

Señor(a)

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (REPARTO).

E. S. D.

KONRAD SOTELO MUÑOZ, abogado en ejercicio, domiciliado en Popayán (C), identificado con la Cedula de ciudadanía No. 10.543.429 de Popayán, portador de la Tarjeta Profesional No. 44.778 del C.S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado especial de la señora **MARGARITA FERNANDEZ PEÑUELA**, según poder a mi conferido, me permito instaurar **Demanda por el Medio de Control De Nulidad Y Restablecimiento del Derecho**, incoada en contra de la **NACION – MINISTERIO NACIONAL DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, la cual sustento sobre los siguientes fundamentos de hecho y de derecho, así:

I-. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES.

-. PARTE DEMANDANTE.

MARGARITA FERNANDEZ PEÑUELA, mayor de edad, vecina del municipio de Santander de Quilichao, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.654.741 expedida en Santander de Quilichao (C).

-. PARTE DEMANDADA.

NACION, entidad representada judicialmente por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, cuya directora y representante legal es la Dra. Adriana María Guillen Arango o quien haga sus veces.

MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, entidades representadas legalmente por la Ministra de Educación Dra. Gina Parody o quien haga sus veces.

-. MINISTERIO PÚBLICO.

Procurador Judicial Delegado para Asuntos Administrativos ante esa Instancia judicial.

II-. HECHOS.

Primero- La demandante **MARGARITA FERNANDEZ PEÑUELA** trabajó como docente nacionalizada desde 1973 hasta el 23 de marzo de 2012, es decir, por más de 20 años.

Segundo- Mi representada nació el 23 de julio de 1950, cumpliendo 55 años de edad el 23 de julio de 2005, adquiriendo en este momento el status de pensionado de conformidad con los requisitos de tiempo de servicio y edad establecidos en el artículo 1 de la ley 33 de 1985.

Tercero- Por medio de la **resolución No. 327 del 17 de mayo de 2006**, proferida por el **MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a través de la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA** se reconoció la pensión de jubilación de mi mandante, empero por un monto inferior al que le corresponde en derecho, por cuanto tan solo se le liquidó dicha prestación con la asignación básica excluyendo el resto de factores salariales tales como el **sobresueldo, prima de vacaciones y prima de navidad**.

Cuarto- No obstante lo anterior, mi mandante continuó laborando como docente en la Institución Educativa Instituto Técnico de Santander de Quilichao, sede Centro Docente Francisco de Paula Santander y se desempeñó en dicho cargo hasta el 22 de marzo de 2012, fecha en la cual se profirió la resolución que aceptó su renuncia y se produjo el retiro del servicio activo definitivo.

Quinto- Entre el periodo comprendido entre el **22 de marzo de 2012 y el 23 de marzo de 2011** año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, de conformidad con el **Certificado salarios expedido por Secretaria de Educación del Departamento del Cauca** se indica que al momento de pensionarse mi representada devengaba los siguientes factores salariales.

Asignación básica	\$ 2.425.592,00
Pago sueldo de vacaciones	\$ 1.617.061,00
Prima de navidad	\$ 2.218.512,00
Prima vacaciones docentes	\$ 1.064.886,00

Sexto- Mi mandante elevó petición el 13 de agosto de 2015 ante el **MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, con el objetivo de lograr la reliquidación de su pensión de jubilación a la fecha del retiro definitivo del servicio, es decir el 22 de marzo de 2012, con la inclusión de TODOS los factores salariales que devengó mensualmente tales como asignación básica, **pago sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de vacaciones de docentes.**

Séptimo- De la anterior petición no se ha obtenido respuesta escrita y teniendo en cuenta que han transcurrido más de tres meses, se tiene que ha operado el silencio ficto negativo.

Octavo- Incurrieron **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** en una práctica discriminatoria al momento de reconocer la pensión de mi mandante, pues a pesar de que mi mandante, cumple con los requisitos legales exigidos, se le despoja del monto real que le corresponde por concepto de pensión de jubilación, **aplicando una norma declarada inexecutable como lo es el decreto 3752 de 2003** vulnerándole ostensiblemente sus derechos.

III-. PRETENSIONES.

Pretende la parte actora que este Honorable Juzgado, previo el seguimiento del proceso respectivo, se pronuncie en sentencia haciendo las siguientes o similares:

.- DECLARACIONES

PRIMERA- La nulidad parcial de la **Resolución No 327 de 17 de mayo de 2006**, expedida por **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a través de la **SECRETARÍA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación de mi mandante, empero sin incluir la totalidad de los factores salariales.

SEGUNDA- La existencia del acto ficto negativo que nace por la omisión a contestar el derecho de petición radicado el 13 de agosto de 2015.

TERCERA- La nulidad del acto ficto negativo de que trata el numeral anterior.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho en que ha sido lesionado la actora, se pronuncie en la sentencia ordenando las siguientes:

.- CONDENAS.

PRIMERO.- La **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** deben realizar la reliquidación de la pensión de jubilación de mi mandante en donde se incluyan todos los factores salariales devengados por mi mandante en el año inmediatamente anterior a su retiro definitivo del servicio activo, es decir el 22 de marzo de 2012 de conformidad a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 71 de 1988.

SEGUNDO.- La **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** pagaran todo el retroactivo pensional causado mes por mes y no pagado desde el 23 de julio de 2005 hasta la fecha en que se realicen los pagos de las mesadas pensionales reliquidadas.

TERCERO.- Las sumas reconocidas en los numerales anteriores serán indexadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

CUARTO.- Se condene al pago de costas y agencias en derecho a la parte demandada.

QUINTO.- Se condene a la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** dar cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el CPACA.

IV-. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

A LA LUZ DE LA CONSTITUCION POLITICA.

La Constitución vigente desde el 7 de julio de 1991 adoptó para Colombia una organización política inspirada en la forma de un estado social de derecho que tiene como fundamentos el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la universalidad ubicando a la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, garantizando a todos los habitantes este derecho como irrenunciable y teniendo como principios mínimos fundamentales la igualdad de oportunidades para los trabajadores, la remuneración mínima, vital y móvil, la estabilidad en el empleo, la aplicación de la norma mas favorable al trabajador, la primacía de la realidad sobre las formalidades y la garantía del derecho al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales. Esta Constitución determinó como fundamentales varios derechos como la vida, la libertad, la personalidad jurídica, la intimidad personal y familiar y su buen nombre, la honra, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, las peticiones y obtener pronta resolución, al trabajo y escoger libremente profesión u oficio, el debido proceso en toda clase de actuaciones, entre otros.

La seguridad social y por ende el sistema pensional, si bien no está incluida en la Constitución en el Capítulo de los Derechos fundamentales, por vía jurisprudencial en innumerables fallos se

ha concluido que adquiere tal calidad cuando se evidencia su conexidad con otros derechos como la vida, la dignidad, la igualdad, el derecho de petición, la integridad física y moral, el libre desarrollo de la personalidad, la remuneración mínima vital y móvil, la especial protección y asistencia de que gozan las personas de la tercera edad y la misma protección que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años es la base para disfrutar el descanso en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente.

Diversas sentencias de la Corte Constitucional consideran como derecho fundamental el derecho a la seguridad social respecto de las personas de la 3ª. Edad, como se indica en Sentencia de la H. Corte Constitucional:

“Respecto de las personas de la tercera edad, en la sentencia T-631 de 2002, citando la providencia T-111/94 se consideró como derecho fundamental el derecho a la seguridad social., diciendo que, **“Esta Corte, ha reconocido en reiteradas ocasiones el carácter de fundamental del derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación que de él se desprende”** expresó la sentencia T-181/93. En similar sentido: T-516/93, T-068/94, T-426/93, T-456/94, T-671/00, T-1565/00. En ellas la jurisprudencia ha dicho que se adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros¹” (negrilla y comillas fuera de texto original).

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha manifestado que el derecho a la seguridad social en pensiones, en cuanto está vinculado al derecho a la subsistencia en condiciones de dignidad, adquiere la connotación de derecho fundamental, como se ha indicado entre otras, en la Sentencia que cita a continuación:

“La previsión para el pago oportuno de los asalariados y pensionados, en los presupuestos municipales y departamentales se ha convertido en un asunto insistentemente estudiado por esta Corporación y en la presente ocasión, esta Sala mantendrá su doctrina constitucional de acuerdo con la cual la ineficacia de las administraciones Departamentales, evidenciada en la dilatada demora en el cumplimiento de sus compromisos legales y constitucionales con los trabajadores y pensionados, **afecta su mínimo vital, su vida, su dignidad humana y también los derechos fundamentales de sus familias**. La Corte reitera una vez más su convicción de que el cese prologando e indefinido de los salarios y las pensiones legalmente debidas, hace presumir la vulneración de las condiciones mínimas de existencia del asalariado y del ex trabajador y sus familia²”.

EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocer a mi mandante una pensión de jubilación por un menor valor al que por ley le corresponde, violó los artículos 1, 2, 6, 11, 12, 16, 25, 46, 48, 83 y 209 de la Constitución Nacional.

Nuestra Constitución en desarrollo del nuevo Estado Social de Derecho sujetó toda la actuación de la Administración Pública a un procedimiento reglado que sea ajustado a la Constitución y a Ley.

¹ Sentencia Corte Constitucional T-169 de febrero 27 de 2003.

² Sentencia Corte Constitucional T 931 de 1999, véase entre otras T 287 de 1995, T 456 de 1999, T 130 de 1999, T 441 de 1999, T 661 de 1999, T 834 de 1999, T 881 de 1999.

Los Artículos 1º y 2º de la C.N consagran que las Autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en su honra, vida y bienes al tiempo impone la obligación de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Uno de los deberes es precisamente la protección que tienen los ciudadanos de que el Estado les garantice el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de sus pensiones legales, debiendo tener todos los ciudadanos igualdad ante la ley y ante la Administración Pública.

El principio de legalidad consagrado en el Art. 6º de la C.N. hace que los funcionarios públicos sean responsables por infringir la Constitución o la Ley y por omisión o extralimitación de funciones.

Los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad deben ser fundamentos esenciales en la función pública al tenor del Art. 209 de la C.N. que establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y determina como deber de las autoridades coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Ha sido reiterativa la Corte Constitucional al señalar que el Estado no puede trasladar al actor las consecuencias de la ineficiencia de sus entidades, por cuanto el cumplimiento de los compromisos laborales y pensionales por parte de las entidades estatales, debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia consagrados en el Art. 209 de la CN, los que deben constituirse en pautas de comportamiento de la administración dentro del Estado Social de Derecho y mecanismos para desarrollar los fines esenciales del Estado, se cita entre otras:

“Esta Corporación ha señalado que frente al cumplimiento de los compromisos laborales y pensionales por parte de entidades estatales, éste debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia consagrados en el artículo 209 de la Carta. La función pública debe ajustarse al cumplimiento de estos dos principios, los cuales son, a la vez, pautas de comportamiento de la administración dentro del Estado Social de Derecho y mecanismos para desarrollar los fines esenciales del Estado³”

Los derechos que en el presente caso se han visto afectados, son precisamente los derechos fundamentales e irrenunciables que consagra la Constitución como lo es el derecho a disfrutar plenamente a la Seguridad Social Integral, en este caso el Sistema General de Pensiones, uno de los Tres Sistemas que conforman la Seguridad Social Integral que introdujo en nuestro país la Ley 100 de 1993, en conexidad directa con el derecho a la vida, (Art. 11 C.Po.) la dignidad humana (Art. 1º C.Po.), a la integridad física y moral (Art. 12 C.Po.), el libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.Po.) a los derechos considerados como principios mínimos fundamentales como la remuneración mínima vital y móvil, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, la garantía a la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad , y al deber del Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales, como a una vida digna que debe soportarse con unos ingresos derivados de los muchos años de trabajo (Art. 25 C.Po.) y de aportes precisamente para atender las contingencias propias de las personas de la tercera (3ª) edad para quienes el Art. 46 de la Constitución consagra especial protección y asistencia indicando que “El Estado, la sociedad y

³ Sentencia Corte Constitucional T 684 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Véase T 169 de febrero 27 de 2003, Expediente T 654417, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería).

la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad...” y “el Estado les garantizará los servicios de la Seguridad Social Integral⁴”.

El Art. 48 de la CN consagra la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Este artículo 48 fue adicionado con el Acto legislativo No. 01 de julio 22 de 2005 que terminó a partir de su vigencia () con los regímenes exceptuados y especiales a excepción de los aplicables a la fuerza pública, al Presidente de la República, respetando los derechos adquiridos y el régimen de transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010.

El Art. 53 de la CN consagra como principios mínimos fundamentales, la igualdad de oportunidades, la remuneración mínima vital y móvil, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, la primacía de la realidad sobre las formalidades, la garantía a la seguridad social y el pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales.

Se ha reiterado que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y por ende de una reliquidación al mismo derecho, encuentra sustento Constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (Art. 25 CN) pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente.

De igual manera se vulnera el principio de la condición más beneficiosa, según lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, con lo cual ni siquiera la ley puede menoscabar los derechos de los trabajadores.

A LA LUZ DE LAS NORMAS LEGALES.

Frente a las normas legales es ostensible la violación al artículo 1 de la ley 33 de 1985, ley 62 de 1985, ley 100 de 1993, decreto 1045 de 1978, en razón a que la resoluciones No. 884 de 2005 del 02 de agosto de 2005, 1565 de 03 de septiembre de 2012, 2060 de 11 diciembre de 2012 incluyen como ingreso base de liquidación solamente la asignación básica mensual sin tener en cuenta los demás factores salariales como prima de vacaciones, prima de navidad, y prima de alimentacion, lo cual es totalmente errado, y que al estar cobijado mi representado por el régimen de transición, se debió aplicar en su totalidad las disposiciones anteriores vigentes, como lo es la ley 33 de 1985, el cual indica:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado

⁴ Artículo 46 de la Constitución Nacional.

expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

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

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

PARÁGRAFO 3o. **En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley⁵.** (Comillas y negrilla fuera del texto original).

La ley 100 de 1993 incluyó en su artículo 11 el reconocimiento expreso de los derechos adquiridos, para la fecha de entrada de esta ley, lo cual fue en abril de 1994; con su artículo 36 régimen de transición, dio aplicación a esto indicando que las personas que tengan cierto límite de edad, o tiempo de cotización, seguirán sujetas al régimen que para entonces regían su expectativa, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión, como la forma de liquidación de la misma.

En razón a lo expuesto se aclara que mi representada hacía parte de las personas que se les respetaría sus derechos adquiridos, por cumplir con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en consecuencia, se le debió aplicar en su integridad la **Ley 33 de 1985** y la **Ley 62 de 1985**, la cual, de forma errada la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, no aplicaron, violando los derechos adquiridos por mi representada.

El salario constituye no solamente la asignación mensual fijada por la ley, sino todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. En ese orden de ideas debió incluirse al momento de reconocer la pensión de jubilación todos los factores salariales tales como la prima de vacaciones, prima de navidad y auxilio de movilización.

Aunando a lo anterior el decreto en que se fundamenta la resolución No. 2060 de 11 de diciembre de 2012, es decir, el artículo 3 del Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003 fue derogado por el artículo 160, Ley 1151 de 2007, de lo anterior se deduce que se resolvió la reposición aplicando una normatividad que ya estaba derogada.

De igual forma la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, al no incluir todos los factores salariales devengados por mí representado durante el último año de servicios, violo el Decreto 3135 de 1968, artículo 28; Decreto 1848 de 1969, artículos 73 y 75; Ley 712 de 2001, artículos 22 y 24; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985.

⁵ Artículo 1ro de la Ley 33 de 1985.

A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha tratado en varias ocasiones este tema y las interpretaciones fueron diversas, empero existe sentencia de unificación en donde aseguran que en la liquidación de las pensiones se deben tener en cuenta todos los factores salariales que se le cancelen de manera habitual, para lo anterior me permito citar al respecto de la inclusión de los factores salariales:

“e) “De los factores de salario para liquidar pensiones.”

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

“(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).”

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o

infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. (Subrayado y negrilla más)

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - *a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación* -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al *sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes*, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación⁶.

ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DECRETO 3752 DE 2003 PARA REALIZAR LA LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN A MI MANDANTE.

Ahora bien, **sobre la aplicación del artículo 3 del decreto 3752 de 2003** que hacen el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cabe indicar que estas entidades están incurriendo en un desacierto jurídico, al insistir en la aplicación de ese artículo en la manera en que lo ésta haciendo, pues el mismo ya fue objeto de un pronunciamiento expreso por parte del H. Consejo de Estado, pronunciamiento que cito a continuación:

*“En este punto encuentra la Sala que como la normativa rectora de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 autoriza una desproporción entre el **ingreso base de cotización (Ibc)** (el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo – artículo 8º de la ley 91 de 1989) y el **ingreso base de liquidación (Ibl)** (artículo 15 de la ley 91 de 1989), **no podía el artículo acusado 3º del decreto 3752 de 2003, señalar, de forma general como lo hizo, que en las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, debe existir una correspondencia entre los dos términos referenciados (Ibc - Ibl).***

*Si bien es cierto la correlación entre **cotización** y **liquidación** desarrollada en el artículo enjuiciado 3º del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes del 27 de junio*

⁶ Sentencia H. Consejo de Estado, Sección Segunda, del 04 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente No. 0112-09.

de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el ingreso base de cotización (Ibc) y el ingreso base de liquidación (Ibl).

Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento "pleno" y "oportuno" de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales – ley 91 de 1989).

No sobra precisar, en este punto, que la seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad) y es exigible ante los jueces (artículos 48, 86, 228 y 229 CP).

El artículo controvertido 3º del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare **nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.**⁷ (Negrilla, subrayado y comillas mías).

Con base en la anterior Jurisprudencia, no cabe duda que Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio, NO están interpretando el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 como lo señaló el Consejo de Estado, debe ordenar la reliquidación o reajuste de mi pensión de jubilación, **PUES QUEDO CLARO QUE ESE ARTÍCULO EL CUAL YA FUE DEROGADO; MIENTRAS ESTUVO VIGENTE NO APLICABA PARA LOS DOCENTES VINCULADOS CON ANTERIORIDAD AL 27 DE JUNIO DE 2003 Y QUE ADQUIRIERAN EL STATUS DE PENSIONADOS**, solamente se aplicaba para el grupo de docentes VINCULADOS con posterioridad al 27 de junio de 2003.

Sabiamente el Consejo de Estado aclaró que para el caso de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, el régimen prestacional aplicable, es el régimen vigente con anterioridad a esta fecha, para mi caso, artículo 1 la ley 33 de 1985, artículo 1 ley 62 de 1985 y la ley 91 de 1989, lo cual permite o más bien, no hace necesario que en las pensiones que se causen bajo estos parámetros exista equivalencia el Ingreso Base de Cotización y el Ingreso Base de Liquidación.

En consecuencia mi representada tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta para ello, **TODOS LOS FACTORES SALARIALES**.

Así mismo me permito citar sentencia donde el Consejo de Estado ordeno reliquidar la pensión de jubilación de un docente que se encontraba en las mismas circunstancias que mi representado:

“En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

⁷ Sentencia del H. Consejo de Estado del 06 de abril de 2011, Radicación interna **4582-04 y 9906-05 ACUMULADOS**, C.P LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..”.

...”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004...

...

Teniendo en cuenta lo anotado, se revocará el fallo impugnado que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se reconocerá la ocurrencia del silencio administrativo negativo frente a la solicitud de 2 de diciembre de 2005, y se ordenará la reliquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al que adquirió el status pensional, con la aclaración de que el monto señalado para las primas de navidad y vacaciones corresponden a 1/12 parte.

Las diferencias resultantes se ajustarán en su valor aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de conformidad al índice de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo⁸ (negrilla y comillas fuera de texto).

⁸ Sentencia del H. consejo de estado Radicación interna: 0045-09 C.P BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ .

SOBRE LA RELIQUIDACION PENSIONAL POR EL RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO.

Este tema que ha sido desarrollado ampliamente por el legislador y por la Jurisprudencia, no merece mayor explicación sino la que puede brindar la simple práctica y lógica, como lo es que el docente que cumple los requisitos exigidos por ley para obtener su pensión de jubilación, pues se le reconoce un valor por pensión, empero si sigue laborando se hace necesario la reliquidación de la pensión de jubilación con el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo.

Lo anterior, tiene sustento normativo en el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, el cual estipula el derecho a la reliquidación pensional por retiro definitivo del servicio, en los siguientes términos:

“Artículo 9 .- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social”.

Actuando conforme a derecho y en aplicación a las normas y a la jurisprudencia citada el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio, deben reliquidar o reajustar la pensión de jubilación de mi mandante ordenando la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al **retiro definitivo**.

VI.- PRUEBAS.

6.1.- PRUEBA DOCUMENTAL APORTADA.

- 1.-** Copia autentica de la Resolución No. **327 del 17-05-2006**, expedida por el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a través de la **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAUCA**, por la cual se reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de mi mandante empero sin incluir todos los factores salariales.
- 2.-** Derecho de Petición radicado el 13 de agosto de 2015 en las dependencias del Fondo Nal. Prestaciones sociales – Secretaria de Educación Departamental.
- 3.-** Certificado de salarios devengados por mi mandante.
- 4.-** Certificado de tiempo de servicios laborados por mi mandante como docente.
- 5.-** Copia de resolución No. 01565-03-2012 por medio de la cual se aceptó la renuncia de mi mandante y certifica la fecha del retiro definitivo del servicio de mi mandante.
- 6.-** Fotocopia de la Cedula de ciudadanía de mi mandante.

6.2.- DOCUMENTAL A SOLICITAR.

En forma comedida solicito se oficie a la **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAUCA – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** con domicilio en la ciudad de Popayán para que con destino a este expediente se allegue original o copia autentica del expediente contentivo de todos los soportes y antecedentes administrativos relacionados con la pensión concedida a mi mandante

MARGARITA FERNANDEZ PEÑUELA identificada con cédula de ciudadanía No. 25.654.741 de Santander de Quilichao.

VII-. CUANTIA.

Solo para efectos de razonar la cuantía y determinar competencia, sin que ello signifique renuncia a una liquidación mayor, la determino en la suma de **TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$31. 732.465)**.

El anterior valor resulta de la diferencia entre el monto de la pensión pagada a mi mandante y la que le corresponde en derecho incluyendo todos los factores salariales DE LOS ULTIMOS TRES AÑOS.

VIII-. COMPETENCIA.

En razón del domicilio de la parte actora y lugar donde ocurrieron los hechos que dan origen a esta demanda, naturaleza jurídica de la demandada y la calidad de servidor público de mi mandante, corresponde la competencia en ese H. Juzgado Administrativo de Popayán para conocer del presente asunto, de conformidad con el 155, 156, 157 y del C.P.A y C.A.

IX-. PROCEDIMIENTO.

A la presente demanda le corresponde el trámite del procedimiento establecido en los artículos 179 a 183 del C.P.A y C.A.

X-. ANEXOS.

Los documentos relacionados en el acápite de pruebas, Poder para actuar en este proceso, una copia completa para el archivo y los correspondientes traslados para las entidades demandadas y Ministerio Publico.

XI. NOTIFICACIONES.

- . PARTE DEMANDANTE

En la Calle 5 No. 8 – 63 de Santander de Quilichao

SUSCRITO APODERADO.

Recibiré las notificaciones en mi oficina ubicada en la calle 3 No. 9 – 37 Centro de esta ciudad, teléfono 8242091, email: oficinakonradsotelo@hotmail.com

- . PARTE DEMANDADA.

NACION, a través de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, ubicada en la carrera 7 No. 75 – 66 piso 2 y 3 en Bogotá D.C.

MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES, Calle 43 No. 57 - 14. Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá D.C.

Atentamente,

KONRAD SOTELO MUÑOZ.
C.C. No. 10.543.429 de Popayán.
T.P. No. 44.778 del C.S. de la J.