

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

1

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: NANCY JOHANA ORTEGA MARTÍNEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

WILMER IGNACIO CERÓN BOLAÑOS, mayor de edad, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.089.479.076 de la Unión -Nariño y T.P. No. 239.321 del C. S. de la J., muy respetuosamente me dirijo a este Honorable Juzgado en ejercicio del poder a mi conferido por la señora NANCY JOHANA ORTEGA MARTÍNEZ, para interponer el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Resolución No. 0927-07-2018 del 9 de julio de 2018, expedidas por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación a la actora; en los siguientes términos:

I. CAPITULO PRIMERO.
DESIGNACION DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1. PARTE DEMANDANTE: Está constituida por la señora NANCY JOHANA ORTEGA MARTÍNEZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 27.298.853.
2. APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE: es apoderado de la parte demandante el suscrito WILMER IGNACIO CERÓN BOLAÑOS, mayor de edad, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.089.479.076 de la Unión -Nariño y T.P. No. 239.321 del C. S. de la J.
3. PARTE DEMANDADA: Es demandada La Nación- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, entidades representadas 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, se pronuncie en sentencia definitiva sobre las siguientes o similares declaraciones:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0927-07-2018 del 9 de julio de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación de la actora, en tanto no se tuvo en cuenta para efectos de la liquidación, el valor de todos los factores salariales devengados y sobre los cuales cotizó mi poderdante en el último año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus de pensionado esto es, prima de navidad, prima de servicios y bonificación mensual docentes, los cuales no se incluyeron en la liquidación pensional.
2. Que se declare que la señora NANCY JOHANA ORTEGA MARTÍNEZ, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con el promedio mensual del salario devengado en el último año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus de jubilado, incluyendo todos los factores salariales devengados y sobre los

cuales cotizó mi poderdante, en este lapso, tal como se colige del certificado de salarios que se aporta.

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 EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el ajuste de la pensión de jubilación reconocida a favor de la actora, teniendo como base para la liquidación el promedio mensual devengado en el último año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de jubilado, incluyendo todos los factores salariales devengados y sobre los cuales cotizó la actora en dicho periodo.
- b) Condénese a las entidades accionadas al pago a favor de la señora NANCY JOHANA ORTEGA MARTÍNEZ, la diferencia pensional mes por mes causada y no pagada, entre el valor de la pensión que debió pagarse a la actora y el valor que realmente recibió, desde la fecha en que tuvo derecho al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, hasta la fecha en que 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 mi poderdante, de la diferencia pensional referida a las Mesadas Adicionales de Junio y diciembre de cada año, causadas y no pagadas, entre el valor que debió recibir y el que efectivamente recibió por concepto de estas mesadas adicionales, desde la fecha en que tuvo derecho al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, hasta la fecha en que se realicen los pagos regulares de las mesadas pensionales, 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 los Arts. 192 de la ley 1437 de 2011 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 sustentó en los siguientes:

III. HECHOS

- 1) La Señora NANCY JOHANA ORTEGA MARTÍNEZ nació el 8 de febrero de 1963.
- 2) La actora adquirió el status de jubilación el 8 de febrero de 2018.
- 3) Mediante Resolución No. 0927-07-2018 del 9 de julio de 2018, se reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación de la actora.

- 4) La referida pensión le fue reconocida y liquidada sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados y sobre los cuales cotizó en el último año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de jubilada, tal como se puede verificar en el certificado de salarios.
- 5) El acto administrativo demandado 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 factores salariales devengados en el último año de servicios inmediatamente anterior a la adquisición del 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 la reliquidación 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 Honorable 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.
- 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 la reliquidación 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 transitorio 5º, 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.

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.

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

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

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. 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 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 del(a) actor(a), 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 del(a) actor(a), 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 el actor 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

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.

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.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. De igual manera se vulnera el principio de LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA, 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, es así como la H Corte Constitucional en la sentencia que puede considerarse como la sentencia Hito en el tema del respeto de los derechos Adquiridos y la Condición más beneficiosa para el trabajador, sentencia C 789 de 2002 dijo:

“...3.3. La protección de las expectativas legítimas de los trabajadores y la interpretación más favorable

[...]

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

[...]

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.⁴ Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),⁵ terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

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.

4.2. 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

⁴ La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya única diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado. Al respecto, en Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), F.J. No. 9, la Corte dijo: “En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que **para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad.**”

⁵ Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia “al momento de entrar en vigencia del sistema”, no la Ley.

"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.**

4.2.1. 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 A LA 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 al actor en tanto no liquidó el derecho pensional conforme el régimen aplicable, pretermitiendo la aplicación de las normas anotadas.

4.2.2. 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,

4.2.3. Del Decreto 1848 de 1969, 1045 de 1978, la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 100 de 1993, , Decreto 692 de 1994, régimen aplicable a los empleados públicos según el régimen de transición 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 48 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".

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

⁶ Ley 100 de 1993, Art. 8º. "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."

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.

El legislador de 1993 al expedir la Ley 100, incluyó en el artículo 11 el reconocimiento expreso de los derechos adquiridos en la fecha de su entrada en vigencia, y en el artículo 36 estableció un régimen de transición para que quienes, por razón de la edad o del tiempo trabajado, pudieran encontrarse próximos a adquirir el derecho pensional, continuaran sujetos al régimen que para entonces gobernara su expectativa, en cuanto a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y al monto de la pensión, pues dice textualmente el inciso segundo del artículo 36 en cita:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personan para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."

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 memento 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 tuvieron 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 inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente..."

Por último la Ley 62 de 1985 dispuso:

LEY 62 DE 1985 -

Artículo 1°.

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.

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 todos 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.

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.

El artículo 2 de la Ley 65 de 1946 dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 2o. Para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se aplicarán las reglas indicadas en el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, y su cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc...”

Igualmente el Decreto 1045 de 1978 señala:

“ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán 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...”

Normas que se deben aplicar armonizadas con las sentencias referidas expedidas por la Jurisdicción Constitucional y Administrativa.

Ahora, en relación con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, debe precisarse que no le es aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: la regla y la primera subregla por disposición expresa. Así se señala en la providencia referida:

"95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³⁰. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**"

La segunda subregla esto es, aquella que refiere a que para liquidar la pensión solo se deben tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales haya efectuado aportes, tampoco sería aplicable por defecto a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así lo indicó la Sala:

"96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones." (Subraya fuera del texto original)

Entonces, si en la primera subregla la sala resalta que los docentes no están cobijados por el régimen de transición, y la segunda subregla es aplicable solo a aquellos servidores cobijados por dicho régimen, forzoso resulta concluir que la segunda subregla tampoco le es aplicable al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en tal virtud, a estos servidores deben seguir liquidándoseles la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.

V. CAPÍTULO QUINTO CUANTIA Y COMPETENCIA

Al momento de reconocérsele a la actora la mesada pensional, no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de jubilada.

De esta manera, se deberá tener en cuenta la diferencia de la mesada pensional, causada y no pagada, entre el valor de la mesada pensional mes por mes que debió recibir mi poderdante, y el valor que efectivamente recibió en los últimos 8 meses. Así tenemos que le corresponde 8 mesadas pensionales, y teniendo en cuenta que a la fecha el valor de la diferencia pensional, para una mesada, equivale a la cantidad de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) M/L (a razón de un promedio de \$200.000 x 3 factores salariales que no se incluyeron en la liquidación), tenemos que este valor multiplicado por 8 mesadas, equivale a la suma de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$4.800.00), valor que es inferior a los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por la naturaleza del proceso, ordinario en ejercicio de 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 cedula de la actora.

- b) Copia del acto administrativo demandado (Resolución No. 0927-07-2018 del 9 de julio de 2018).
- c) Certificado de salarios y tiempo de servicios.

6.2. DOCUMENTALES POR SOLICITAR.

Solicito al Honorable Juez, que decrete las siguientes pruebas, si lo considera necesario y pertinente:

- 1) Copia Autentica de la hoja de vida del actor en la cual estén todas la actuaciones realizadas dentro del trámite pensional que reposa en la entidad accionada.
- 2) Al FOMAG copia del certificado de Salarios y Tiempos de Servicios.

**VII. CAPITULO SÉPTIMO
ANEXOS**

- a) Poder conferido a los suscritos en legal forma.
- b) Los documentos que obran como tales en el acápite de relación probatoria.
- c) Original y cuatro copias de la demanda y sus anexos.
- d) Copia simple de la demanda para el archivo.
- e) Copia digital de la demanda.

**VIII. CAPITULO OCTAVO
PROCEDIMIENTO**

Se dará a esta demanda el trámite señalado en la ley 1437 de 2011

**IX. CAPITULO NOVENO
DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES**

- Al Ministerio Público en la dirección acostumbrada por el Despacho.
- La actora y el suscrito en la Calle 4 No. 5-14 piso 2. Correo electrónico abogados@accionlegal.com.co. Tel. 3228215208.

Del señor (a) Juez, con todo respeto,


WILMER IGNACIO CERÓN BOLAÑOS
 G.C. No. 1.089.479.076 de La Unión (N)
 T.P. No. 239.321 del C. S. de la J.