

Señor

JUEZ ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TULUA (REPARTO)

E.

S.

D.

REF: **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDADO: LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO.
ACTOR : MARIA LUCERO MELO DE VASQUEZ
C. C. N° 31.193.951 de Tulua.**

ABELARDO MONTOYA DUQUE, mayor de edad, domiciliado en Cali, ciudad en la cual me hallo cedulaado bajo el No 16.637.837, abogado titulado en ejercicio con T. P. No 140.424 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la señora MARIA LUCERO MELO DE VASQUEZ, para dar cumplimiento al poder debidamente otorgado, cuyo original se adjunta, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, elevo ante Ustedes la presente DEMANDA contra **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, persona moral de Derecho Público representada legalmente por la Ministra de Educación, Dra. GINA PARODY, quien lo sea o haga sus veces, o por el apoderado especial designado al efecto, a fin de solicitar que, previos los trámites previstos en el artículo 138 del C.P.A.C.A. para el proceso ordinario, con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada ese Juzgado profiera a favor de mi representada las declaraciones y condenas iguales o similares a las siguientes:

DECLARACIONES y CONDENAS

PRIMERO.- Que se admita la presente demanda, como consecuencia de los antecedentes enunciados inicialmente, por tratarse del reconocimiento de prestaciones periódicas que se pueden reclamar en cualquier momento (Art. 136, num.2º. C.C.A.) **no opera la caducidad de la acción. (Honorable Consejo de Estado, Expediente 6504-2245 de 2000, Magistrado ponente Dr. Alberto Arango Mantilla).** Entre sus apartes el fallo contiene:

(...)

"Ahora bien, como se ha sostenido en otras oportunidades, los administrados tienen el derecho de reclamar de las autoridades competentes, en cualquier tiempo (se repite), el reconocimiento y pago de las prestaciones periódicas a que creen tener derecho, como sucede en este caso, en donde el actor solicita la reliquidación de su asignación mensual de retiro,..."

Más adelante en Sentencia C-477 de 2005, la Honorable Corte Constitucional, analizó el mismo texto y concluyó que las resoluciones que resuelvan una relación jurídica sobre derechos pensionales ese acto administrativo se puede demandar en cualquier tiempo.

SEGUNDO.- Que en el presente caso no es obligatoria la conciliación Prejudicial, toda vez que se trata de un tema laboral, el cual no es conciliable por ser un derecho irrenunciable, cierto e indiscutible, así lo expresó el Honorable Consejo de Estado en Sentencia del 11 de marzo de 2010. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09), Actor: FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA. Demandado: NOHRA PERALTA IBÁÑEZ.

TERCERO.- Que se declare la Nulidad Parcial de la Resolución N° 310-054-041 del 4 de

Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle

enero de 2012, originaria de la Secretaría de Educación Municipal de Tuluá, mediante la cual reconoció la pensión de jubilación de mi mandante, pero que al liquidar el monto pensional solo tuvo en cuenta la asignación básica, dejando de incluir la prima de vacaciones y prima de navidad.

CUARTO.- Que, como consecuencia de la nulidad parcial anterior solicitada, se restablezca a mi mandante el Derecho vulnerado, ordenando a **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, se revise la liquidación de la pensión reconocida, tomando como base para calcular el monto de su mesada inicial la totalidad de los factores legalmente constitutivos de salario que devengó durante su último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, y efectuando, por lo tanto, el reconocimiento y orden de pagar a su favor la diferencia que resulte entre las sumas que le fueron pagadas y las sumas que debió pagar de acuerdo con la nueva liquidación que se realice, con efectos desde el día 2 de abril de 2011, fecha en la cual le fue reconocida su pensión de jubilación.

QUINTO.- Que se ordene a **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, aplicar los incrementos anuales establecidos por ley sobre el nuevo monto que tenga la Pensión debidamente reajustada, a partir del 2 de abril de 2011 y desde esa fecha en adelante.

SEXTO.- Que, además, se ordene a la demandada a que reconozca y pague a favor de mi mandante, la actualización de valor o indexación monetaria resultante de aplicar al total de las sumas que sea condenada a pagarle, la variación del índice de precios al consumidor (IPC) o al por mayor.

SEPTIMO.- Que se condene a la demandada a cumplir el fallo dentro del término señalado por la ley, y en caso de no cumplirlo dentro de ese término, a reconocer y pagar a favor de mi representado los intereses moratorios.

OCTAVO.- Que se condene en costas a **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DEL MAGISTERIO** de acuerdo a lo ordenado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 392 del C.P.C.

Son fundamento de la presente acción los siguientes:

HECHOS Y OMISIONES

1.- Mi mandante, prestó sus servicios al estado Colombiano como docente, en el Municipio de Palmira por más de veinte (20) años.

2.- En consecuencia **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a través de la Secretaría de Educación Municipal de Palmira reconoció y pagó una pensión vitalicia de jubilación conforme a las Leyes 91 de 1989, y Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 mediante Resolución No. 310-054-041 del 4 de enero de 2012, en cuantía de \$ 1.625.303, efectiva a partir del 2 de abril de 2011, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados como prima de navidad y la prima de vacaciones.

3.- La entidad demandada en la Resolución N° 310-054-041 del 4 de enero de 2012, para liquidar el monto pensional tan solo tuvo en cuenta la ASIGNACIÓN BÁSICA, mas no los otros factores salariales que fueron devengados y están certificados por la entidad pagadora.

4. Según la Resolución No 310-054.041 del 4 de enero de 2012, el promedio mensual para determinar la cuantía total con solo inclusión de la asignación básica es de \$ 2.167.070 cuyo 75% arroja un valor pensional de \$ 1.625.303.

5.- Los servicios prestados por mi poderdante, fueron al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL

Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle

CAUCA, propiamente en el Municipio de Palmira, por lo tanto el Juzgado Administrativo de Cali, es competente, por factor territorial, para dirimir el conflicto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se ejerce la acción de Nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el Art. 138 del CPACA.

DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS

Constitución Nacional artículos 2, 4, 13, 25, 48 inciso final, 53 inciso 3 y 58. Código Civil, artículo 10. Ley 57/87, artículo 5. Ley 4/66, artículo 4. Decreto Reglamentario 1743/66, artículo 5. Decreto 1045 de 1978 artículo 45.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Nuestro ordenamiento superior establece las condiciones para el ejercicio del poder público, de donde nace la exigencia para las autoridades de la República de proteger a todos los residentes del territorio nacional en su vida, honra y bienes, a fin de asegurar el cumplimiento de los deberes del estado social de derecho (Art. 2º. C.P.), de la supremacía de la Constitución (Art. 4 C.P.), de la igualdad de Derechos (Art. 13 C.P.), del trabajo como obligación social (Art. 25 C.P.), y como síntesis los derechos adquiridos (Art. 58 C.P.), para el presente caso de los pensionados estatales, como que aquellos, son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Por ello, los funcionarios competentes son responsables del respeto, y ejecución del régimen especial que cobija a los pensionados estatales.

Aquí la Administración abuso de su competencia discrecional y negó los derechos de la actora, al desconocerlos de plano le usurpó su merecimiento de muchos años de eficientes servicios; pues, el principio de discrecionalidad no puede desconocer los mandatos legales para convertirse en una decisión arbitraria. (Arts. 6º, 91 C.P., 10 CC).

La Pensión de Jubilación esta establecida como un derecho imprescriptible, y su revisión y/o reliquidación accesorio, por lo que esta se puede petitionar en cualquier momento, como lo ha fallado reiteradamente el Honorable Consejo de Estado.

Antes de adentrarme en el caso sub-lite, conviene hacer algunas consideraciones generales en tomo al aspecto prestacional de los docentes. Para ello es menester indicar como antes de la Ley 43 de 1975, para efectos prestacionales existían dos grandes grupos de educadores oficiales a saber:

1º *Educadores Nacionales que se encontraban afiliados a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL y que en términos generales, para efecto del régimen prestacional, se ubican dentro de los marcos normativos del Decreto Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, con algunas excepciones dentro de las cuales cabe descartar lo regulado por el Decreto N° 224 de 1972 en lo que tiene relación con la compatibilidad entre sueldo y pensión, que amerita el reconocimiento de la pensión de jubilación sin necesidad de demostrar el retiro del servicio.*

2.- *El otro gran grupo, lo constituyen los educadores al servicio de los Departamentos, Intendencia, comisarías, Municipios y Distrito Especial de Bogotá, que por regla general se venían rigiendo por la Ley 6ª de 1945 y demás normas concordantes y complementarias y con las excepciones consagradas en normas especiales.*

Al liquidar la pensión de jubilación de mi mandante solo con el sueldo básico se desconoció la transitoriedad contenida en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que respeta el régimen al cual estaban afiliados los docentes a la entrada en vigencia la citada norma, siendo el régimen anterior a la Ley 6ª de 1945 y la Ley 4ª de 1966, que señala que las pensiones deben liquidarse con todos los factores salariales devengados.

De otra parte el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, por lo que el mismo debió haberse aplicado en forma retrospectiva y atendiendo el principio de favorabilidad de la ley.

Ahora teniendo en cuenta que mi mandante, para la vigencia de la Ley 812 de 2003, se encontraba vinculada al Magisterio Oficial, el régimen prestacional que le cobija es la Ley 91 de 1989, norma que se encontraba vigente al momento de entrar a regir la Ley 812 de 2003. Es esta y no otra la interpretación que se le debe dar a la norma.

*En efecto, habida cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, señala que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **QUE SE ENCUENTREN VINCULADOS AL SERVICIO PUBLICO EDUCATIVO OFICIAL**, es el consagrado en las disposiciones vigentes con anterioridad a la vigencia de la ley en cita, claramente podemos inferir que a mi representada la cobija esta norma de transición, por cuanto se encontraba activa al momento de expedirse la Ley 812 de 2003.*

Bajo esta óptica la norma vigente anterior es precisamente la Ley 91 de 1989 y, en consecuencia para efectos de liquidar la pensión de jubilación de mi mandante la entidad demandada debió dar aplicación a la Ley 4ª de 1966, teniendo en cuenta que la norma que creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, determinó que las prestaciones de docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 continuarán regulándose por las disposiciones vigentes en cada entidad territorial.

En efecto, el reconocimiento de los factores salariales omitidos por la entidad demandada al momento de liquidar la pensión, son procedentes, teniendo en cuenta la Ley 4ª de 1966, norma que fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, señala:

" Artículo 5º.- A partir del veintitrés (23) de abril de 1966, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios..."(subrayas fuera del texto).

Por manera que conforme a lo expuesto hasta aquí no cabe ninguna duda de que la cuantía de la pensión de jubilación a que tiene derecho los docentes, se liquida con base al promedio del 75% de los salarios devengados en el último año de servicios.

Sábase que el concepto de salario implica todo lo que constituye remuneración al trabajo como los sueldos, primas, bonificaciones, etc., excluyendo de tal concepto las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador. En el ámbito del derecho público no se pueden admitir las liberalidades patronales y por ello todo lo que percibe el empleado oficial constituye salario.

Como mi representado devengó y acreditó en su debida oportunidad ante la entidad competente para reconocer y pagar la citada prestación, además de la asignación básica, otros factores que constituyen sueldo, y estos son parte integral del salario como se desprende de cada uno de los decretos salariales que año por año dicta el Gobierno Nacional para el sector docente, conclúyase, que han de tenerse en cuenta como factores salariales para la liquidación pensional.

En últimas lo que se busca es darle correcta aplicación a la Ley 812 de 2003, respetando la excepción en ella contenida, al excluir de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 a aquellos docentes que se encuentran activos a la fecha de su vigencia, por lo que las prestaciones económicas de mi mandante deben ser calculadas con base en lo devengado al momento de adquisición del derecho. En este sentido, LA PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE SERVICIOS Y PRIMA DE ANTIGUEDAD a las que hemos venido haciendo referencia, son factores de salario para establecer el quantum pensional, toda vez que hace parte integral de la asignación básica.

***Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle***

Ahora bien, en caso de que se insista en que los factores para liquidar la pensión de jubilación deben ser aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes, se ha establecido jurisprudencialmente que las consecuencias de esta omisión no deben de afectar al afiliado, pues la responsabilidad de la cancelación de los mismos recae directamente en el empleador, quien debe descontarla directamente de la asignación del trabajador para luego girarlos a favor de la administradora de pensiones, caja de previsión o fondo.

El Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 28 de abril de 1993, con ponencia de la Doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, Expediente N° 5244, Actor María Nora Cifuentes Rico, indicó que aún cuando no se hayan efectuado los respectivos aportes para pensión sobre algunos factores salariales, los mismos deben tomarse en cuenta para efectos de calcular la mesada pensional y proceder la entidad de previsión a ordenar los descuentos correspondientes. En efecto, dicha providencia en su parte motiva pertinente afirma:

"La precisión final del artículo 1º en mención (Ley 62 de 1985), respecto a que "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" significa que aún cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, si no se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión de determinado factor, si no a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad (sic) de este inciso. La Corte dijo entonces:

" Pero es pertinente aclarar que en el caso de la liquidación de una pensión, cuando el empleado oficial no haya pagado determinados aportes, a la Caja de Previsión respectiva debe cobrarlos previamente para efectos de que ella se produzca sobre el monto total de dichos aportes, conforme a las previsiones consagradas en la Ley" (resaltado fuera de texto).

Que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de 1985, establece que los factores salariales a tener en cuenta en el reconocimiento de las pensiones de los empleados del orden nacional son: asignación básica, gastos de representación, prima de antigüedad, técnicas, ascensorial y de capacitación por servicios prestados, trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y demás factores salariales determinados en las actas de liquidación única para el personal docente de orden nacional, sin contemplar como factor de liquidación la prima de Navidad, ni la prima Especial.

Que de conformidad con las disposiciones enunciadas anteriormente se reconoció una pensión de jubilación, como docente de vinculación Departamental con pago de recursos propios a la señora BETTY AMPARO TRUJILLO DE SOTO, pero en su liquidación se omitió incluir demás factores salariales a que tiene derecho.

De Orden Superior

Si bien la Constitución no define el concepto de salario, sus elementos y sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales, ha sido el legislador quien bajo los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad lo ha precisado sin menoscabar el principio de igualdad a una remuneración mínima, vital y móvil proporcionada a la cantidad y calidad del trabajo, la irrenunciabilidad de beneficios mínimos y la prioridad de la realidad frente a la formalidad. (Art. 127 CST).

Convenios Internacionales

El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) – aprobado por la Ley 54 de 1962 – en su artículo 1º, numeral 2º con referencia a la protección del salario, contenido en el capítulo 4º, ordena:

Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle

(...)

12ª.- **En consecuencia, la sala difiere del criterio planteado por la entidad demandada al negar la reliquidación pensional al actor, toda vez que no hay disposición del orden nacional que señale que las primas de antigüedad, de servicios, de vacaciones y de navidad no son salario, es decir, esos pagos no están excluidos de la ley como factores salariales, por lo tanto, fue un error de la entidad empleadora como pagadora, que no descontó los aportes de las primas señaladas. Así, la sala considera que es importante clarificar que los empleados públicos que venían sujetos a los regímenes anteriores a la ley 100 de 1993, tiene derecho a que sus pensiones se liquiden sobre la base de los valores recibidos como retribución de sus servicios, salvo que una norma legal expresamente señale que una remuneración no tenga el carácter de factor salarial (la cual en principio sería inconstitucional), evento en el que puede excluirse de la liquidación respectiva.(Negrilla fuera de texto)**

De Orden Legal

La Ley 24/47, artículo 1º, adiciona el artículo 29 de la Ley 6/45 que quedo así:

(...)

"Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas Entidades de Derecho Público, se acumularán para el cómputo de tiempo, en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario por remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias Entidades de Derecho Público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores con cargo al mismo fondo especial". (....)

Par. 2º. Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de Jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año". **(Resaltado nuestro)**

La Ley 4/66, artículo 4º, determina la cuantía de la pensión de jubilación, así:

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. "

El D. R. 1743/66, que reglamento la L. 4/66, en su artículo 5º establece la fecha de vigencia de la ley, así

:

"A partir del 23 de Abril de 1966 inclusive, las Pensiones de Jubilación o de Invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más Entidades de Derecho Público serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración del retiro definitivo del servicio público". (Resaltado Nuestro)

La ley 33 de 1985, artículo 1º establece la porcentualidad del salario promedio base para aportes, así:

"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 (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el ultimo 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".

La Ley 62 de 1985, artículo 1º establece los factores de salario para empleados oficiales,

Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle

así:

"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 liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

De Orden Jurisprudencial

Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Consejo de Estado

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Sent. de marzo 22 de 1992, Rad. No. 433, C. P. Dr. HUMBERTO MORA OSEJO, absolvió la consulta formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, referente al concepto de salario y remuneración, así:

(...) Agrega "7º) La remuneración, según la ley, equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta, de su relación laboral. Comprende, en consecuencia, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan, directa o indirectamente, por causa o razón del trabajo o empleo, sin ninguna excepción. Es equivalente al salario, pero esta denominación de ordinario se reserva a la retribución que perciben las personas vinculadas por contrato de trabajo. En efecto:

El artículo 6º, parágrafo 1º, del Decreto 1160 de 1974 incluye en el salario - y por ende en la remuneración - " todo lo que reciba el trabajador cualquier título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones. .."

El artículo 2º de la Ley 5ª de 1969, en armonía con la disposición antes transcrita prescribe que "la asignación actual" o la última remuneración "es el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios, tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc..."

El artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 reitera el mismo concepto en cuanto prescribe que ". . . constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios. . ."

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en el mismo orden de ideas, define el salario como "todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio..." (La Sala subraya).

2. La sección segunda del Consejo de Estado en Sent. del 28 de Octubre de 1993, C.P. Dra. Dolly Pedraza, Exp. No. 5244, dijo:

(...) La precisión final del artículo 1º. en mención, respecto a que "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", significa que aun cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar, los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, si no se

cumple por cualquier, motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga lo descuentos correspondientes como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de lo de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso. La Corte dijo entonces: pero es pertinente aclarar que en el caso de la liquidación de una pensión, cuando el empleado oficial no haya pagado determinados aportes, la Caja de Previsión respectiva debe cobrarlos previamente para efectos de que ella se produzca sobre el monto total de dichos aportes, conforme a las previsiones consagradas en la ley."

3. La sección segunda del Consejo de Estado en Sent. del 14 de Noviembre de 1996, C. P. Dra. Javier Díaz Bueno, Exp. No. 12242, considero la asignación mensual, así: (...).

"Habría que definir qué constituye "asignación mensual" para éste tipo de servidores. Ya lo ha dicho el Consejo de Estado, señalando que por asignación mensual ha de entenderse "no solo la remuneración básica mensual sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios".

4. La sección Segunda del Consejo de Estado en Sent. del 27 de Abril de 2000, C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Exp. 14477 (...)

"... todo lo devengado por la relación laboral, debe formar parte de los factores para liquidar prestaciones o indemnizaciones de los empleados públicos".

5. El Consejo de Estado en Sent. del 7 de Junio de 1980, Actor Jaime Valderrama, M. P. Ignacio Reyes, considero:

(....)

"Las primas constituyen salario y, en consecuencia, son factores computables para determinar el promedio básico para la liquidación de prestaciones..." (...)

Tribunal Contencioso Administrativo

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sent. de abril 30 de 2003, M.P. Dra. Maria del Carmen Jarrin Cerón, Exp. 01-3262, considero:

(....)

9º. Armonizando los criterios expuestos, es obligatorio concluir que para todos los efectos legales, debe tomarse como factor salarial para liquidar prestaciones todos los valores cancelados a los empleados públicos y privados, salvo que exista una ley que expresamente le reste ese carácter. En consecuencia, no puede aceptarse de manera válida que la ley 33 de 1985 señale en forma taxativa los factores para liquidar las pensiones de los servidores públicos, toda vez que en el inciso tercero, del artículo 3º permite la existencia de otros factores sobre los cuales se calculen los aportes para pensión; disposición reiterada en la ley 62 de 1985 (transcritas).

Así, para la sala es claro que, no es dable a un pagador determinar con arbitrariedad, qué asignaciones del empleado constituyen o no factor salarial para calcular las cotizaciones o aportes para pensión, de suerte que para evitar contradicciones, violación del derecho a la igualdad y cualquier otra infracción, es necesario aplicar los principios universales sobre el concepto de salario expuestos en normas y convenios internacionales que concuerdan con el H. Consejo de Estado, por ejemplo:

a) el artículo 2º de la ley 5ª de 1969, a saber: (...)

b) El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la ley 54 de 1962,... (...)

12º.- En consecuencia, la sala difiere del criterio planteado por la entidad demandada al negar la reliquidación pensional al actor, toda vez que no hay disposición del orden nacional que señale que las primas de antigüedad, de servicios, de vacaciones y de navidad no son salario, es decir, esos pagos no están excluidos de la ley como factores salariales, por lo tanto, fue un error de la entidad empleadora como pagadora, que no descontó los aportes de las primas señaladas. Así, la sala considera que es importante clarificar que los empleados públicos que

venían sujetos a los regímenes anteriores a la ley 100 de 1993, tiene derecho a que sus pensiones se liquiden sobre la base de los valores recibidos como retribución de sus servicios, salvo que una norma legal expresamente señale que una remuneración no tenga el carácter de factor salarial (la cual en principio sería inconstitucional), evento en el que puede excluirse de la liquidación respectiva.

"De conformidad con lo anterior la PENSIÓN DE JUBILACIÓN, se liquida con fundamento en la "remuneración" que es todo lo que recibe el empleado público directa o indirectamente con ocasión de su relación laboral.

Por todo lo anterior, podemos concluir que para determinar el monto de la pensión de Jubilación, se deben tener en cuenta todos los factores que hayan sido devengados y certificados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status pensional.

Más adelante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en Sentencia del 16 de junio de 2006, Actor VLADIMIRO MERCADO CORRALES, Expediente N° 2005-0759-00, Magistrado Ponente Dr. RAMIRO RAMIREZ ONOFRE, demandado LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES., al que le fue liquidada la pensión de jubilación sin la totalidad de los factores salariales, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, así como los diferentes Juzgados Administrativos en temas similares se han pronunciado favorablemente sobre los demás emolumentos que se deben tener en cuenta para la base de liquidación de la pensión de derecho. .

Doctrina Constitucional

La Corte Constitucional entre otros fallos, en Sent. C-448/96, determino:

"Tal actualización, desarrolla claros principios constitucionales en especial el que surge del Art. 53 de la Carta Política cuyo tenor la remuneración laboral debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo que se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas, para que estas no se deterioren en términos reales con el paso del tiempo (...)"

La Corte Constitucional en Sent. T-418 de Septiembre 9 de 1996, considero:

" Los obligados al pago de salarios prestaciones y pensiones, deben asumir además del cubrimiento íntegro de las sumas correspondientes la actualización de los valores que hayan venido reteniendo a los trabajadores desde el momento en que adquirieron el derecho al pago, hasta el instante que éste se produzca efectivamente".

La Corte Constitucional en Sent. C-521 de Noviembre 16 de 1994, concluyo:

(....)

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales. (...)

De hay la importancia de recalcar nuevamente que, en lo pertinente a Derecho Público, no pueden existir davidas o simplemente regalos por ser provenientes del tesoro público.

De otra parte, el Honorable Consejo de Estado, en innumerables fallos sostiene

*Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle*

reiteradamente, que **LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN de los Empleados Públicos, debe ser liquidada con todos los factores salariales, y que si no se realizaron los descuentos estos se pueden efectuar.**

Dentro del concepto de salario, tenemos que se ha entendido como todo lo que constituye remuneración directa o indirecta al trabajo, como son sueldos, sobresueldos, prima de alimentación, prima de **habitación, subsidio de transporte, reajustes, auxilio de movilización, prima especial, compensación horas, prima de navidad y prima de servicios, excluyendo de éste las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador. En el campo del Derecho Público no se pueden admitir las liberalidades patronales y, por ello, todo lo que recibe el empleado oficial constituye salario.**

Por todo lo anterior, se colige que la Pensión de Jubilación debe liquidarse en razón de todo concepto recibido a título de salario.

Por tal razón todo lo recibido por cuenta del trabajador o ex-trabajador del Estado, lo percibe a título de recompensa por los servicios prestados, y no a cuenta de dádiva o mera liberalidad.

Queda claro que la regla sobre la cuantía aplicable a la Pensión de Jubilación, por lo que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio seccional a través de las Secretarías de Educación de los municipios certificados, debió aplicar para mi mandante lo estatuido en la Ley **4/66**, Art. 4º, y en el D. R. **1743/66**, artículo 5º, antes vistos.

SALARIO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA VIGENTE

La Constitución no ha señalado reglas expresas y precisas que permitan definir el concepto de salario, los elementos que lo integran ni sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, dichos aspectos corresponden a una materia que debe ser regulada por el legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, que necesariamente quitar los principios básicos que aquella contiene, como son, entre otros, la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad.

SALARIO-Noción

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales. (...)

De otra parte, el Honorable Consejo de Estado, en innumerables fallos sostiene reiteradamente, que **LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN de los Empleados Públicos, debe ser liquidada con todos los factores salariales, y que si no se realizaron los descuentos estos se pueden efectuar:**

Como lo ha planteado la Corporación en numerosas oportunidades, tal como lo precisa el artículo 127 del C.S.T. "Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte...

"No de otra manera debe entenderse dicho pago, pues de no ser así significaría que

Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle

se esta recibiendo a título de mera liberalidad y ello no puede efectuarse con fondos del tesoro público...

"De conformidad con lo anterior la PENSIÓN DE JUBILACIÓN, se liquida con fundamento en la "remuneración" que es **todo lo que recibe el empleado público directa o indirectamente con ocasión de su relación laboral.**

Por todo lo anterior, podemos concluir que para determinar el monto de la pensión de Jubilación, **se deben tener en cuenta todos los factores que hayan sido devengados y certificados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status pensional.**

VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL COMO CAUSA DE NULIDAD

LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al liquidar la pensión de mi mandante desconoció la prescriptiva de las normas denunciadas en el capítulo anterior, y por ello violó la Constitución Política en sus artículos 2, 25 y 58.

A la parte demandante le asiste el derecho que su **pensión de Jubilación sea liquidada en virtud del Concepto de Salario**, por estar considerada dentro del calificativo de un bien a la luz de la prescriptiva de los artículos 2º y 53 superiores, lo contrario sería la vulneración de éstos. Por ser la pensión de Jubilación un derecho derivado de una relación laboral, su vulneración agrede al artículo 25 superior, que regula para el trabajo una protección especial por parte del Estado.

El artículo 58 superior, se transgrede, porque: a) La pensión de Jubilación está tutelada legalmente, **b) Mi mandante cumple con todos los requisitos legales para ser beneficiario (a) de la misma, c) No le han sido reconocidos en forma total sus derechos que adquirió con justo título, y d) Los valores que le fueron reconocidos no han sido indexados como quedó visto en el acápite de declaraciones y condenas.**

Todo lo expuesto, Señor Juez, es ampliamente demostrativo de que la cuantía de la pensión de mi mandante debía liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en su último año de servicios y no como lo hizo LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que me permito solicitar una vez más se acceda favorablemente a las súplicas de la demanda.

PRUEBAS

DOCUMENTALES:

Solicito al Señor Juez, decretar y tener como pruebas los siguientes documentos que se adjuntan:

- 1.- Fotocopia de la Resolución N° 310-054-041/2012***
- 2.- Certificado de salarios debidamente expedido por la entidad competente***
- 3.- Fotocopia de la cédula de ciudadanía***
- 5.- Fotocopia tiempo de servicios.***

CUANTIA:

Mi mandante percibió en su último año de servicios o sea, desde el 01 de abril de 2010 al 02 de abril de 2011 los siguientes valores:

<i>Sueldo</i>	<i>\$ 24.972.672.00</i>
<i>Prima de navidad</i>	<i>\$ 2.150.345.00</i>
<i>Prima de vacaciones</i>	<i>\$ 1.032.166.00</i>
<i>Total percibido en el último año de servicios</i>	<i>\$ 28.155.183.00</i>

Mi mandante percibió en su último año de servicios la suma de \$ 28.155.183, cuyo

***Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle***

promedio mensual arroja un valor de \$ 2.346.265 por el 75% nos da una pensión de \$ 1.759.698.

DISCRIMINACIÓN DE LA CUANTIA

Se estima la cuantía calculando la diferencia entre las sumas pagadas a la Demandante y las que le corresponden al reliquidar su pensión incluyendo los factores constitutivos de salario que omitió la Nación Ministerio de Educación nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio , Con esta base se calcula la cuantía de este asunto desde el 2 de abril de 2011 hasta la fecha de presentación de esta Demanda, así:

Año	Vr. Mesada Reajustada	Vr. Mesada Recibida	Diferencia Mesada	Mesadas	Diferencia Total en el Año
2011	1.759.698	1.625.303	134.395	9	1.209.555
Año	Vr. Mesada Reajustada	Vr. Mesada Recibida	Diferencia Mesada	Mesadas	Diferencia Total en el Año
2012	1.825.334	1.685.926	139.407	14	1.951.700
Año	Vr. Mesada Reajustada	Vr. Mesada Recibida	Diferencia Mesada	Mesadas	Diferencia Total en el Año
2013	1.861.840	1.719.644	142.195	14	1.990.736
Año	Vr. Mesada Reajustada	Vr. Mesada Recibida	Diferencia Mesada	Mesadas	Diferencia Total en el Año
2014	1.899.076	1.754.036	145.039	14	2.030.547
Año	Vr. Mesada Reajustada	Vr. Mesada Recibida	Diferencia Mesada	Mesadas	Diferencia Total en el Año
2015	1.975.039	1.824.197	150.841	5	754.207

CUANTÍA TOTAL DEL PROCESO **\$ 7.936.745**

COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para conocer del presente juicio en primera instancia, por la cuantía del mismo que son los tres últimos que es de \$ 4.775.490 y por razón del territorio, pues mi mandante prestó sus servicios en la ciudad de Cali Valle y reside la misma ciudad. Y aquí tramitó sus solicitudes ante l. Y la Oficina local de esa entidad le ha notificado en esta ciudad las providencias dictadas en este asunto.

ANEXOS

- 1) Poder legalmente conferido al suscrito
- 2) Seis copias de la Demanda con sus anexos para los traslados de rigor.
- 3) Una para el archivo del juzgado
- 4) Copia de la Demanda en medio magnético.

DOMICILIOS PROCESALES

Demandante: En la Calle 44 N° 52-33, Palmira, teléfono 3188567789.

Demandada LA NANCION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIOAL DE PRESTACIONES SOCIALEA DEL MAGISTERIO, Calle 43 N° 57-14, teléfono 2224953, Centro Administrativo Nacional CAN en Bogotá D.C. correo electrónico despachoministra@mineducacion.gov.co.

Carrera 5 No. 10-63 Of. 318 Tel. 8833466 - Edificio Colseguros
Cali Valle

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO en la Carrera 7 N° 75-66, piso 2 y 3, Teléfono (57+1) 2558955, Centro Empresarial C75, correo mesaayuda@defensajuridica.gov.co.

AUTORIZACION:

Desde ya me permito manifestar que AUTORIZO a la Señora DIANA PATRICIA HERNANDEZ RESTREPO, quien se identifica con la C. C. N° 38.551.679 de Cali como mi dependiente judicial para que radique, revise, aporte solicite copias y sentencias.

NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la Secretaría de ese Juzgado previa información en mi Oficina de Abogado situada en Cali, Calle 11 N° 4-42, Edificio Colseguros, Oficina 318, Teléfonos: 8833466- Fax: 8830872, correo electrónico tavosilva14@hotmail.com.

Del Señor Juez, respetuosamente,

ABELARDO MONTOYA DUQUE
C. C. N° 16.637.837 de Cali
T. P. N° 140.424 del C.S.J.