2013.  
AUTORIDADES NACIONALES.  
ACTOR: HOMERO GERMÁN CHÁVES ROSERO.  
HOJA No. 23.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

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



BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ



GERARDO ARENAS MONSALVE