

Cartagena de Indias D. T y C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-003-2017-00260-01
Demandante	HERNANDO MONTERO JIMÉNEZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)
Tema	Revoca parcialmente – la falta de cotización al sistema de pensiones sobre las horas extras, no da lugar a la pérdida del derecho de reliquidación pensional con la inclusión de dicho factor – aplicación del precedente jurisprudencial SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante², contra la sentencia proferida el veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019)³, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴.

3.1.1 Pretensiones⁵.

- Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1499 del 24 de febrero de 2015, por medio de la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación en favor del accionante, en lo relacionado con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

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 Fols. 119 – 123 cdno. 1 (doc. 196 – 200 exp. digital)

³ Fols. 112 – 116 cdno 1 (doc. 182 – 191 exp. digital)

⁴ Fols. 1 – 13 cdno 1 (doc. 1 – 13 exp. digital)

⁵ Fols. 2 – 3 cdno 1 (doc. 2 – 3 exp. digital)

- Que se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar una pensión ordinaria de jubilación en favor de la actora, a partir del 16 de diciembre de 2014, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al cumplimiento del status pensional, que son los que constituyen la base de liquidación pensional, y que sobre el monto inicial de la pensión reconocida se apliquen los reajustes para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.
- Que se ordene el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado, y que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño junto con los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución de poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas.
- Que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.
- Que se condene en costas a la parte demandada.

3.1.2 Hechos⁶.

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

Relató que, laboró durante más de veinte años al servicio de la docencia oficial y por cumplir los requisitos de Ley le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 1499 del 24 de febrero de 2015, en la cual se tomó únicamente como base de liquidación pensional, la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de servicios, horas extras y demás factores salariales percibidos en desarrollo de la actividad docente durante el último año de servicios prestados.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación.

La demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: Ley 91 de 1989, artículo 15, Ley 33 de 1985, artículo 1, Ley 62 de 1985, y el Decreto 1045 de 1978.

Sostuvo que, la entidad demandada al momento de expedir el acto enjuiciado, omitió el deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status

⁶ Fols. 3 – 4 cdno 1 (doc. 3 – 4 exp. digital)

de pensionado para calcular el valor de la mesada pensional, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989, que remite a la Ley 33 de 1985 y al Decreto 1045 de 1978. En ese sentido, indicó que la Ley 33 de 1985 no instituye de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, sino que de manera general, ordena que se incluyan todos los emolumentos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

A su turno, señaló que el Consejo de Estado, mediante sentencias del 04 de agosto de 2010, del 25 de noviembre de 2010, y del 14 de agosto de 2009, ha precisado que al momento de liquidar la pensión de jubilación, tanto la prima de vacaciones, como la prima de navidad, así como los demás factores devengados por el trabajador en el último año de servicios, deben ser tomados en cuenta para determinar la base de liquidación pensional, tal y como lo establece el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

3.2 CONTESTACIÓN.

3.2.1. Ministerio de Educación Nacional – FOMAG⁷.

La entidad demandada, contestó la demanda de manera extemporánea, tal como se hizo constar en el acta de audiencia inicial.

3.2 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸.

Por medio de providencia del 20 de mayo de 2019, el Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda así:

"FALLA

PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia."*

El A-quo consideró que, de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, el régimen pensional aplicable a la docente demandante era el consagrado en las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985, y 91 de 1989, por cuanto estaba demostrado que el señor Hernando Montero Jiménez se vinculó a la docencia el 16 de diciembre de 1994. En ese sentido, estimó que la pensión solo podría ser reliquidada sobre los factores salariales expresamente contemplados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, siempre y cuando sobre los mismos se hubiesen realizado los correspondientes descuentos por concepto de cotización a pensión.

⁷ Fols. 43 – 53 cdno 1 (doc. 58 – 68 exp. digital)

⁸Fols. 112 – 116 cdno 1 (doc. 182 – 191 exp. digital)

Teniendo en cuenta lo anterior, expuso que, respecto de la prima de navidad y de servicios no había lugar a reconocer la reliquidación, debido a que dichos emolumentos no estaban contenidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, por lo que no debían ser tenidos en cuenta para la liquidación del ingreso base de liquidación de la pensión.

En cuanto al factor horas extras percibido durante el último año de servicios, expresó que sí bien se encontraba incluido en el artículo antes referido, no se habían acreditado que sobre el mismo el accionante hubiera realizado aportes al sistema de pensiones, sobre ningún otro emolumento diferente a los computados por la entidad demandada, siendo este aspecto necesario para ordenar la liquidación pretendida, en vista del cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado.

Por ello, concluyó manifestando que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, motivo por el cual se denegaron las pretensiones formuladas en la demanda.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁹.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, aduciendo que el A-quo desconoció lo consagrado en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables al asunto, al negar la reliquidación de la pensión de jubilación del actor con la inclusión de las horas extras devengadas durante el año 2014.

Sostuvo que, por haberse vinculado al servicio docente antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 del 2003, le son aplicables el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que establecen que la base de la liquidación de la pensión se conforma con los factores que devengó el docente durante el año anterior de adquirir el status de pensionado, tal como ha sido precisado por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

Argumentó que, del certificado de salarios del actor, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y lo plasmado en las Leyes 33 y 62 de 1985, se tiene que, contrario a lo sostenido por el A-quo, está debidamente probado en el proceso que el señor Hernando Montero devengó durante su último año de servicios horas extras, las cuales han debido ser tenidas en cuenta al momento de liquidar el monto de la pensión de jubilación, por ser emolumentos sobre los cuales se efectúan los aportes a pensiones. En ese sentido, no incluirlos, atenta contra las normas referida y la jurisprudencia vigente respecto del tema.

⁹ Fols. 119 – 123 cdno1 (doc. 196 – 200 exp. digital)

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue asignada a este Tribunal mediante acta individual de reparto del 08 de noviembre 2019¹⁰, siendo admitida por medio de providencia del 02 de marzo de 2020¹¹, habiéndose corrido traslado a las partes, para alegar de conclusión, por auto del 09 de febrero de 2021¹².

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.6.1. Parte demandante¹³: El señor Hernando Montero Jiménez, presentó escrito de alegatos reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos esbozados en el escrito de demanda y en el recurso de alzada. Aunado a ello, solicitó que de mantenerse la decisión de primera instancia, se abstuviera de condenar en costas, por cuanto las pretensiones formuladas no son arbitrarias.

3.6.2 Parte demandada: Se abstuvo de descorrer el traslado para alegar de conclusión.

3.6.3 Ministerio Público: La entidad no rindió el concepto de su competencia.

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.

De igual forma, es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del CGP.

5.2 Problema jurídico

Habida cuenta de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, considera la Sala que se debe determinar, si:

¹⁰ Fol. 2 cdno 2 (doc. 2 exp. digital)

¹¹ Fol. 4 cdno 2 (doc. 4 C. exp. digital)

¹² Fol. 8 cdno 2 (doc. 10 exp. digital)

¹³ Fols. 12 – 15 cdno 2 (doc. 15 – 21 exp. digital)

¿El señor HERNANDO MONTERO JIMÉNEZ, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión del factor horas extras devengado durante el último año de servicios, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, y la jurisprudencia del Consejo de Estado?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala revocará parcialmente la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para ordenar el reconocimiento e inclusión del factor horas extras percibidas durante el último año de servicios prestados previos a la obtención del status pensional, por hallarse enlistado dentro del catálogo de factores previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y, aunque no se probó que sobre el mismo se hayan hecho cotizaciones, lo cierto es que tal descuento era una obligación del empleador que no puede ser transmitida al afiliado, pues en caso de que no se hayan realizado los aportes debidos, la entidad demandada deberá realizar los descuentos respectivos que le corresponden al pensionado.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 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).

Por su parte, 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 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.

Es así que, de acuerdo al artículo 48 constitucional, 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."

5.4.2 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 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 modificatorio del artículo 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

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

¹⁵ Ibídem.

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

edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.4.3 La función de unificación jurisprudencial de los Órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular, del Consejo De Estado¹⁷.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la sentencia de la referencia, indicó que, la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, estudió el carácter vinculante de las grandes Cortes de la siguiente manera: *“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.”.*

Con base en este entendimiento del principio de legalidad administrativa, reiteró que la jurisprudencia constitucional ha derivado varias reglas sobre la sujeción de la Administración a la jurisprudencia de los órganos de cierre, entre ellas que, las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

La obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del Derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas.

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:

- De acuerdo con la cedula de ciudadanía¹⁸ obrante en el expediente, se tiene que el señor Hernando Montero Jiménez, nació el 11 de agosto de

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00502-00(2177), Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

¹⁸ Fol. 18 cdno 1 (doc. 20 exp. Digital)



1957, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2012, y a la fecha cuenta con 64 años de edad.

- Certificado de historia laboral donde se hace constar que el demandante prestó sus servicios como docente con vinculación municipal, desde el 16 de diciembre de 1994¹⁹.
- Por medio de Resolución No.1499 del 24 de febrero de 2015, la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, en nombre y representación del FOMAG, reconoció pensión vitalicia de jubilación al demandante, en su calidad de docente con vinculación nacional, por valor mensual de \$1.856.060, efectiva a partir del 16 de diciembre de 2014²⁰. El tiempo laborado tenido en cuenta para el reconocimiento de la pensión fue el comprendido entre el 16 de diciembre de 1994 hasta el 15 de diciembre de 2014; teniendo en cuenta los siguientes factores para determinar la base de la liquidación pensional: sueldo básico promedio y prima de vacaciones. Dicha decisión fue notificada personalmente el 04 de marzo de 2015²¹.
- Certificado laboral en el que se avizora que la accionante, devengó los siguientes factores salariales en el último año anterior a la obtención de su status pensional de servicios: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docente y horas extras²².
- CD contentivo del expediente administrativo del señor Hernando Montero Jiménez²³.
- Certificado laboral en el que se avizora que la accionante, devengó durante el último año de servicios prestados, correspondientes al 01 de diciembre de 2017 al 30 de noviembre de 2018, los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docente²⁴.

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

En el presente asunto, el estudio que debe efectuar la Sala, está determinado por los reparos formulados por la parte accionante, contra la decisión adoptada en primera instancia, por lo que el presente análisis, se centrará en establecer si el señor Hernando Montero Jiménez, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión del factor horas extras devengado durante el último año de servicios prestados, previo a adquirir el status de pensionado, o si por el contrario, le asiste razón al A-quo al denegar la pretensión, por considerar que no se había demostrado que respecto del

¹⁹ Fol. 19 cdno 1 (doc. 21 exp. Digital)

²⁰ Fols. 16 – 17 cdno 1 (doc. 16 – 18 exp. Digital)

²¹ Fol. 17 cdno 1 (doc. 18 exp. Digital)

²² Fol. 21 cdno 1 (doc. 24 – 25 exp. Digital)

²³ Fol. 35 cdno 1

²⁴ Fol. 111 cdno 1 (doc. 180 – 181 exp. Digital)

factor horas extras, se hubiesen efectuado aportes a pensiones que dieran lugar a la reliquidación solicitada.

De conformidad con el acervo probatorio, se tiene por demostrado que el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, y mediante Resolución No. 1499 del 24 de febrero de 2015, reconoció al accionante pensión vitalicia de jubilación por valor mensual de \$1.856.060, efectiva a partir del 16 de diciembre de 2014, en calidad de docente de vinculación nacional. Para el efecto, se tuvo en cuenta el tiempo laborado comprendido entre el 16 de diciembre de 1994 hasta el 15 de diciembre de 2014, y los factores tenidos en cuenta para determinar la base de liquidación pensional fueron los siguientes: sueldo básico promedio y prima de vacaciones.

Así mismo, del certificado de salarios aportados al plenario, se aprecia que el accionante devengó durante su último año de servicio previo a adquirir el status de pensionado, no solo los factores reconocidos en la reliquidación, sino también horas extras, por lo que esta Sala procederá a determinar si dicho emolumento debe ser reconocido al demandante, y por ende, incluido en la reliquidación de su pensión

En este punto, se aclara que, como la vinculación del señor Hernando Montero Jiménez, se produjo el 16 de diciembre de 1994, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, de conformidad con el precedente judicial fijado en la SU del 25 de abril de 2019²⁵, previamente desarrollada dentro del marco normativo y jurisprudencial de esta providencia; según el cual de advertirse que el docente nacional, nacionalizado y territorial, se encuentra vinculado al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen de pensión aplicable es el ordinario de jubilación, dispuesto en la Ley 33 de 1985, y en ese orden, los factores que se deben tener en cuenta son únicamente aquellos respecto de los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo, que se pasan a relacionar:

- 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

²⁵ la cual resulta aplicable conforme al marco normativo aquí citado.

- Remuneración por trabajo suplementario o de **horas extras**, o realizado en jornada nocturna

Como se evidenció, el objeto de la controversia versa sobre el factor horas extras, por lo que el pronunciamiento de la Sala, se delimitará al mismo. Al respecto, de indicarse que dicho elemento se encuentra incluido dentro del listado taxativo de factores que componen el ingreso base de liquidación pensional, y fue percibido por el demandante durante los meses de marzo, abril, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre del 2014, periodos que se encuentran incluidos dentro del último año de servicios prestados por el actor, previo a adquirir el status de pensionado. No obstante, dicho emolumento no fue tenido en cuenta por el FOMAG, al expedir la Resolución No. 1499 del 24 de febrero de 2015, que reconoció y liquidó la pensión de jubilación referida, cuando debía hacerlo.

Si bien, acierta el A-quo al sostener que en el plenario no obra prueba de que se haya cotizado a pensiones sobre el factor horas extras, estima la Sala que dicha circunstancia, contrario a lo resuelto en primera instancia, no puede dar lugar al desconocimiento del derecho que le asiste fáctica y jurídicamente al demandante, pues, el empleador debió hacerlo por mandato legal, como quiera que entre los aportes obligatorios al sistema de seguridad social en pensiones se cuentan las horas extras, y el trabajador no puede verse afectado por las omisiones en los que aquellos incurran respecto al cumplimiento de las normas legales, que en este caso, consiste en su obligación de liquidar los aportes para pensión. Al respecto, se aclara que, de conformidad con el principio de la carga dinámica de la prueba, consagrado en el artículo 177 del CGP, correspondía al empleador demostrar que no se habían efectuado dichos aportes, por encontrarse en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer el hecho controvertido. Sin embargo, de encontrar que no se realizaron los aportes debidos al sistema de seguridad social en pensiones, solo podrá ordenarse a la entidad demandada, que una vez haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión del factor horas extras, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que este debió asumir, con el objeto de no afectar los derechos mínimos y vitales del demandante.

Luego entonces, para esta Sala resulta pertinente reconocer la reliquidación pensional pretendida, con la inclusión de las horas extras certificadas durante el último año de servicios prestados previo a obtener el status pensional, por estar enlistadas en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Por lo expuesto, esta Sala REVOCARÁ el fallo de primera instancia, y en su lugar, ordenará la reliquidación de la pensión del señor Hernando Montero Jiménez, únicamente en lo que respecta a la inclusión de las horas extras devengadas

durante el año 2014, como factor salarial del IBL. 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 en pensiones, la entidad demandada realice los descuentos respectivos.

5.6. De la condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia, por haber prosperado el recurso interpuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, proferida el veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

***“PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 1499 del 24 de febrero de 2015, mediante la cual se reconoció y liquidó la pensión de jubilación al demandante señor Hernando Montero Jiménez, 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*

***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la entidad demandada a **RELIQUIDAR** la pensión de jubilación del señor Hernando Montero Jiménez, teniendo en cuenta, además de los factores salariales reconocidos, el 75% del promedio de la horas extras percibidas y certificadas durante el año 2014. Lo anterior, con efectividad a partir del 16 de diciembre de 2014.*

***TERCERO:** Las diferencias pensionales que resulten a favor del 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 el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión del nuevo factor reconocido 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.

QUINTO: DENÍEGUESE las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

SEXTO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho conforme al numeral 8 del artículo 356 del CGP, de acuerdo a lo expresado en los considerando de la sentencia. "

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

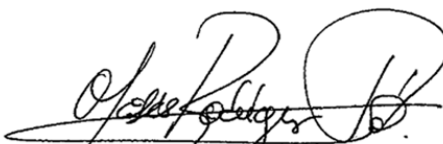
TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia, por haber prosperado el recurso interpuesto, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: 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. 018 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ