

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2017-00272-01
Demandante	IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA
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 25 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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, la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA 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 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 2-13

3.1.1. Pretensiones ³

PRIMERO: Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4145 del 24 de junio de 2014, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DISTRITO DE CARTAGENA, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades accionadas a reconocer y pagar, el reajuste de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año anterior al status pensional.

TERCERO: inaplicar por inconstitucionalidad el Decreto 3752 del 22 de Diciembre de 2003, artículo 3, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la Ley 91 de 1989, en su artículo 15, numeral 2, literal b.

CUARTO: Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme lo establece la Ley 71/88.

QUINTO: Condenar a las demandadas a reconocer, liquidar y pagar los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.

SEXTO: Condenar a las demandadas a que se le dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme el artículo 195 del CPACA.

SÉPTIMO: Condenar a las demandadas al pago costas y agencias en derecho.

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:

³ Folio 2 reverso Cdno No 1

⁴ Folio 2 reverso-3 ibídem

13-001-33-33-013-2017-00272-01

La señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA, nació el 27 de septiembre de 1956, y prestó sus servicios como docente oficial por más de 20 años, por lo que, al cumplir con los requisitos legales le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la entidad demandada, a través de la Resolución No. 4145 del 24 de junio de 2014, efectiva a partir del 28 de junio de 2014.

En dicho acto administrativo, solo se le tuvo en cuenta, para la liquidación de la pensión, los siguientes factores: asignación básica, prima de vacaciones, desconociéndose la prima de navidad y las horas extras.

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: Constitución Política; Ley 91 de 1989; Ley 60 de 1993; Ley 115 de 1994; Ley 812 de 2003; Decreto 1045 de 1978

Expone, que los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 46 y 48 de la Constitución Política Colombiana son vulnerados por el acto administrativo demandado, como quiera que el mismo no se incluyeron todos los factores salariales que la accionante devengaba en su último año de servicios, aun cuando las normas legales así lo disponen; indica que, lo anterior, vulnera el derecho a la dignidad humana, seguridad social y a la vida digna de la actora.

Afirma que, al aplicarse el Decreto 3752 de 2003, se desconoció la Ley 4/1992 y el principio de la condición más favorable al trabajador, consagrada en el artículo 53 de la Constitución. Adicionalmente, se desconoció la Ley 812/03, toda vez que ésta previó el régimen de los docentes nacionalizados, que indica que ésta solo se les aplica a los docentes vinculados con posterioridad a ella.

Como fundamentos de la nulidad, expuso las siguientes: i) violación al derecho a la igualdad; ii) normas indebidamente aplicables a la solicitud de la apelación; ii) norma dejada de aplicar en la solicitud de pensión.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁵.

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos

⁵ Folio 46-58

13-001-33-33-013-2017-00272-01

administrativos que reconocen la pensión a la accionante gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

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 la 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 (Ley 100/93 y 797/03).

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

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 25 de octubre de 2018, la Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, conforme los siguientes argumentos:

Sostuvo que en el expediente se encontraba probado que la demandante prestó había nacido el 27 de septiembre de 1956, por lo que cumplió con los 55 años de edad en el año 2011. Que la misma, prestó sus servicios como docente oficial desde el 18 de febrero de 1994, hasta la fecha; pero estuvo afiliada al fondo territorial de pensiones del departamento de bolívar de forma ininterrumpida entre el 25 de marzo de 1986 y el 30 de noviembre de 1993.

Agregó que, por haberse vinculado al magisterio con anterioridad al año 2003, le era aplicable la Ley 33/85 y las normas que la modificaran. Que la

⁶ Folio 66-74

13-001-33-33-013-2017-00272-01

prima de navidad no hacía parte de los factores salariales que se encontraban enlistados en la norma anterior, por lo que no era procedente su inclusión en la liquidación de la pensión, conforme lo exponía la sentencia del 18 de agosto de 2018, ni demostró haber realizado aportes sobre las mismas.

Por el contrario, las horas extras sí debían ser reconocidas; sin embargo, una vez liquidada la pensión que le sería reconocida a la actora (solo teniendo en cuenta el sueldo básico y las horas extras), la Juez a quo constató que el valor de la misma resultaba inferior al que actualmente ésta venía devengando la interesada, por lo que decidió negar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que le fue incluida la doceava parte de la prima de vacaciones.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, transcribiendo varias sentencia del Consejo de Estado, que no identifica, en las que se hace alusión a la reliquidación pensional de los empleados del magisterio que se vincularon con anterioridad a la Ley 812 de 2003. De igual forma, cita la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2016, en la cual se ratifica la tesis expuesta en la sentencia del 4 de agosto de 2010, frente a la inclusión de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión.

Al finalizar, concluye exponiendo que la sentencia del 18 de agosto de 2018 no es aplicable al caso concreto como quiera que en la misma se determinó que dicha providencia no cobijaba a los docentes afiliados al Fondo Nacional del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 15 de mayo de 2019⁸, por lo que 28 de junio de 2019 se procedió a admitirla⁹, y se corrió traslado para alegar el 19 de septiembre de 2019¹⁰.

⁷ Folio 76-84

⁸ Folio 2 c. 2

⁹ Folio 4 c. 2

¹⁰ Folio 9 ibídem

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 Parte demandante no presentó alegatos.

3.6.2 Parte demandada presentó sus alegatos ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda¹¹

3.6.3 Ministerio Público: rindió concepto, solicitando que se confirmara la decisión de primera instancia¹².

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.

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 la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA 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?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para ordenar el reconocimiento e inclusión

¹¹ Folio 19-21 c. apelaciones

¹² Folio 42-46 c. apelaciones

13-001-33-33-013-2017-00272-01

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 cubija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹³.

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 cubija 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 jurídica¹⁴.

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 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

¹³ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁴ *Ibídem*.

13-001-33-33-013-2017-00272-01

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:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– como una cuenta

13-001-33-33-013-2017-00272-01

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 registrarán 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 Estado¹⁵, 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 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la **SU del 25 de abril de 2019**, señalando:

¹⁵ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

13-001-33-33-013-2017-00272-01

“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 Estado¹⁶, 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 docentes¹⁷ 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:

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

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

13-001-33-33-013-2017-00272-01

- De acuerdo con lo establecido en la Resolución 4145 del 24 de junio de 2014, se tiene que la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA nació el 27 de septiembre de 1956, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2011¹⁸.
- Que, laboró como docente por más de 21 años¹⁹, primero afiliada al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Bolívar, y luego al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Que a través Resolución No. 4145 del 24 de junio de 2014, se reconoció una pensión de jubilación en su favor, teniendo en cuenta el 75% de la **asignación básica y la prima de vacaciones**, devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2010-2011); quedando liquidada la mesada pensional en un valor de \$1.651.206, efectivos a partir del 28 de septiembre de 2011²⁰.
- Conforme con el certificado laboral de la accionante, se advierte que, en el año 2010-2011 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) ésta devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y horas extras**²¹.

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

En ese caso se demanda la nulidad de la Resolución No. 4145 del 24 de junio de 2014, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DISTRITO DE CARTAGENA, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante.

Adentrándonos al caso en particular, tenemos que se encuentra demostrado que la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el acto administrativo demandado, por haber prestado sus servicios como docente estatal por más de 20 años, y haber cumplido la edad de 55 años.

¹⁸ Folio 15

¹⁹ Folio 15-17

²⁰ Folio 15-17

²¹ Fol. 18

13-001-33-33-013-2017-00272-01

En la resolución en cuestión, se liquidó la mesada pensional teniendo 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 (2010-2011); dejándose por fuera la prima de navidad y las horas extras, razón por la cual hoy día se demanda.

Sea lo primero mencionar que, tal y como lo expuso la Juez de primera instancia, el régimen aplicable a la actora es el contemplado en la Ley 33/85, como quiera que su vinculación es anterior a la Ley 812 de 2003.

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 2010-2011 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA devengó, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, y horas extras**²².

De acuerdo con lo expuesto, el demandante no tiene derecho a que se le incluya la prima de navidad puesto que, dicho factor no hace 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 tenida

²² Fol. 18 .

13-001-33-33-013-2017-00272-01

en cuenta en la Resolución No. 4145 del 24 de junio de 2014, 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.

Por otra parte, observa esta Judicatura que la demandante percibió horas extras en el último año de servicios, pero dicho emolumento, a pesar de encontrarse enlistado en la Ley 33/85, no fue tenido en cuenta por la entidad demandada para el cálculo de su pensión.

Al respecto la Juez de primera instancia, consideró que en el evento en el que se ordenara el reconocimiento de dicho factor, la pensión de la actora quedaría con un valor inferior al actualmente reconocido, ello, porque en el cálculo que hace la Juez a quo, deja por fuera la prima de vacaciones que ya viene reconocida a la accionante y que no puede ser excluida de la liquidación de la pensión, a menos que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO demande la nulidad de su propio acto.

En ese orden de ideas, se ordenará la reliquidación de la pensión de la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA, únicamente en lo que respecta a la inclusión de las horas extras como factor salarial, aun cuando no se demostrará que sobre dicho emolumento se hubieran realizado aportes, 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.

Así las cosas, esta Corporación procederá a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, disponer la NULIDAD PARCIAL DEL ACTO DEMANDADO Y COMO RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SE ORDENARÁ LA reliquidación de la pensión de la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA con la inclusión de las horas extras, devengadas desde el 26 de septiembre de 2010 y el 27 de septiembre de 2011. 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.

13-001-33-33-013-2017-00272-01

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 tiene que, la accionante adquirió el status pensional el 27 de septiembre de 2011²³, y como quiera que presentó escrito de reconocimiento de su derecho el 27 de enero de 2012²⁴, interrumpió el término de prescripción por 3 años más, los cuales vencían en enero de 2015; sin embargo, demanda fue presentada el 31 de octubre de 2017²⁵, por lo que deben entenderse prescritas las mesadas anteriores al 31 de octubre de 2014.

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.

Sin embargo, en este caso, no se condenará en costas en segunda instancia, a ninguna de las partes, como quiera que el recurso de apelación interpuesto por la actora solo prosperó de manera parcial, pues no se accedió a la inclusión de todos los factores salariales, sino, únicamente, a la inclusión de las horas extras.

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

IV.- FALLA:

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

²³ Folio 15

²⁴ Folio 15

²⁵ Folio 01

13-001-33-33-013-2017-00272-01

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución 4145 del 24 de junio de 2014, mediante la cual se liquidó la pensión de jubilación de la demandante, señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA, 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 pensión de jubilación de la señora IBBETH ELISA CASTILLO ALMANZA, teniendo en cuenta, además de la asignación básica y la prima de vacaciones, el 75% del promedio de las horas extras devengadas desde el 26 de septiembre de 2010, hasta el 27 de septiembre de 2011. Lo anterior, con efectividad a partir del 28 de septiembre de 2011.

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 pensión, 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

13-001-33-33-013-2017-00272-01

factores salariales cuya inclusión se ordena en esta instancia, en caso que ello no se hubiere hecho.

SEXTO: DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN, de las mesadas generadas con anterioridad al 31 de octubre de 2014 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.

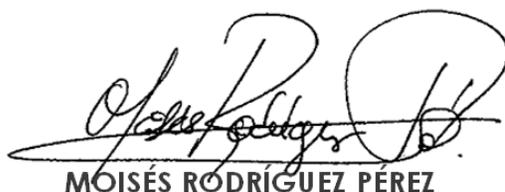
NOVENO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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. 045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN