

Señor (a)
JUEZ(A) ADMINISTRATIVO(A) DE POPAYAN (REPARTO)
 E. S. D.

Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
 Demandante: **MARIA ELSA OMAIRA TAMAYO TAMAYO**
 Demandado: **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.595.996 de Cali, abogado titulado y en ejercicio con T.P. No. 252.514 del C. S. de la Jud., muy respetuosamente me dirijo a este Honorable Juzgado en ejercicio del poder a mi conferido por la señora **MARIA ELSA OMAIRA TAMAYO TAMAYO**, domiciliada y residente en esta ciudad, para interponer proceso ordinario de Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Resolución número **629 del 25 de mayo de 2012**, expedida por **LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, en nombre y representación de la **NACIÓN** – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual sustento conforme los siguientes términos:

I. CAPITULO PRIMERO DESIGNACION DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1. **PARTE DEMANDANTE:** Está constituida por la señora **MARIA ELSA OMAIRA TAMAYO TAMAYO**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 25.559.087 de Paez.

2. **APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE:** Es apoderado de la parte demandante el suscrito **ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.595.996 de Cali, abogado titulado y en ejercicio con T.P. No. 252.514 del C. S. de la Jud.

1. **PARTE DEMANDADA:** Son demandados **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, representadas legalmente por quien haga sus veces en cada momento procesal.

II. CAPITULO SEGUNDO DECLARACIONES Y CONDENAS

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

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución número 629 del 25 de mayo de 2012, por medio de la cual, **LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, en nombre y representación de la **NACIÓN** – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la actora, en tanto no reconoce para efectos de la liquidación el valor de todos los factores salariales y demás emolumentos devengados por mi mandante en el último año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus.

2. Que se declare que a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago del ajuste retroactivo de la Pensión Vitalicia de jubilación, conforme con las normas que rigen para el sector oficial, a saber: Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, en concordancia con los Decretos 1848 de 1969, 1042 y 1045 de 1978 y demás normas concordantes; consistente en tener como Ingreso Base de Liquidación para efectos de calcular el monto pensional de mi mandante, el promedio mensual del salario devengado en el último año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, es decir, todos los factores salariales devengados por mi mandante en el periodo comprendido entre el 19 de enero de 2011 y el 18 de enero de 2012.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionada la actora, se pronuncien las siguientes o similares declaraciones y condenas:

- a) Se ordene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, realizar el ajuste retroactivo de la pensión

vitalicia de jubilación reconocida a favor de la actora, teniendo como base para la liquidación el promedio mensual devengado en el último año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada, incluyendo todos los factores salariales devengados en dicho periodo, conforme las normas del régimen de transición para los empleados públicos y conforme las demás normas concordantes y Jurisprudencia aplicable.

- b) Condénese a las entidades accionadas al pago retroactivo a favor de la actora, de la diferencia pensional mes por mes causada y no pagada, desde la fecha en que tuvo derecho a la pensión vitalicia de jubilación, hasta la fecha en que efectivamente se realicen los pagos regulares de las mesadas pensionales, debidamente ajustadas e indexadas.
- c) Condénese a las entidades accionadas al pago retroactivo a favor de la actora, de lo que resulte de la diferencia de las Mesadas Adicionales de Junio y diciembre, desde la fecha en que se reconoció la pensión hasta la fecha en que efectivamente se realicen los pagos regulares de estas mesadas, debidamente ajustadas e indexadas.
- d) Condénese al reconocimiento y pago de los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993.
- e) Las sumas reconocidas en los numerales anteriores devengarán los intereses señalados en el Art. 192 del C.P.A.C.A., desde la fecha de ejecutoria del fallo.
- f) Las sumas reconocidas en los numerales anteriores serán indexadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor.
- g) Que se condene en costas a las entidades demandadas.
- h) Que se ordene a las entidades accionadas, dar cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.

Las anteriores pretensiones las sustento en los siguientes:

III. HECHOS

- 1) La señora **MARIA ELSA OMAIRA TAMAYO TAMAYO**, nació el 18 de enero de 1957.
- 2) La actora ha venido prestando servicios al Estado en el sector de la Educación en el municipio de Inzá.
- 3) La señora **MARIA ELSA OMAIRA TAMAYO TAMAYO** cumplió los requisitos legales para obtener la pensión VITALICIA DE JUBILACIÓN el 18 de enero de 2012, la cual le fue reconocida mediante Resolución número 629 del 25 de mayo de 2012, expedida por LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, en nombre y representación de la **NACIÓN** – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- 4) Dicho derecho pensional fue reconocido liquidando sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados por mi mandante en el último año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada.
- 5) Este acto administrativo de la entidad demandada, viola los derechos fundamentales de la condición más beneficiosa y de favorabilidad, al no aplicar, para liquidar el derecho pensional de mi mandante, la totalidad de los valores que devengó en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionada, tal como corresponde a lo establecido en las normas reguladoras de la pensión reclamada, como se explicará en el acápite de concepto de violación.
- 6) Es procedente el ajuste de la pensión reconocida a la demandante, en aplicación de los principios de condición más beneficiosa y favorabilidad, en interpretación de la Jurisprudencia vigente vertida en los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado y de los Tribunales y Jueces Administrativos, y la H Corte Constitucional, por lo cual debe garantizarse su aplicación, incluyendo, para efectos de obtener el Ingreso Base de Liquidación, los Salarios, primas, bonificaciones y todos los demás factores devengados

por la actora, en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

- 7) Los derechos aquí reclamados son ciertos, indiscutibles y adquiridos legal y constitucionalmente, por lo tanto deben ser respetados y reconocidos en los términos de los artículos 2, 4, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política, en concordancia con los múltiples señalamientos expresados por la Honorable Corte Constitucional, el Honorable Consejo de Estado en materia de derechos pensionales, por lo tanto, procede el reajuste reclamada.

IV. CAPÍTULO CUARTO NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

La acción de la entidad demandada viola las siguientes normas constitucionales y legales:

4.1. VIOLACION DE LOS ARTÍCULOS 2, 13, 25, 48, parágrafo 5, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, 53, 58, 93 y 209 DE LA CONSTITUCION POLITICA POR FALTA DE APLICACIÓN.

Las acciones desplegadas por la entidad demandada son violatorias de los artículos 1, 2, 13, 25, 48 parágrafo transitorio 5º, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, 53, 58, 93 y 209 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA.

“Artículo 1. Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista

“Artículo 2. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

El art. 2 de la Constitución Política establece los cometidos estatales que condensa la filosofía y fines de nuestro Estado Social de Derecho, cuyo principal baluarte es promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución Política, asignándole a las autoridades de la República la función de proteger los derechos y libertades públicas, asegurando la vigencia de un orden social justo, que implica que la justicia sea el sumo principio Constitucional, tal como lo indica la carta suprema desde su Preámbulo; pues no puede concebirse el derecho sin justicia. La justicia promueve la convivencia pacífica, que de suyo implica erradicar la arbitrariedad y limitar la discrecionalidad, facultad esta que cuando está en cabeza de las autoridades del Estado no es omnímoda, está reglada y solo fue concedida por el legislador bajo el pilar fundamental del interés general, que se concreta en los fines del buen servicio, los cuales en últimas son el norte que debe orientar cualquier decisión administrativa. Esta norma en el caso de la actora, se violó por la determinación de la entidad demandada, al reconocer y liquidar su pensión sin existir un criterio objetivo, sin consultar el régimen aplicable y la jurisprudencia en interpretación del régimen de transición para los empleados públicos lo que convierte su actuación en arbitraria e injusta.

Por su parte el, artículo 13 de la Constitución Política consagra el derecho de igualdad.

“...ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...” (Subrayas y Negrillas mías)

En el presente caso la citada norma se vulnera cuando la actora, a pesar de haber prestado sus servicios por más de 20 años en el sector público y encontrarse dentro de los beneficiarios del régimen de transición, no se le liquida su Derecho pensional conforme lo determina la Ley que rige su situación. En varios pronunciamientos, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado que el no liquidar el derecho pensional de quien se encuentra dentro de los presupuestos facticos y jurídicos dispuestos conforme al régimen precedente, es clara manifestación de violación del artículo 13 Superior, ya que a iguales hechos es procedente el mismo fundamento de derecho y las mismas consecuencias jurídicas, sobre todo en el tema de las pensiones, en el cual el valor último corresponde a la paz y la convivencia pacífica.

Es así como lo ha entendido el H Consejo de Estado, al desarrollar los derechos que tienen los pensionados que ostentaban la calidad de Servidores públicos, su más reciente Jurisprudencia proferida por la Sección Segunda, Sentencia de Unificación -0112 del 4 de Agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila en la cual decanto la aplicación del régimen Pensional de los Servidores Públicos regidos por la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985 y su listado de factores salariales, en el entendido de ser un listado meramente enunciativo lo que conlleva que por ser una sentencia de Unificación es aplicable a todos los casos en función del derecho fundamental a la Igualdad, de conformidad con el artículo 10 de la ley 1437 de 2011.

Conforme a lo anterior, la entidad demandada, negó de manera injusta e ilegal el beneficio aludido, pues la igualdad debe ser predicada con respecto de la expectativa compartida por personas en iguales o similares condiciones, de tal manera que la regulación legal sobre el particular, sea una verdadera oportunidad para la realización de los cometidos estatales en protección del derecho del trabajo y en virtud del principio de legalidad.

El artículo 48 constitucional sobre la seguridad social, ha sido interpretado de modo que es entendida y aceptada como un derecho que le asiste a toda persona de acceder por lo menos a una protección básica para satisfacer estados de necesidad. Es así como la concepción universal respecto del tema ha llevado a cada país a organizarse con el objeto de configurar variados modelos al servicio de este objetivo, igualmente se ha dejado de lado el concepto de que la pensión es una dádiva del estado, y ha sido considerado por la jurisprudencia como un salario diferido del trabajador, así lo expreso la H Corte Constitucional en la sentencia No. C 546 de 1992 MPS. Dres. CIRO ANGARITA BARON y ALEJANDRO MARTINEZCABALLERO, en la cual se refirió de la siguiente manera.

"...En este sentido el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución establece:

"El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales" (Subrayas y énfasis no originales).

Y en el inciso final del propio artículo 53 agrega:

"La Ley... no puede menoscabar... los derechos de los trabajadores."

Incluso los decretos con fuerza de ley dictados en los estados de excepción constitucional tampoco pueden menoscabar dichos derechos, de conformidad con el artículo 241.2 de la Carta.

Y uno de tales derechos, de orden constitucional -que es norma de normas, según el artículo 4º-, es precisamente el derecho al pago oportuno de las pensiones. En esas condiciones, es claro entonces que la Ley que viole este derecho adolece de vicio de inconstitucionalidad.

Ello es incluso más dramático si se consideran los orígenes de la pensión.

En efecto, la pensión es una prestación del trabajador regulada inicialmente por la Ley 6º de 1945, artículo 17 literal b), en donde se definió la pensión vitalicia de jubilación como una prestación de "los empleados y obreros nacionales de carácter permanente."

En el artículo 18 de aquella misma Ley se creó la Caja de Previsión Social, "a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones." Y en el artículo 19 ibídem se afirma que "la Nación garantiza todas las obligaciones de la Caja."

Así pues, desde sus orígenes fue claro que, al crearse la Caja y establecerse la solidaridad de la Nación con ella, lo que se buscó fue proteger al trabajador mediante la no restricción del patrimonio sobre el cual él podía hacer valer sus acreencias de orden prestacional.

La inembargabilidad de los recursos nacionales desvirtúa dicho objetivo y hace nugatoria la responsabilidad del nivel central del gobierno, pues deja al trabajador abandonado a la suerte que pueda correr ante la liquidez o iliquidez de un ente descentralizado.

Un agravante adicional resulta también de manifiesto si se considera la naturaleza jurídica de la pensión. En efecto, esta constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años-.

En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador.

De ahí que el pago inoportuno de una pensión y, peor aún, el no pago de la misma, sea asimilable a las conductas punibles que tipifican los delitos de abuso de confianza y a otros tipos penales de orden patrimonial y financiero como quiera que en tal hipótesis, la Nación,

deviene en una especie de banco de la seguridad social que rehúsa devolver a sus legítimos propietarios las sumas que estos forzosa y penosamente han depositado.

Por ello, la imposibilidad de acudir al embargo para obtener "el pago" de las pensiones de jubilación hace nugatorio, además de los derechos sociales, el derecho a la propiedad y demás derechos adquiridos de los trabajadores, que protege el artículo 58 constitucional. Dicho de otra manera, la no devolución de esa especie de ahorro coactivo y vitalicio denominado "pensión" equivale, ni más ni menos, a una expropiación sin indemnización, esto es, a una confiscación, la cual sólo está permitida en la Constitución para casos especiales, mediante el voto de mayorías calificadas en las cámaras legislativas y, paradójicamente, "por razones de equidad..."

Por lo tanto el Estado debe ejecutar determinadas políticas sociales que garanticen y aseguren el bienestar de los ciudadanos en determinado marco como el de las pensiones. Estos programas gubernamentales, financiados con los presupuestos estatales, son posibles gracias a fondos procedentes del erario, sufragado a partir de las imposiciones parafiscales con que el Estado grava a los propios ciudadanos. En este sentido, el Estado bienestar no hace sino generar un proceso de redistribución de la riqueza, pues en principio, las clases inferiores de una sociedad son las más beneficiadas por una cobertura social que no podrían alcanzar con sus propios ingresos.

Concluimos entonces que, el sistema de Seguridad Social constituye un elemento imprescindible y un objetivo esencial de la sociedad moderna como sistema de protección pública de cualquier situación de necesidad y para todas las personas. La Seguridad Social trata de proteger la existencia, el salario, la capacidad productiva y la tranquilidad de la familia. La finalidad es garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los accidentes de trabajo y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.

La doctrina ha definido la seguridad social como un *"Sistema a través del cual el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en la ley."*¹

Así mismo como: *"Es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causas de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a los familiares con hijos"*².

Amparada en el artículo 48 superior, nace la ley 100 de 1993, la cual crea el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objetivo es la garantía de la calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que afecten a los individuos. Esta ley tiene como fin primordial el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida de los individuos. Delimitó tres aspectos básicos como son: i. El sistema general de pensiones, ii. El sistema general de salud y; iii. El sistema general de riesgos profesionales.

En el preámbulo de la citada ley se indica: *"La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"*.

Y la jurisprudencia a su vez ha tomado la Seguridad Social como un derecho fundamental en el cual juegan un papel importante los fines del Estado y principios como la dignidad humana, manifestando que *"Con la Ley 100 de 1993 se creó en el país el llamado sistema de seguridad social integral, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, dentro del criterio de una calidad de vida en consonancia con el postulado constitucional de un orden social justo e igualitario, acorde con la dignidad humana, mediante la*

¹AGUIRDE MARTÍNEZ, Eduardo. "Seguridad Integral en la Organización". Primera Edición, septiembre 1986. Editorial Trillas Venezuela.

²ARIAS, Fernando. "Administración de Recursos Humanos" Editorial Trillas Venezuela 1987.

*protección de las contingencias que la afecten, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación*³

En suma, la seguridad social es un derecho que tiene la persona para satisfacer sus estados de necesidad en salud, pensiones y riesgos profesionales. Históricamente ha tenido una gran evolución en tanto se ha desarrollado el derecho del trabajo. Busca proteger a la sociedad en general y sus postulados han sido estructurados por la Organización Internacional del Trabajo, esto porque la seguridad social tiene como fundamento proteger en especial a la clase trabajadora, no obstante, la entidad demandada, ha vulnerado los derechos de la actora, ya que ha expedido las resoluciones de reconocimiento del derecho pensional sin tener en cuenta las normas constitucionales y legales para ello en franca violación e ilegalidad, pues en vez de brindar protección, estabilidad y respeto por el acto propio, ha sido no menos que negligente al no considerar los derechos de la actora, imponiendo una carga adicional al tener que acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento y pago de sus derechos pensionales conforme la normatividad constitucional, legal y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto del tema tratado.

Los artículos 25, 53 y 58, modificado éste último por el Acto Legislativo. 01/99, Art. 1º. El artículo 25 superior ha establecido el trabajo como un valor, un derecho, un principio y un deber, que en cualquier modalidad debe ser protegido por el Estado, por supuesto en condiciones dignas y justas. La actitud desplegada por la entidad demandada contrasta con estos postulados, toda vez que a pesar de que la actora ha prestado toda su fuerza laboral al servicio del Estado, debe compartir la expectativa que deriva de las normas pertenecientes al régimen de transición pensional de los empleados del Estado. Esto, por su especial connotación y en respeto de las disposiciones especiales aplicables. El artículo 53 por su parte, establece los principios fundamentales que protegen a todo trabajador en el Estado de Colombia; a su vez el Artículo 58, establece la garantía constitucional a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes. Derechos que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, de modo que los derechos adquiridos legal y convencionalmente deben ser respetados con todas las implicaciones que ello conlleva.

4.2 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

El artículo 93, establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” (Resaltado fuera del texto).

En este sentido, deben respetarse los Convenios o Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Colombia, que tratan sobre temas pensionales y el respeto de los derechos de esta estirpe. Ya lo ha definido la Corte Constitucional en examen de los artículos 4 y 93 superiores, en tanto ha desarrollado basta jurisprudencia en torno a la aplicación del llamado Bloque de Constitucionalidad. Así lo ha definido la Corte Constitucional: “*El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu*”

Es entonces la aplicación de dichos tratados o convenios que surge como razón jurídica vinculante.

4.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

De igual manera se vulnera el principio de LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA,

³**Sentencia** de la Corte Constitucional C-1027 de 2002, M. P. Dra.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá., veintisiete (27) de noviembre de dos mil dos (2002); en igual sentido pueden consultarse entre otras las sentencias C-714/98, C-1489/00, C-921/01, C-616/01, C-111/00, C-1187/00, C-731/00, C-828/01, C-867/01, C-956/01, C-1250/01, SU.819/99, C-714/98, C-731/00, C-616/01, C-584/95, C-1165/00, SU.819/99, C-506/01, T-475/96, C-1095/01, C-155/98, C-125/00, C-1165/00, SU.480/97, C-731/00.

PROPORCIONALIDAD, INESCENDIBILIDAD Y FAVORABILIDAD establecido en el artículo 53 de la C.N. según el cual, ni siquiera la ley puede menoscabar los derechos de los Trabajadores Principio que ha venido siendo desarrollado por la Jurisprudencia Constitucional y Administrativa desde sus más Altos tribunales.

De esta manera queda demostrada la violación que la entidad accionada ha cometido con el derecho pensional del(a) actor(a) y frente a los PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES esgrimidos.

4.4 VIOLACION DE LOS ARTÍCULOS 1, 17, 21, 23, 24 Y 26 de la ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; De los artículos 4, 9, 19, 15, de la ley 319 de 1996, Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, POR FALTA DE APLICACIÓN.

4.4.1 Ley 16 de 1972. Ratifica en su totalidad e incorpora incondicionalmente en el derecho interno colombiano la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica. En los términos del artículo 93 de la Constitución Nacional las disposiciones de este tratado prevalecen en el orden interno, es decir, este tratado pertenece al denominado doctrinalmente "Bloque de Constitucionalidad". De cualquier manera, en esta ley aprobatoria se hace mención a la OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS, A LA PROTECCIÓN ALA FAMILIA, A LOS DERECHOS POLÍTICOS, A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y AL DESARROLLO PROGRESIVO de las condiciones de las personas establecidas como derechos inalienables y de respeto inmediato por parte del Estado. Las anteriores normas se violan en tanto la entidad demandada no respetó el régimen aplicable a la actora en tanto no liquidó el derecho pensional conforme el régimen aplicable, pretermitiendo la aplicación de las normas anotadas.

4.4.2 Ley 319 de 1996. Ratifica el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. Adiciona la Convención Americana de Derechos Humanos. En los términos del artículo 93 de la Constitución Nacional las disposiciones de este tratado prevalecen en el orden interno, es decir, este tratado pertenece al denominado doctrinalmente "Bloque de Constitucionalidad". En esta ley se expresan temas sobre NO ADMISION DE RESTRICCIONES, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO A LA SALUD, DERECHO A LA CONSTITUCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.

4.4.3 Del Decreto 1848 de 1969, 1045 de 1978, la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 100 de 1993 artículo 279, régimen aplicable a los Servidores Públicos según el régimen pensional, POR APLICACIÓN INDEBIDA.

Para los fines perseguidos en el cometido de conceptuar sobre la violación de las normas por parte de la entidad demandada, se hará una descripción del problema jurídico. Se trata de establecer el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, que aplica a quien siendo destinatario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de esa ley, el primero de abril de 1994 estaba vinculado laboralmente al sector público como empleado público o trabajador oficial, y cumple los requisitos para pensionarse.

Para abordar la respuesta, hay que referir que el artículo 48⁴ de la Constitución Política de 1991, se refiere a la seguridad social como un "derecho irrenunciable" que se reconoce a todos los habitantes, y como un "servicio público de carácter obligatorio 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".

⁴ Constitución Política, Art. 48 original de 1991: "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio 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. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."

En desarrollo de la norma superior en cita, se expidió la Ley 100 de 1993, que crea y organiza el sistema de seguridad social integral⁵, conformado por "los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios" que define la misma ley⁶.

De manera que con apoyo en la Constitución Política, las pensiones, si bien continuaron siendo uno de los efectos de las relaciones de trabajo, también se configuran como parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, garantizada por el Estado y de regulación reservada al legislador bajo los principios establecidos en el artículo 48 constitucional.

i) Régimen pensional aplicable al caso concreto.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1° dispone:

"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 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 Ley..."

Por lo tanto desconocer que la Ley 33 de 1985 contiene uno de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, ya que por ser Docente pertenezco a un régimen Pensional exceptuado de la ley 100 conforme al artículo 179 y en particular el que resuelve la hipótesis descrita, sería absurdo y también sería violatorio de los principios constitucionales que rigen las condiciones del trabajo⁷ en especial los referentes a la *igualdad*, la *irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales*.

⁵ Ley 100 de 1993, "Preámbulo. La seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad." Art. 5°. "Creación. En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, organizase el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado, en los términos de la presente ley,"

⁶ Ley 100 de 1993, Art. 8°. "Conformación del Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley."

⁷ Constitución Política. Art. 53. El Congreso expedirá el Estatuto del Trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los

En este orden de ideas, tenemos que en el tema de los factores integrantes del IBL, se encuentra regulado por varias normas a saber: i) Decreto 1848 de 1969; ii) Decreto 1045 de 1978, y iii) Ley 62 de 1985. Estas normas en su momento dispusieron:

DECRETO 1848 DE 1969 - Art. 73.- *Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.*

Nótese como la primera redacción del IBL en la norma determina que será el salario y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, sin discriminar factor alguno, se resalta "SALARIOS Y PRIMAS DE TODA ESPECIE".

Posteriormente se expidió el Decreto 1045 de 1978, en el cual se manifestó de manera expresa algunos factores salariales, así se redactó la norma.

DECRETO 1045 DE 1978. *Artículo 45º.-De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) *La asignación básica mensual;*
- b) *Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) *Los dominicales y feriados;*
- d) *Las horas extras;*
- e) *Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) *La prima de navidad;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;*
- h) *La prima de servicios;*
- i) *Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) *La prima de vacaciones;*
- l) *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente..."*

Por último la Ley 62 de 1985 dispuso:

LEY 62 DE 1985 -
Artículo 1º.

Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Ahora bien, como la controversia se limita a determinar la forma de hacer la liquidación del derecho pensional en ciernes, debemos entonces referirnos a la forma como debe hacerse, para permitir estructurar la violación por parte de la entidad demandada. No cabe duda

acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

entonces que la pensión reconocida se hizo con base en el régimen Pensional aplicando la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, Lo que se discute en este caso es la aplicación del régimen Pensional en su totalidad, en especial lo que concierne al Ingreso Base De Liquidación y la forma como lo ha interpretado el Consejo de Estado, lo cual estima incluir todos los factores devengados por el Servidor Público durante el último año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus o al retiro definitivo del servicio.

El principio de la condición más beneficiosa, se puede enunciar como la sucesión normativa hecha de manera peyorativa a los intereses del trabajador o pensionado, es decir, del sujeto pasivo en tanto puede aplicársele la ley. En el caso de las pensiones, lógicamente tiene que ver con el tránsito legislativo que hace que los requisitos expresados por el legislador sean diferentes y cabe anotar aquí, que se trate de las varias normas de igual rango. No cabe duda, que históricamente dichos requisitos se han hecho más duros de alcanzar; se han aumentado las condiciones para adquirir la pensión en todos los regímenes. Precisamente, por tratarse de una categoría que merece estudio desde la perspectiva constitucional en miras a garantizar los derechos de quienes les viene justo adquirir o han adquirido el beneficio pensional con base en un régimen más favorable.

Es principio básico del derecho laboral como aplicable a los trabajadores o pensionados, que cualquier condición más beneficiosa que las estrictamente exigibles según la normatividad aplicable, que el Estado otorgue o reconozca de hecho o se incorpore al nexo del trabajo como garantía fundamental. Han de ser por sí mismas respetadas como derecho adquirido en tanto subsista la condición y, ello incluso cuando las condiciones más beneficiosas resulten afectadas por alguna disposición normativa que las regule de forma menos conveniente.

Por tratarse de un principio constitucional, por su índole de atribución personal y específica, por los derechos y garantías que en él subyacen, el tratamiento debe ser tal, que indagando sobre la naturaleza misma del derecho en cuestión podamos dar una respuesta acertada para el caso. El derecho pensional es una prestación de carácter sucesivo y normado.

Este principio vino a ser estudiado por la Honorable Corte Constitucional, doctrina que incidió sobre el vidrioso tema, ya que el tema de las personas a las cuales se les aplica el régimen transicional así lo ameritaba y, por sobre todo, porque las nuevas normas (la ley 100 de 1993) estableció las condiciones generales de aplicación para todas los sujetos pasivos en el tema de pensiones –ese fue el espíritu-, con excepción de lo contemplado en el artículo 279 y tomando en cuenta algunos regímenes especiales.

Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995⁸

“La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”.

De esa manera, resulta aplicable el principio implícito de la condición más beneficiosa vertido en el artículo 53 superior, de forma tal, que no puede inobservarse su aplicación.

Ahora bien, con respecto de la forma como se debe obtener el Ingreso Base de Liquidación para efectos de liquidar el derecho pensional dla actora, en varias sentencias se ha pronunciado el H Consejo de Estado al tratar el tema de los Servidores Públicos que se les debe aplicar las normas de la ley 33 de 1985.

En la Sentencia de Unificación del 4 de Agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) CP. VICTOR

⁸REF.: Expediente No. D-686. Normas acusadas: artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la ley 100 de 1993. Demandante: Jairo Villegas Arbeláez. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sección Segunda, el consejo de Estado unifico su jurisprudencia en relación con la forma como se deben liquidar las pensiones de los servidores públicos que se rigen por la ley 33 de 1985.

Estableció que se deben liquidar incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus, ya que el listado de factores salariales contemplados en la ley 33 de 1985 es meramente enunciativo, por lo tanto hay factores salariales que no están contemplados en el listado y se deben tener en cuenta para el ingreso base de liquidación de la Pensión de los Servidores Públicos.

Como puede observarse, el derecho pensional de la actora debe liquidarse teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios, por ello, la entidad demandada ha violado las normas aplicables al régimen de transición para los Servidores Públicos por FALSA MOTIVACION y DESVIACIÓN DE PODER al no aplicar el régimen de la ley 33 de 1985 en toda su extensión en concordancia con el Decreto 1848 de 1969 , el Decreto 1045 de 1978 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al tema .

Y más recientemente La Sección Segunda del Consejo de Estado ,al conocer de una Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de una Docente , a través de la Sentencia del 14 de Febrero de 2013 , expediente 25000232500020100107301, radicado numero 1048-12 , Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve , reitero su Jurisprudencia en relación con la forma de liquidar la Pensión de los Servidores Públicos , incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus.

Además estableció que entidad debe ser demandada y por lo tanto pagar el ajuste de la Pensión.

Precisando el caso, no cabe duda que el régimen aplicable a la actora es la ley 33 de 1985. En este término, la condición más beneficiosa consiste en aplicar el régimen anterior en su totalidad para hacer efectiva la aplicación de los principios tratados.

V. CAPÍTULO QUINTO CUANTIA Y COMPETENCIA

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 2 del artículo 155 del C.C.A., señalaremos que al momento de reconocérsele a la actora la pensión vitalicia de jubilación, no se tuvo en cuenta todos los factores salariales previstos en la ley 33 de 1985, en concordancia con el decreto 1045 de 1978, es decir, todos los devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada. La pensión reconocida a la actora se liquidó sin tener en cuenta todos los factores salariales que devengó en este lapso.

De esta manera, se deberá tener en cuenta la diferencia de la mesada pensional, dejada de pagar en los tres (03) años inmediatamente anteriores a la presentación de esta demanda. De esta forma tenemos que por un valor correspondiente a la diferencia por mesada pensional equivalente a \$235.423, valor que multiplicado por 42, que son el número de mesadas que debió recibir la actora en los últimos tres (03) años, equivale a la suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIL PESOS (\$9.887.766) MCTE; suma que de cualquier modo es inferior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 2015 equivale a la cantidad de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS PESOS (32.217.500) MCTE.

Por la naturaleza del proceso ordinario en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por el lugar de domicilio del demandado y por la cuantía, es competente el Juzgado Administrativo.

VI. CAPÍTULO SEXTO RELACIÓN PROBATORIA

6.1. DOCUMENTALES ANEXAS:

- a) Copia simple de la resolución No. 629 del 25 de mayo de 2012, que reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación, a la actora.

6.2. DOCUMENTALES POR SOLICITAR.

Solicito al Honorable Juzgado, que decrete las siguientes pruebas:

- 1) Oficiar a las entidades demandadas, para que con la contestación de la demanda, alleguen Copia Auténtica de la hoja de vida de la actora, en la cual estén todas las actuaciones realizadas dentro del trámite pensional, que reposen en las entidades accionadas.
- 2) Oficiar a la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, para que envíe al Juzgado, el Certificado de Salario y Tiempo de Servicios, de toda la vida laboral, que como docente oficial ha desempeñado mi mandante.

VII. CAPÍTULO SÉPTIMO ANEXOS

- a) Poder conferido al suscrito en legal forma.
- b) Los documentos que obran como tales en el acápite de relación probatoria.
- c) Copias de la demanda y sus anexos para traslados al Despacho, al Ministerio Público, a la Agencia Nacional para la Defensa jurídica del estado, y a las entidades demandadas.
- d) Copia simple de la demanda para el archivo y copia digital de la demanda.

VIII. CAPÍTULO OCTAVO PROCEDIMIENTO

Se dará a esta demanda el trámite señalado en el Art. 206 y s.s. del C.C.A.

IX. CAPÍTULO NOVENO DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

- La actora puede ser notificado en la Calle 5 # 12-55 - Barrio Valencia –Popayán.
- La nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la dirección acostumbrada por el despacho.
- Al Ministerio Público en la dirección acostumbrada por el Despacho.
- El suscrito puede ser notificado en la Calle 5 No. 2-41 piso 2 Tel 8241867 de Popayán. Correo electrónico andrewx22@hotmail.com y henryceronabogado@outlook.com

Del señor(a) Juez, Con todo respeto,

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS
C.C 1.130.595.996 de Cali
T. P No 252.514 del C. S. de la Jud.