

Cartagena de Indias D.T y C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00065-01
Demandante	ERASMO HERRERA BARRIOS
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA
Tema	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – Revoca- Reconocimiento de horas extras.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 4 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ERASMO HERRERA BARRIOS, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

² Folio 1-20

3.1.1. Pretensiones³

PRIMERO: Declárese la nulidad parcial de la Resolución No. 8924 del 23 de diciembre de 2015, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación al señor ERASMO HERRERA BARRIOS.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se concede a la entidad demandada a reconocer y pagar al actor, la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al status pensional.

TERCERO: Implicar por inconstitucionalidad el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3 por violar ostensiblemente la constitución y la Ley 91 de 1989.

CUARTO: Que sobre la mesada resultante se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforme la Ley 71/88 y se paguen intereses moratorios.

QUINTO: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos el artículo 195 del CCA., y se condene en costas a la entidad demandada.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El señor ERASMO HERRERA BARRIOS nació el 25 de noviembre de 1957 y prestó sus servicios como docente durante más de 20 años, por lo que, mediante Resolución 8924 del 23 de diciembre de 2015, se le reconoció una pensión efectiva a partir del 8 de abril de 2015, en un valor mensual de \$1.912.789.

Para reconocer la pensión anterior, se tuvieron en cuenta la asignación mensual, y la prima de vacaciones, dejándose por fuera la prima de navidad, prima de servicios y las horas extras.

³ Folio 1-2

⁴ Folio 2

13-001-33-33-007-2018-00065-01

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

- Ley 91 de 1989
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Decreto 1045 de 1978

Como concepto de violación, el demandante expone que los docentes tienen un régimen pensional diferente, dependiendo de la fecha en la que se su vinculación; en ese sentido, si se vincularon antes de la Ley 812 de 2003, su régimen será el consagrado en la Ley 33/85, pero si fue posterior, su régimen será el establecido en la Ley 100/93.

Que, en caso de ser beneficiarios de la Ley 33/85, debe tenerse en cuenta que la misma no expone de manera taxativa los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión, por lo que debe aplicarse la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

Indica, que se le están violando sus derechos toda vez que, a la hora de liquidar la pensión, no se le tuvieron en cuenta algunos factores salariales devengados en el último año de servicios, tal y como lo demuestra el certificado salarial aportado al proceso.

En ese orden de ideas, sostiene que el acto administrativo enjuiciado no se encuentra ajustado a derecho, puesto que desconoce lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remite al Decreto 1045/78.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ⁵

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión del actor gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

⁵ Folio 72-82

13-001-33-33-007-2018-00065-01

Afirma que la pretensión del demandante no se encuentra ajustada a derecho puesto que, no es viable conforme a la ley el reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no se ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez el demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente de la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente.

Como excepciones propone la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 4 de abril de 2019, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, acogiendo las directrices dadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, que, a su juicio resultan aplicables al caso concreto en lo que se refiere a la segunda subregla planteada por el alto Tribunal, pues se refiere a los factores salariales.

En ese sentido consideró que, para que fuere procedente el reconocimiento de los factores salariales exigidos por el demandante, debía probarse que (i) éstos estuvieran incluidos en el listado taxativo de la Ley 33 y 62 de 1985 y (ii) que sobre los mismos se hayan realizado aportes.

De acuerdo con lo anterior, el Juez a quo concluyó que el demandante no tenía derecho a la reliquidación deprecada toda vez que la prima de navidad y servicios no se encuentran dentro del listado establecido en la Ley 62/85. En cuanto a las horas extras, expresó que no se podía acceder a la reliquidación con base en las mismas, porque no se había demostrado que sobre ellas se hubiera realizado cotización al sistema.

⁶ Folio 98-102 c. 1

Con los argumentos antes enunciados, el Despacho en comento decidió negar las pretensiones de la demanda.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 no es aplicable al caso concreto, como quiera que en la misma se definen reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; mientras que, los docentes afiliados al FOMAG, por tratarse empleados públicos del régimen especial, cobijados por lo establecido en los decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/798, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989, se encuentran exceptuados de dicha norma.

Sostiene, que a los docentes se les aplica la Ley 33/85 por remisión expresa de la ley 91/89, más no por el art. 36 de la Ley 100/93, por lo que no le son aplicables las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación mencionada; india que la Ley 100/93 es aplicable únicamente a los docentes que se hubieran vinculado al servicio del Estado después de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Afirma, que para efecto de establecer los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de las pensiones, según el art. 15 de la Ley 91/89, son los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78; sin embargo, el Consejo de Estado ha establecido que el salario base para la liquidación de las pensiones está conformado por todos aquellos factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica. En ese orden de ideas, debe entenderse que la Ley 91/89 no limitó los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión, por lo que tampoco es posible que se apliquen de manera taxativa los factores establecidos en la Ley 33/85.

Alega en su defensa la sentencia de tutela emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, del 27 de septiembre de 2018, por medio de la cual dicha sección expuso que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no era aplicable a los docentes.

⁷ Folio 134-142 c. 1

13-001-33-33-007-2018-00065-01

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 20 de junio 2019⁸, por lo que el 27 de agosto de 2019 se procedió a admitirla⁹, y se corrió traslado para alegar el 17 de octubre de 2019¹⁰.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la demandante como la demandada guardaron silencio en esta oportunidad; por su parte, el Ministerio Público sí rindió concepto, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se ordene la reliquidación de la pensión del demandante con la inclusión de las horas extras¹¹.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho el señor ERASMO HERRERA BARRIOS derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?

⁸ Folio 3 c. 2

⁹ Folio 5 c. 2

¹⁰ Folio 10 ibídem

¹¹ Folio 15-19

5.3 Tesis de la Sala

A pesar de lo anterior, la Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para ordenar el reconocimiento e inclusión de las horas extras, toda vez que las mismas constituyen uno de los factores salariales establecidos en la Ley 62/85, para tener en cuenta a la hora de liquidar de la pensión.

En cuanto a la inclusión de los demás factores solicitados se denegarán en aplicación del precedente jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según el cual, los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional de los Docentes vinculados antes de la Ley 812/03, son exclusivamente los citados en la Ley 33/85.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹².

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, “no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”.

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica¹³.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

¹² Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹³ *Ibídem*.

13-001-33-33-007-2018-00065-01

del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

5.4.2 Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

El Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003". (Subrayado fuera del texto)

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

"I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres."

5.4.3 Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

13-001-33-33-007-2018-00065-01

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)

El literal B del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1° señala:

“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.”

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa de reemplazo, la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente.

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado¹⁴ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo

¹⁴ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

13-001-33-33-007-2018-00065-01

3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

“Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.” (Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes¹⁶ vinculados a partir de 1° de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.5 Caso concreto

5.5.1 Hechos relevantes probados:

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

13-001-33-33-007-2018-00065-01

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Se encuentra probado que el señor ERASMO HERRERA BARRIOS nació el 25 de noviembre de 1957 y laboró al servicio del Magisterio por el periodo de 05 de junio de 1992 al 30 de noviembre de 1992 y del 4 de marzo de 1996 al 7 de abril de 2015¹⁷.
- Que a través Resolución No. 8924 del 23 de diciembre de 2015, se reconoció una pensión de jubilación en su favor, teniendo en cuenta el 75% de los siguientes factores: **asignación básica y prima de vacaciones**. La pensión, quedó liquidada en un valor de \$1.912.789, efectivos a partir del 8 de abril de 2015¹⁸.
- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, y horas extras**¹⁹.

5.5.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En este asunto se demanda la nulidad parcial de la Resolución No. 8924 del 23 de diciembre de 2015, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación al señor ERASMO HERRERA BARRIOS.

Conforme a las pruebas aportadas al proceso, se encuentra demostrado que el señor ERASMO HERRERA BARRIOS, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 8924 del 23 de diciembre de 2015, por haber prestado sus servicios como docente estatal y contar con los requisitos para ello.

Así mismo se estableció que, para liquidar la mesada pensional se debía tener en cuenta el 75% de la asignación básica y la prima de vacaciones devengadas durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2014-2015).

¹⁷ Folio 21 y 24

¹⁸ Fol. 21-23 cdno 1

¹⁹ Fol. 24.

13-001-33-33-007-2018-00065-01

En ese orden de ideas, como quiera que la vinculación del demandante se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable al mismo, es el previsto en la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89, tal como lo señala el juez de primera instancia.

Ahora bien, una vez establecido lo anterior, deben determinarse las reglas a aplicar para calcular la pensión de la interesada. Al respecto, la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019 señala, que los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 son los siguientes:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Conforme al certificado laboral de la accionante, se avizora que en el año 2014-2015 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) el señor ERASMO HERRERA BARRIOS devengó, los siguientes factores salariales: **asignación básica**, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, y **horas extras**²⁰.

De acuerdo con lo expuesto, el demandante no tiene derecho a que se le incluya la prima de navidad y prima de servicios puesto que, dichos factores no hacen parte del listado taxativo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, para liquidar la pensión; además de lo anterior, el accionante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre dicho emolumento por lo que, no pueden ser reconocido como parte del IBL. Ahora bien, en lo que respecta a la prima de vacaciones, que sí fue tomada en cuenta en la Resolución No. 8924 del 23 de diciembre de 2015 como parte del IBL, a pesar de no estar contemplada por la Ley 33/85, esta Corporación no emitirá ningún pronunciamiento, pues ello no es el objeto de la demanda.

²⁰ Fol. 24 .

13-001-33-33-007-2018-00065-01

Por otra parte, observa esta Judicatura que el demandante, percibió horas extras en el último año de servicios, pero dicho emolumento no fue tenido en cuenta por la entidad demandada, para el cálculo de su pensión. Sin embargo, considera esta Corporación que dicho emolumento debe ser reconocido, aún cuando no se hayan acreditado los aportes frente a los mismos, toda vez que, no puede desconocerse que el deber de liquidar los aportes para pensión es del empleador, y que el trabajador no puede verse afectado por las omisiones que éstos realicen frente al cumplimiento de las normas legales. En ese sentido, debe resaltarse que la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85, establece de forma clara cuales son los factores sobre los cuales se debe cotizar la pensión y si el empleador no los tuvo en cuenta, las consecuencias de dicho descuido no pueden afectar a la parte más débil de la relación laboral.

En ese orden de ideas, se ordenará la reliquidación de la pensión del señor ERASMO HERRERA BARRIOS, únicamente en lo que respecta a la inclusión de las horas extras como factor salarial, devengados desde el 8 de abril de 2014, hasta el 7 de abril de 2015. La condena anterior deberá ser indexada conforme lo establece el artículo 187 del CPACA, de acuerdo con la fórmula que en la parte resolutive de esta providencia se expondrá.

De igual forma se ordenará, que en caso de que no se hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social; la entidad demandada realice los descuentos respectivos.

Prescripción.

En lo que respecta a la prescripción de los derechos reclamados, conforme a las pruebas allegadas al plenario, se puede concluir que el caso concreto **no operó el fenómeno de la prescripción**, toda vez que el señor ERASMO HERRERA BARRIOS adquirió el status pensional el 7 de abril de 2015²¹, por lo que presentó solicitud de reconocimiento de su pensión el 22 de octubre de 2015, siendo expedida la resolución respectiva el 23 de diciembre de 2015 (fol. 21), y la demanda fue presentada el 9 de abril de 2018 (fol. 1); por lo que se concluye que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

²¹ Folio 21

13-001-33-33-007-2018-00065-01

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución 8924 del 23 de diciembre de 2015, mediante la cual se reliquidó la pensión de jubilación al demandante señor ERASMO HERRERA BARRIOS, expedida por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA - BOLÍVAR, por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIAL DEL MAGISTERIO, a reliquidar la

13-001-33-33-007-2018-00065-01

pensión de jubilación del señor ERASMO HERRERA BARRIOS, teniendo en cuenta, además de la asignación básica y la prima de navidad, el 75% del promedio de las horas extras devengadas desde el 8 de abril de 2014, hasta el 7 de abril de 2015. Lo anterior, con efectividad a partir del 8 de abril de 2015.

CUARTO: Las diferencias pensionales que resulten a favor de la demandante deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante a título de diferencia pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el "DANE", vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada de reajuste pensional, teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión del nuevo factor señalado anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta instancia, en caso que ello no se hubiere hecho.

SEXTO: DECLARAR que no operó el fenómeno de la prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: DENIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

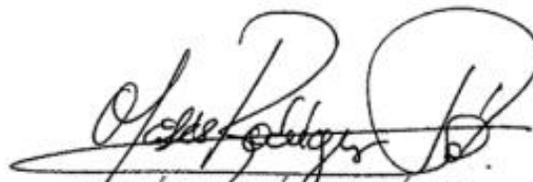
13-001-33-33-007-2018-00065-01

DÉCIMO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 034 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN