



Cartagena de Indias D.T y C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2014-00280-01
Demandante	NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	IBL

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Fueron invocadas las siguientes pretensiones (se transcribe):

"1. Se declare la NULIDAD PARCIAL de la resolución Número 1286 del 12 de octubre de 2004, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Distrital de Cartagena por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" a NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO, con cédula de ciudadanía No. 33.129.347

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO con cédula de ciudadanía No. 33.129.347 pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado.

3. Inaplicar por inconstitucionalidad el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003., artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.

4. Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme a la ley 71 de 1988.

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



13-001-33-33-004-2014-00280-01

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

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

(.....)”

1.2. Hechos.

Fueron narrados los siguientes (se transcribe):

“1. La señora NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO, con cédula de ciudadanía No. 33.129.347, nació el 19 de junio de 1949.

2. Por sus servicios prestados como Docente Nacionalizado durante más de veinte (20) años, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional del Distrito de Cartagena, le reconoció pensión vitalicia de jubilación.

3. Que mediante resolución No. 1286 del 12 de octubre de 2004, se reconoció a mi poderdante la pensión de jubilación efectiva a partir del 20 de junio de 2004, en cuantía de \$ 599.562

4. Tal pensión es pagada por intermedio de Fiduprevisora S.A., entidad fiduciaria encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme el contrato de fiducia suscrito el 21 de junio de 1990 con el Ministerio de Educación Nacional.

5. Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta, la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como son, la prima de navidad y la prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón y prima de grado.

6. De las resoluciones números 1286 del 12 de octubre de 2004 se notificó de manera personal.

7. En la citada resolución, se indicó como procedente, únicamente el recurso de reposición, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de notificación, ante el Secretario de Educación Distrital de Cartagena.

8. Como quiera que dicho recurso de reposición, no es obligatorio para agotar vía gubernativa, mi mandante, no presentó ningún recurso escrito.

9. La señora NORIS DEL CARMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO me ha conferido poder para instaurar la presente demanda”



1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Acusa el acto de ilegal por infringir los numerales 1º y 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y por violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Al respecto informa el actor que se le excluyó de oportunidades la no incluir en el acto que liquidó la pensión de jubilación los factores salariales, entronizando de paso una odiosa discriminación frente a los demás docentes oficiales a quienes se les reconoció la pensión de jubilación con todos los factores salariales.

Aduce que no es entendible constitucionalmente el por qué a los docentes que adquirieron el status con anterioridad a diciembre de 2003 y los que adquirieron el derecho con posterioridad a julio de 2007, si se toman para realizar la liquidación de su mesada pensional todos los factores salariales devengados por estos durante el último año de adquirir ese status teniendo en cuenta que los docentes gozan de régimen especial, en el sentido de no se necesario el retiro del servicio activo para disfrutar del goce de la pensión.

Agregó que la resolución demandada se deduce que no se incluyeron todos los factores salariales devengados por la parte demandante con aplicación indebida de la ley 812 de 2003 y el decreto 3752 de 2003.

2. La contestación

Distrito de Cartagena.

Se opuso a las pretensiones de la demanda considerando que carecen de derecho y soporte factico y jurídico.

Informó como razones de su defensa que el acto administrativo no viola las disposiciones invocadas, por el contrario, se ciñe a ellas, por ello, a las razones o parámetros por las cuales se realiza la liquidación de la pensión cuestionada fueron los estatuidos por las leyes 812 de 2003, decreto 2341 de 2003 y decreto 3752 de 2003.

Explicó que los factores salariales quedaron establecidos en el decreto 1045 de 1978, no obstante, con la ley 33 de 1985 se dispuso que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año



13-001-33-33-004-2014-00280-01

de servicio; por ello, al no tener los docentes en Colombia una legislación especial de pensión debe interpretarse en conjunto con las leyes 91 de 1989, 6° de 1989, 6° de 1945 y 33 de 1985.

Que el decreto 1752 de 2003, en el artículo 3°, establece la base de liquidación de las prestaciones sociales que causen con posterioridad a la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra el fondo de Prestaciones Sociales no podrá ser diferente a la base de cotización sobre las cuales realiza aporte el docente.

Que en razón a lo anterior, y teniendo en cuenta la fecha de publicación de la mencionada norma, para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta es la asignación básica mensual.

Que como quiera que el artículo 3° del decreto 1752 de 2003 fue derogado por el artículo 160 de la ley 1151 de 2007, el cual estableció que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, pero esta norma no es aplicable al caso de marras debido a que al momento en que la demandante adquirió el status de pensionado, se encontraba vigente el artículo 3° del decreto 1752 de 2003, por lo tanto, al no haber pronunciamiento por parte del legislador sobre estos tópicos, debe mantenerse incólume el acto administrativo por el cual se reconoció la pensión.

Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a las súplicas de la demanda argumentando que carecen de sustento fáctico y jurídico.

Arguye que el acto cuestionado se encuentra amparado por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quién lo profirió.



13-001-33-33-004-2014-00280-01

Invocó la excepción de "inexistencia de la obligación" sustentada en que la mesada pensional reconocida ha sido liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales de la docente demandante, entre otras, la ley 33 de 1985, ley 238 de 1995, ley 812 de 2003 y el decreto 3752 de 2003.

También propuso "cobro de lo no debido" según ella porque no existe sustento normativo y jurisprudencial que justifique la prosperidad de la solicitud de reliquidación pensional; "prescripción" respecto de las obligaciones que no fueron reclamadas oportunamente en caso de prosperar la demanda; "compensación" respecto de las sumas que ya fueron pagadas por concepto de prestaciones pensionales y "buena fe".

3. Sentencia de primera instancia

La sentencia apelada resolvió:

"(...)

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las resoluciones No. 1286 de 12 de octubre de 2004 y No. 8794 de 16 de diciembre de 2014, por medio del cual se le reconoció y liquidó a la demandante, señora NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA, pensión de jubilación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, RELIQUIDAR, a partir del 20 de junio de 2004, la pensión de jubilación reconocida a la señora NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO, aplicando el 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el año inmediatamente anterior, al 20 de junio de 2004, fecha en que adquirió el estatus pensional, incluyendo además de la asignación básica, los siguientes factores salariales: PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE ESCALAFÓN, PRIMA DE NAVIDD, PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE GRADO, devengados por ella en dicho lapso.

TERCERO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar a la señora NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO, las diferencias que resulten a su favor, entre los valores que le fueron reconocidas y los que se le deben reconocer en virtud de esta providencia, pago que deberá efectuarse a partir del 6 de junio de 2011, en atención a que las diferencias de mesadas pensionales causadas con anterioridad a tal fecha prescribieron.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor tal como ordena el inciso 4° del Art. 187 del CPACA.

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, podrá realizar los descuentos respectivos de todos los nuevos factores devengados por la actora en el año de servicios, anterior a la fecha





13-001-33-33-004-2014-00280-01

de adquisición del estatus pensional, 19 de junio de 2004, que deben incluirse en virtud de la reliquidación ordenada, que no hayan sido objeto de deducción legal para aportes.

CUARTA: Decláranse prescritas las diferencias de mesadas causada con anterioridad al 6 de junio de 2011.

(...)"

Las razones que sirvieron de sustento de la decisión se concretizan en que la pensión de jubilación ordinaria de la docente accionante se encuentra cobijada por lo dispuesto en el artículo 81 de la ley 812 de 2003, según el cual, el régimen prestacional y pensional de los docentes que venían vinculados al servicio público con anterioridad a su entrada en vigencia, continuaría siendo el mismo consagrado en las disposiciones anteriores vigentes, es decir, el artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985.

Que al tenor de dicha disposición, la pensión se debe liquidar solo sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, por lo que en principio, no resultaría procedente acceder a la reliquidación de la pensión en los términos solicitados en la demanda.

Empero, se debe dar aplicación en el sub lite al precedente jurisprudencial del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual, el artículo 1º de la ley 62 de 1985, no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, lo cual permite incluir otros que también fueron devengados por la docente, previa deducción de los aportes que dejaron de efectuarse.

No obstante, no se tendrá en cuenta para efectos del reajuste pensional, la PRIMA DE CLIMA, como quiera que tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia, la prima del clima no constituye un factor salarial sino una prestación social, por no guardar una relación directa ni con el cargo ni con las funciones o calidades profesionales del beneficiario de la prestación.

Concluyó que atendiendo la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, se estima verificada la vulneración en la actuación demandada a las normas superiores en las cuales debían fundarse, razón por la cual debe declararse la nulidad parcial, en la medida en que no incluyeron en la base pensional para efectos de establecer el monto de la mesada pensional de la actora,



13-001-33-33-004-2014-00280-01

además de la asignación básica, todos los factores salariales por ella devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional.

Respecto a la prescripción extintiva consideró que se configura el fenómeno de algunas diferencias de mesadas pensionales, habida cuenta que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con ocasión de la expedición de la resolución de reconocimiento pensional de 12 de octubre de 2004. No obstante, la demanda fue presentada el 6 de junio de 2014, luego es obvio que no se alcanzó a interrumpir la prescripción trienal, entonces, se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de junio de 2011, pues la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda.

Respecto al Distrito de Cartagena de Indias declaró prospera la excepción de falta de legitimación en la causa, ya que el llamado a responder es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 91 de 1989.

Condenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones Sociales a reliquidar la pensión de jubilación de la señora NORIS DEL CÁRMEN PEÑARANDA DE SARMIENTO, a partir del 20 de junio de 2004, teniendo en cuenta para el efecto, además de la asignación básica, los factores salariales certificados por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, esto es, la PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE ESCALAFÓN, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE GRADO, devengados por la actora en el año comprendido entre el 19 de junio de 2003 a 19 de junio de 2004.

4. Recurso de apelación

El censor acusa la sentencia por considerar que yerra al condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACINAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación del actor, debido a que es claro que la normatividad sobre el tema se ha encargado de regular la base de liquidación y los requisitos de edad y tiempo de servicios que se deben tener en cuenta, para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, esto es, artículo 1° de la ley 33 de 1985, que unificó la edad para tener derecho a la pensión de jubilación tanto para los hombres como para las mujeres en 55 años de edad y 20 años de servicio, salvo aquellos empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente y los que por ley disfruten de un





13-001-33-33-004-2014-00280-01

régimen especial de pensiones, como los empleados de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Congreso, Registraduría Nacional y Comunicaciones.

Alega que la regla general consagrada en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, no se aplica a los regímenes especiales, dentro de los cuales no se encuentra el ramo de la docencia, al menos en lo referente al régimen pensional, concretamente a la materia de la edad para tener derecho a la pensión de jubilación ordinaria, aspecto que se encuentra regulado en los decretos 3135 de 1968, artículo 27, 1848 de 1969, artículo 68 y 1045 d 1978, según lo contemplado en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, los cuales no constituyen un estatuto especial sino normas de carácter general.

No le es aplicable al actor la excepción consagrada en el parágrafo segundo del artículo 1° de la ley 33 de 1985 por cuanto para la fecha de entrada en vigencia de la ley, 29 de enero de 1985, no contaba con 15 años continuos o discontinuos de servicio, razón por la cual el derecho pensional que reclama está gobernado por el régimen general de los empleados oficiales, es decir, la ley 33 de 1985.

5. Trámite procesal segunda instancia

Mediante auto de fecha 13 de julio de 2016, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (fl. 244 Cdno. 2° instancia) y por auto de 6 de febrero de 2017 (fl. 248 idem) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. Concepto del ministerio público.

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.



2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

"Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: *"tantum devolutum quantum appellatum"*.



3. Problema jurídico

Con base en los argumentos que componen la censura, el problema jurídico se contraerá a determinar si el INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN de la mesada pensional de la actora lo compone exclusivamente la asignación básica mensual devengada durante el último año de servicios, reducida al 75%. Solo si la respuesta es positiva se analizara si debe quebrarse la sentencia de primera instancia.

4. Tesis

La Sala confirmará la sentencia apelada, dando argumentos normativos y jurisprudenciales para colegir que el INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN de la mesada pensional de la actora NO lo compone exclusivamente la asignación básica mensual devengada durante el último año de servicios, reducida al 75%.

5. Argumentación normativa y jurisprudencial.

Recuerda la Sala que la resolución 1286 del 12 de octubre de 2004, por medio de la cual se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a la actora, la cual milita en copia a folios 21 a 23 del cuaderno No. 1 (acto cuestionado), se fundamentó entre otras, en la ley 33 de 1985, ley 6° de 1945, ley 71 de 1988 y ley 91 de 1989.

También recuerda la Sala que en la censura se ha hecho hincapié en que el derecho pensional de la accionante se gobierna por la ley **33 de 1985**, advirtiendo que a aquella no le es aplicable la excepción consagrada en el parágrafo segundo del artículo 1° de dicha ley, por cuanto para la fecha de su entrada en vigencia, esto es, 29 de enero de 1985, no contaba con 15 años continuos o discontinuos de servicio, razón por la cual su régimen lo compone el régimen general de los empelados oficiales, es decir la citada **ley 33 de 1985**.

Se indagará entonces exclusivamente por los factores salariales a ser tenidos en cuenta para la fijación del ingreso base de liquidación, pues desde la propia demanda se ha dicho que se está de acuerdo con el régimen e incluso con el monto o porcentaje calculado sobre el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.



13-001-33-33-004-2014-00280-01

La ley 33 de 1985, "por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, en su artículo 1º, dispuso:

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al sesenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, **ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.**

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.

Adviértase que, según se expone en el texto del inciso primero de la norma que viene de citarse, la pensión mensual vitalicia a la que se hizo acreedora la accionante, debe equivaler al **75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.**



13-001-33-33-004-2014-00280-01

Es decir, el IBL o ingreso base de liquidación de la ley 33 está compuesto por el "salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último años de servicio".

A su turno, el código sustantivo del trabajo en su artículo 127 cuya versión original fue modificada por el artículo 14 de la ley 50 de 1990, sobre el concepto de salario y sus elementos integradores, dispuso:

"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. *Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."*

Por demás, la Corte Constitucional ha aceptado la noción amplia de salario, entendiendo por ella la remuneración que debe integrarse con todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles las leyes.¹

En la misma línea de pensamiento, el Consejo de Estado² ha planteado la diferencia entre **suelo o asignación básica** y **salario**, tal y como en el siguiente extracto se observa:

"El concepto de salario. *Mientras el sueldo se tiene como una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la autoridad competente para los distintos cargos de la administración pública, cuyo pago debe hacerse por periodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario, el salario corresponde a una noción más amplia, que comprende desde la expedición del decreto ley 1042 de 1978, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, de manera que incluye factores tales como las primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etcétera. Es concepto que aplicado a la relación legal y reglamentaria, propia del vínculo del servidor público, guarda similitud con la misma noción en el derecho privado, en el cual constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (C.S del T., Art. 127)."*

Refulge entonces como apodíctica verdad, luego de haber aclarado el contenido y alcance del concepto "**salario**" a la luz de la ley, ora de la jurisprudencia, que la base para liquidar la pensión no puede constituirla

¹ Véase la sentencia SU – 995 de 1999

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicación 250002325000200405313 01 de 22 octubre de 2009. M.P. Gerardo Arenas Monsalve





13-001-33-33-004-2014-00280-01

solamente la asignación básica mensual o sueldo, sino el **salario**, entendiéndose por tal, no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

6. Argumentación fáctica – probatoria

6.1. Caso concreto.

En principio debe decirse que, luego de realizar el análisis normativo y jurisprudencial lo que impera es colegir que el INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN de la mesada pensional de la actora NO lo compone exclusivamente la asignación básica mensual devengada durante el último año de servicios, reducida al 75%.

En efecto, la base para liquidar la pensión no puede constituirla solamente la asignación básica mensual o sueldo, sino que la misma debe comprender el salario, entendiéndose por tal, no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

En el asunto, del simple texto del acto acusado se desprende que a la accionante se le liquidó su mesada pensional cuando le fue reconocida, teniendo en cuenta exclusivamente su asignación básica mensual o sueldo y sin involucrar los demás factores que junto con aquel, componente el **salario** base para liquidar. Téngase en cuenta que se acreditó, según se expone en los documentos que militan a folios 24 y 129 del cuaderno No. 1 que la actora recibía además de su asignación básica otros emolumentos que componen salario según la tesis defendida por la Sala.

Así mismo, de la resolución 8794 de 2014 que milita a folio 149 a 150 ídem, que "reliquidó" la prestación, surge palmario que el único factor que se tuvo en cuenta para el efecto fue la asignación básica.

Desatado el problema jurídico, el cual se contrajo a determinar, según los límites de la censura, si el ingreso base de liquidación de la mesada pensional de la actora lo compone exclusivamente la asignación básica mensual devengada durante el último año de servicios reducida al 75%, y



dada la respuesta previamente consignada, lo que debe imperar es la confirmación de la sentencia apelada.

7. Condena en costas en segunda instancia.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandada** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en segunda instancia, ordenando su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., para que de manera concentrada se liquiden a instancias del *a quo*, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 3, en armonía con el artículo 6, numeral 3.1.3., en el cual se dispone que en los asuntos de segunda instancia con cuantía, adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden, para la tasación de las agencias en derecho, la Sala encuentra razonable fijarlas en la suma de SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS (\$ 67.261), que corresponden al 1% de las pretensiones patrimoniales estimadas en la demanda.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la parte demandada, al pago de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, las cuales serán



13-001-33-33-004-2014-00280-01

liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones, e incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la suma de SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS (\$ 67.261), de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

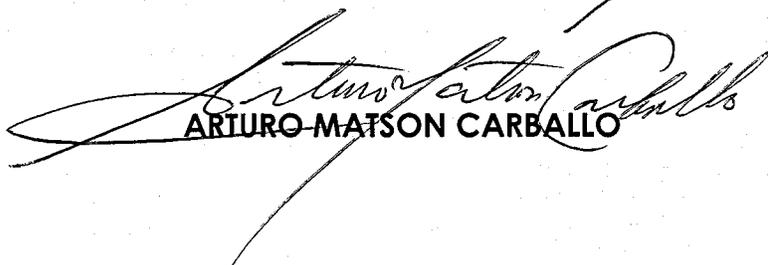
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



ARTURO MATSON CARBALLO

Ausente en comisión
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

