



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

Cartagena de Indias D.T y C., once (11) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2013-00440-01
Demandante	ROBINSON ZAMBRANO CUELLAR
Demandado	NACIÓN – MIN. 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 veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

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

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 5454 del 13 de febrero de 2012 expedida por el Departamento de Bolívar – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual negó la revisión y reajuste de la pensión de jubilación de mi apadrinado.

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho se conceda por parte del Departamento de Bolívar – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – la NACIÓN - Ministerio de Educación Nacional, como consecuencia de la nulidad anteriormente pedida el reconocimiento a mi mandante ROBINSON ZAMBRANO CUELLAR el ajuste de la pensión de jubilación a partir del día siguiente al de haber (20) años de servicio a la educación y (55) años de edad, mesadas iniciales deben ser liquidadas en cuantía equivalente al setenta y cinco (75%) del promedio de todo lo devengado por concepto de sueldos y todos los factores salariales dentro del año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de pensionada, los cuales están claramente relacionados en el certificado de sueldos expedidos por la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, junto con los reajustes legales correspondientes.

TERCERA: Que se condene al Departamento de Bolívar – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Nación – Ministerio de Educación Nacional, a pagar a favor de mi poderdante las diferencias dejadas de cancelar por cada mesada producto de la revisión y reajuste de la pensión desde el día 9 de diciembre del 2004 con los reajustes previstos en la ley.

(....)”





1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El señor ROBINSON ZAMBRANO CUELLAR el día 09 de diciembre de 2004 cumplió con el status de pensión fecha en la cual se encontraba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Trabajando con la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar.

- Mediante acto administrativo No. 3005 del 24 de agosto de 2006 del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR, se le ordenó pagar una pensión de jubilación a favor la accionante, tomando como factor salarial únicamente la asignación básica, y dejando de incluir todos los factores devengados en el último año.

- El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, negó la solicitud de reajuste con base en lo contemplado en el artículo 1 de la ley 33 de 1985

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Acusa el acto de ilegal por infringir las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58, y 84.

Ley 4 de 1966: articulo 4.

Ley 33 de 1985: articulo 1.

Ley 62 de 1985: articulo 1.

Ley 91 de 1989: artículos 1, 2 y 15

Ley 812 de 2003: articulo 81.

Decreto 2831 de 2005: articulo 5.



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

Invoca la violación de la ley como causal de nulidad del acto demandado: explica al respecto que el actor ha laborado por más de 20 años en la docencia oficial, ostentando la vinculación de docente nacionalizado, nombrado desde el 2 de noviembre de 1978, habiendo cumplido 55 años de edad, e ingresó al servicio docente desde el 2 de noviembre de 1978, razón por la cual mediante acto administrativo No. 3005 del 24 de agosto de 2006 se le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación pero sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de pensionado, por lo que se solicitó la revisión de la prestación.

2. La contestación

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

Se opuso a las pretensiones de la demanda considerando que carecen de fundamentos de hecho y de que avalen su prosperidad.

Arguye que los actos acusados no violan las disposiciones invocadas por el actor y están estrictamente ceñidos a las disposiciones en que deberían fundarse.

Precisó que la liquidación se realizó con base en la ley 812 de 2003, el decreto 2341 de 2003 y el decreto 3752 de 2003, entre otras.

Que no existió omisión ni violación al derecho alguno en la respuesta dada en los actos demandados, toda vez que la docente para la fecha de entrada en vigencia de la ley 33 de 1985 no tenía 15 años o más de tiempo de servicio, por tanto no se beneficia con la excepción consagrada en la disposición legal.

Que a la actora no se le puede aplicar otro parámetro diferente a la ley 33 de 1985, por cuanto para la fecha de expedición de esa ley no completaba 15 años de servicios continuos o discontinuos, es decir, que no se cumplen los presupuestos del párrafo segundo del artículo 1 de la citada ley 33 de 1985

3. Sentencia de primera instancia

La sentencia apelada resolvió:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





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

"(...)

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la resolución No. 5454 del 13 de febrero de 2012 suscrita por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar en nombre y representación del Fondo Nacional del Magisterio – Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor ROBINSON ZAMBRANO CUELLAR, pero solo respecto del demandante.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación del señor ROBINSON ZAMBRANO CUELLAR a partir del 10 de diciembre de 2004, teniendo en cuenta para el efecto, además de la asignación básica, los factores salariales, esto es, prima de alimentación especial, primas de navidad, y vacacional, devengados por ella en el año inmediatamente anterior al cual obtuvo el status de pensionado, esto quiere decir, el 9 de diciembre de 2003 y 9 de diciembre de 2004.

TERCERO: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a la actora las diferencias pensionales dejadas de percibir, esto es, las diferencias que resulten entre los valores que le fueron reconocidos y los que se le deben reconocer en virtud de esta providencia, pago que deberá efectuarse a partir del 14 de septiembre de 2008, en atención a que las diferencias de mesadas pensionales causadas con anterioridad a tal fecha prescribieron.

El reajuste el valor se hará utilizando la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia, y la sentencia deberá ser cumplida en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

CUARTA: Declarar la prescripción de las diferencias en la pensión de jubilación causadas antes del 14 de septiembre de 2008

(...)"

El a quo sostuvo que la pensión de jubilación de la actora 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 3° de la ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985.

Agregó que, al tenor de dicha disposición, la pensión se liquida 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 al precedente jurisprudencial del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, según el cual, el artículo 1° 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



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

también fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los aportes que dejaron de efectuarse.

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 los actos demandados a las normas superiores en las cuales debían fundarse, pues no incluyeron en la base pensional para efectos de establecer el monto de la mesada de la actora, todos los factores salariales por ella devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el status pensional.

4. Recurso de apelación

El censor acusa la sentencia por considerar que yerra al condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – 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 1º 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 régimen especial de pensiones, como los empleados de la Rama Judicial, el Ministerio Publico, la Contraloría General de la República, el Congreso, Registraduría Nacional y Comunicaciones.

Alega que la regla general consagrada en el artículo 1º 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 párrafo segundo del artículo 1º 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



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

que reclama está gobernado por el régimen general de los empleados oficiales, es decir, la ley 33 de 1985.

Señala igualmente que debe revocarse la sentencia de primera instancia y declarar terminado el proceso por inepta demanda ante el hecho de que en la demanda, la pretensión no involucra el acto administrativo por medio del cual se reconoce la pensión de jubilación, lo cual es inadecuado, toda vez que de conformidad con la ley, en toda demanda que se pretende la nulidad de un acto, debe individualizarse con toda precisión, en ese sentido, el actor debió no solamente el acto que denegó la reliquidación sino todas a aquellas decisiones tomadas con ocasión a su derecho pensional, toda vez que conforman una unidad jurídica.

5. Trámite procesal segunda instancia

Mediante auto de fecha 02 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (fl. 90 Cdno. 2º instancia) y por auto de 11 de julio de 2016 (fl. 101 ídem) 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



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

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 analizará si debe quebrarse la sentencia de primera instancia.





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

Previo a ello se analizará la cuestión de si debe inhibirse la Sala para proferir fallo por no haberse demandado el acto que reconoció el derecho pensional.

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 en la censura se ha hecho hincapié en que el derecho pensional de la accionante se gobierna exclusivamente por la ley **33 de 1985**, advirtiendo que a aquella no le es aplicable la excepción consagrada en el párrafo segundo del artículo 1º 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 empedados 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, según los límites de la censura.

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 setenta 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.



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

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 acreedor el accionante, debe equivaler al **75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.**

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 año 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."





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

Por demás, la Corte Constitucional ha aceptado la noción amplia de salario, entendiéndolo 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 **sueldo 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 constituirlo solamente la asignación básica mensual o sueldo, sino el **salario**, entendiéndolo 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.

6.1.1. De la ineptitud sustantiva de la demanda.

Para resolver lo concerniente a la petición de inhibición por ineptitud

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

sustantiva de la demanda, incoada en la censura, debe principiar la Sala aclarando que la alzada conlleva – como se expresó atrás - la confrontación de las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en la decisión que se adopta en primera instancia, luego no es dable argüir a esta altura del debate la ineptitud sustantiva, pues no es argumento que conlleve el desquiciamiento de las tesis dadas en la sentencia de primera instancia. Por esas razones tampoco se pronunciará la Sala frente a la supuesta “falta de legitimación en la causa” señalada en la censura.

Con todo y ello, la ineptitud de la demanda constituye según el artículo 100 de la ley 1564 de 2012, aplicable al asunto de marras por remisión, una excepción previa, la cual se basa en la falta de los requisitos de forma de la demanda, que tiende a purgar el procedimiento.

Empero, ante la falta de alegación de la misma dentro de la oportunidad respectiva como excepción previa (en el sub lite, la oportunidad sería en la audiencia inicial del artículo 180 CPACA), se cierra la puerta según el inciso segundo de la regla 135 del CGP, para hacerla vale con posterioridad como nulidad procesal.

En el asunto de marras, huelga acotar que dicha cuestión no fue alegada en la primera instancia, es más, ni siquiera fue tema de debate, al punto que ni en la contestación del libelo se consideró algo sobre el particular; a sus turno, la parte demandada en ningún momento mostró disconformidad con el mismo y, además, como ha dicho en reiterados pronunciamientos el Consejo de Estado, es un deber ineludible de los Jueces evitar en la medida de lo posible, las sentencias inhibitorias, por cuanto las mismas nada resuelven y son el reconocimiento de un trámite inadecuado del proceso, que bien pudo ser corregido o subsanado desde el comienzo.

Con todo y esto, en el caso materia de examen, sumado a que se admitió la demanda, para no quebrantar el principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), ni el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 ibídem), se encuentra ajustado a derecho que se haya analizado el fondo la controversia³, máxime, se itera, cuando la parte que

³ Se puede consultar al respecto sentencia de la Sección Segunda, Subsección “A”, del 17 de mayo de 2012, radicado Interno 0986-09, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Dte: José Nicolás Paz. Ddo: ESE Hospital Local de San Onofre.

En el asunto decidido en esta providencia, como ocurre en el *sub examine*, dentro de sus pretensiones el demandante omitió cuestionar el acto ficto, sin embargo, la Sala procedió a estudiar de fondo el asunto, dando prelación al derecho sustancial y el acceso a la administración de justicia, amén de que las instancias previas





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

ahora se percata, nada dijo sobre el particular en la oportunidad legal.

Adicional a lo anterior, que en sí mismo diluye la falencia, no puede perderse de vista que en reiterados pronunciamientos, de tutela y de constitucionalidad, la Corte Constitucional⁴ ha precisado que el derecho a la seguridad social en materia pensional asume el carácter de fundamental, cuando su desconocimiento pueda conllevar la violación de otros derechos y principios fundamentales, como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos de la tercera edad o la dignidad humana, entre otros. Consecuente con ello la Sección Segunda del Consejo de Estado, en múltiples ocasiones y bajo ciertas circunstancias ha obviado exigencias procedimentales, v.gr., indebido o falta de agotamiento de vía gubernativa, en beneficio de esta garantía constitucional, procediendo a analizar y decidir de fondo⁵, porque sería

nunca advirieron la carencia, por lo tanto no era justo trasladar los efectos nocivos de la misma -un eventual fallo inhibitorio- al actor.

⁴ Entre ellas se pueden mencionar, por mencionar algunas, las sentencias T-491, T-534, T-571, de 1992; T-111, T-110, T-124, de 1.994; T-1730 de 2000, y C-177 de 1998.

En la C-177 de 1998 el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de señalar:

"El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente. Así mismo, la pensión de vejez goza de amparo superior en los artículos 48 y 53 de la Constitución, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia."

⁵ Entre ellas, las siguientes providencias de la Sección Segunda, Subsección "A": Sentencia del 2 de octubre de 2008, radicado interno 2599-07; Sentencia del 25 de noviembre de 2010, radicado interno 0465-09; Sentencia del 17 de agosto de 2011, radicado interno 2203-10; CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En la última de las providencias reseñadas, expuso la Corporación:

"En efecto, en el ordenamiento constitucional el derecho a la seguridad social goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.

Frente al caso particular de las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la debilidad manifiesta de dicho grupo poblacional, pues ha de entenderse que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada y que su condición física luego de una vida de labor representa una situación desventajosa frente a los demás individuos, de manera pues que la efectividad del mismo, involucra y compromete directamente la vigencia de una serie de derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física y el mínimo vital, que hacen necesario un amparo especial, convirtiéndolo en un derecho de aplicación inmediata respecto a tales individuos, cuya expresión formal se encuentra consignada en los artículos 13 y 46 de la Carta Constitucional, en donde se señala como un imperativo para el Estado la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y la garantía de su derecho a la seguridad social.

De acuerdo con lo anterior, es forzoso concluir que la exigencia contenida como requisito de acceso a la vía judicial en el artículo 135 del C.C.A. en armonía con el contenido de los artículos 50, 51, 62 y 63 ibidem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, en tanto impide su





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

indigno someter a una persona a recorrer un nuevo trámite, con todo lo que comporta, a sabiendas que para cuando eventualmente a ese pensionado se le pueda hacer efectivo su derecho de reliquidación pensional, como podría suceder en el presente asunto, tal vez, ha muerto o se le ha puesto en circunstancias tales de precariedad, que compromete no sólo su mínimo vital, sino su subsistencia misma y la de su entorno familiar.

En ese entendimiento, no hay razón entonces para despachar la ineptitud de la demanda, menos aun cuando no constituye objeto de controversia dado los límites los que se debe contraer la alzada,

6.1.2. Del IBL discutido y la resolución del problema jurídico.

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 del actor 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, entendiendo 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 de la resolución 3005 del 24 de agosto de 2006 (fl. 32 a 33 Cdo. No. 1) se desprende que al 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 29 a 31 ídem que el actor recibía además de su asignación básica otros emolumentos que componen salario según la tesis defendida por la Sala.

definición judicial y retarda su efectividad en contravía del prevalente amparo que al respecto consagran las normas constitucionales citadas exigible y vinculante tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales; razón por la que en el sub lite, el conjunto normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal debe ser inaplicable atendiendo a la cláusula de excepción contenida en el artículo 4º Superior, que impone la aplicación en rigor del ordenamiento constitucional de manera preferente en caso de incompatibilidad con la inferior."



Así mismo, de la resolución 5454 de 13 de febrero de 2012 que milita a folio 13 a 24 ídem (acto demandado) y que negó la reliquidación de la prestación, surge palmario que el único factor que compone el IBL del actor es su asignación básica, luego evidentemente debe permanecer incólume la sentencia apelada, dado que la norma invocada como régimen pensional por el ente demandado (ley 33 de 1985) a *prima facie* revela – como se advirtió – que el IBL lo debe componer el salario en su real dimensión y no así la mera asignación básica mensual.

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 CIENTO NOVENTA Y DOS MIL



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

CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS (\$ 192.182), 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 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 CIENTO NOVENTA Y DOS MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS (\$ 192.182), 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.

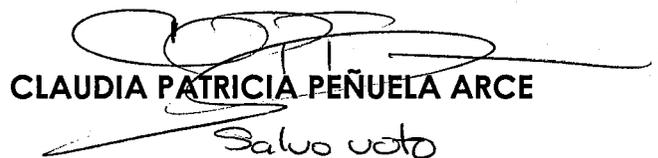
LOS MAGISTRADOS,



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



ARTURO MATSON CARBALLO



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Salvo voto

