REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA
DESPACHO

Expediente: 2014-0223

Tunja, 0 [illegible] 2015

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: TERESA DE JESUS QUINTERO TRUJILLO
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
RADICACIÓN: 2014-0223

Por reunir los requisitos legales, ADMÍTESE la demanda que, en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO y mediante apoderado constituido al efecto instauró la ciudadana TERESA DE JESUS QUINTERO TRUJILLO contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En consecuencia, se dispone:

1. Tramítese por el procedimiento previsto para el proceso contencioso administrativo de PRIMERA INSTANCIA, conforme a lo establecido en los artículos 159 y siguientes del C.P.A.C.A.

2. Notificar personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y por estado al actor de conformidad con lo previsto por el numeral 1° del art. 171 y art. 199 del C.P.A.C.A. En el mensaje de texto que se le envíe a la entidad demandada, se le indicará expresamente que de conformidad con los artículos 9 numeral 15[1] y 61, numeral 3[2] de la Ley 1437 de 2011, deberán acusar recibo del envío del mensaje de datos contentivo de la notificación personal (art. 199 CPACA), so pena de que se aplique el art. 14, literal c. del Acuerdo PSAA06-3334 que manifiesta: "*RECEPCIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos se entienden recibidos de la siguiente manera: (...) c. Cuando los actos de comunicación procesal emanados de la autoridad judicial, no han sido devueltos al sistema de información de la autoridad judicial, dentro de los tres (3) días calendario siguiente a su remisión*".

3. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho, de conformidad con el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G. P.

4. De conformidad con lo previsto por el parágrafo del art. 175 del C.P.A.C.A. la entidad demandada durante el término de que trata el numeral 7° de ésta providencia, deberá

[1] ARTÍCULO 9o. *PROHIBICIONES.* A las autoridades les queda especialmente prohibido: (...) 15. Entrabar la notificación de los actos y providencias que requieran esa formalidad.

[2] ARTÍCULO 61. *RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES.* Para la recepción de mensajes de datos dentro de una actuación administrativa las autoridades deberán:
(...)
3. Enviar un mensaje acusando el recibo de las comunicaciones entrantes indicando la fecha de la misma y el número de radicado asignado.

allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes administrativos del acto acusado, y la totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso de conformidad con el numeral 4º del art. 175 de la ley 1437 de 2011, recordándole que el incumplimiento a dicho deber, **constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**, de conformidad con el inciso final del parágrafo primero del articulo en comento, razón por la cual se reitera cumplir con éste deber al presentar el escrito de contestación de la demanda.

5. La entidad demandada deberá allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el comité de conciliación o la posición asumida por dicha entidad en materia de conciliación en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el Art. 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009[3].

6. La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso, entre ellos los gastos de notificación y los de servicio postal de que habla el art. 612 del C. G. del P., para lo cual debe consignar las siguientes sumas:

Parte/Item	**Notificación (Acuerdo No 4650 de 2008)**	**Envío Postal (Inc. 6 del art. 612 del C.G.P.).**
NACION - MINEDUCACION - FNPSM	TRECE MIL PESOS ($13.000.)	SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS ($6.200)
Agencia Nacional de defensa jurídica del Estado	TRECE MIL PESOS ($13.000.)	SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS ($6.200)
Total Parcial	VEINTISÉIS MIL PESOS ($26.000)	DOCE MIL CUATROCIENTOS PESOS ($12.400)
Total	TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS ($38.400)	

Sumas que se destinarán exclusivamente para dar cumplimiento al pago de la notificación ordenada en el Acuerdo No 4650 de 2008 y al pago del servicio postal a efectos de notificar a la entidad demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de conformidad con el Inc. 6 del art. 612 del C.G.P. Los dineros deberán ser consignados en la cuenta 4-1503-0-21108-7 del Banco Agrario - Convenio 13224 y acreditar su pago en la Secretaría de este Despacho dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por Secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que así lo ordene.

7. Una vez cumplido lo anterior, se enviará el mensaje de datos y el envió postal de que habla el art. 199 del C.P.A.C.A. y vencidos los 25 días de que habla el art. 612 del C. G. del P., córrase traslado de la demanda, por el término legal de treinta (30) días de conformidad con lo previsto por el art. 172 del C.P.A.C.A., teniendo presente que al contestar la demanda se deberá hacer **un pronunciamiento claro y preciso frente a**

[3] Decreto 1716 de 2009 articulo 19 numeral 5.

las pretensiones y a cada uno de los hechos, además de exponer la fundamentación fáctica y jurídica de la defensa, tal como lo señala los numerales 2 y 6 del art. 175 de la ley 1437 de 2011, además de los otros requisitos que contempla dicho artículo.

8. El Juzgado informa que los 10 días de término para proponer reforma de la demanda empezarán a correr durante los primeros diez días de traslado de la demanda, tal como lo establece el Consejo de Estado: "*De la norma transcrita se infiere que la única oportunidad para reformar la demanda es durante los primeros diez (10) días del término de traslado para contestarla. Pensar que la demanda puede ser reformada con posterioridad a la contestación iría contra el principio de "lealtad y buena fe", toda vez que permitiría al demandante corregir las falencias del escrito de demanda después de haber conocido la contestación y, adicionalmente, vulneraría el derecho de defensa del demandado quebrantando el principio de igualdad sobre el cual se estructura el proceso contencioso administrativo*". (Consejo de Estado. 17 de septiembre de 2013, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Rad: 11001 03 24 000 2013 00121 00).

Reconócese personería a la Doctora MATILDE EUGENIA GOMEZ VILLAMARIN, portadora de la T.P. No. 239.184 del C. S. de la J., para actuar como apoderada judicial de la señora TERESA DE JESUS QUINTERO TRUJILLO, en los términos y para los efectos del poder conferido (fls. 1).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FERNANDO ARIAS GARCÍA
JUEZ

JUZGADO 9° ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto anterior se notificó por Estado Electrónico No. 4, de hoy 05 FEB 2015 siendo las 8:00 A.M.

El Secretario,

Señores
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL CÍRCULO DE TUNJA–Reparto-
E. S. D.

TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO, identificado(a) como aparece al pie de mi respectiva firma, manifiesto a Ustedes que estoy otorgando poder especial, amplio y suficiente a la Doctora **MATILDE EUGENIA GÓMEZ VILLAMARIN**, Abogado en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 40.024.360 expedida en Tunja, portadora de la Tarjeta Profesional No. 239184 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que en mi nombre y representación solicite y lleve hasta terminación **PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, en contra de la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) persona jurídica de derecho público, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. representada legalmente por la señora Ministra de Educación Nacional Doctora, **MARÍA FERNANDA CAMPO**, o por quien haga sus veces al momento de la notificación, tendiente a obtener la Nulidad parcial de la Resolución No. **1160 del 22 de septiembre de 2006**, mediante la cual me fue reconocida pensión de jubilación pero sin tener en cuenta todos los factores salariales y a título de Restablecimiento del Derecho, se me reconozca la pensión de jubilación con todos los factores salariales por mi devengados durante el último año a adquirir el status de pensionado(a).

Mi apoderada queda ampliamente facultada para recibir, desistir, conciliar, reasumir, el presente mandato y en general las facultades que le otorga la constitución y la ley.

Atentamente,

QUINTERO TRUJILLO TERESA DE
23·273·022 TUNJA

TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO
C.C. No. 23.273.022 expedida en Tunja

ACEPTO,

MATILDE EUGENIA GÓMEZ VILLAMARIN
C.C. No. 40.024.360 expedida en Tunja
T. P. No. 239184 expedida por el C. S. de la J.

Señor
JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA- Reparto -
E. S. D.

Ref.	Ordinario de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter Laboral
Demandante:	TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO
Demandada:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES

MATILDE EUGENIA GÓMEZ VILLAMARIN, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.024.360 expedida en Tunja, portadora de la Tarjeta Profesional No. 239.184 del Consejo Superior de la Judicatura, en representación judicial de **TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO**, de conformidad con el poder anexo, comedidamente manifiesto a esa H. Corporación, que en ejercicio del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Artículo 138, instauro demanda ordinaria contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** representada legalmente por la Ministra de Educación Nacional, Doctora Fernanda Campo o por quien haga sus veces, con domicilio en Bogotá, D. C., , a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario contencioso administrativo, se hagan las **DECLARACIONES Y CONDENAS** citadas en el capítulo II de la presente demanda..

I. PARTES

Demandante:	**TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO** C. C. 23.273.022
Apoderada Judicial:	**MATILDE EUGENIA GÓMEZ VILLAMARIN** C.C. No. 40.024.360 T.P. No. 239184 del C. S. de la J.
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Representante Legal:	Ministra de Educación Nacional Dra. Fernanda Campo, o quien haga sus veces
Interviniente:	Agente del Ministerio Público Procurador Delegado ante el Sr. Juez Contencioso Administrativo de Boyacá

II. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 1160 del 22 de septiembre de 2006, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual "... se RECONOCE PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN" a TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO, identificado(a) con cédula de ciudadanía 23.273.022, pero sin tener en cuenta todos los factores salariales que constituyeron el salario de la docente, el año inmediatamente anterior a cumplir el status por tiempo de servicio.

2. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO, identificado(a) con cédula de ciudadanía 23.273.022, pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado(a) y que corresponden a Asignación Básica, Prima de Alimentación, Prima de Vacaciones y prima de Navidad.

3. Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme a la Ley 71 de 1988.

4. Que se ordene ajustar la mesada que resulte, conforme a lo ordenado por el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, aplicando la formula:

$$R = RH \text{ (valor histórico)} \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}} \text{ mes a mes.}$$

5. Que de los anteriores valores, se descuente el valor parcial de las mesadas pagadas.

6. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 192 del C.P.A.C.A.

7. Condenar igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que de estricto cumplimiento a la sentencia.

8. Se condene en costas y agencias en derecho a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO:

Como hechos me permito citar los siguientes:

1. El(a) señor(a) TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO, identificado(a) con cédula de ciudadanía 23.273.022, nació 11 de octubre de 1950.

2. Por sus servicios prestados como Docente Nacionalizada durante más de veinte (20) años, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció Pensión Vitalicia de Jubilación, con Resolución No. 1160 del 22 de septiembre de 2006, efectiva a partir del 12 de octubre de 2005, en cuantía de $1.368.653.

3. *Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, la entidad demandada únicamente tuvo en cuenta, la Asignación Básica; dejando de liquidar la Prima de Alimentación, doceava de Prima de Vacaciones, doceava de la Prima de Navidad.*

4. *Que la pensión de jubilación solicitada por mi mandante debe ser liquidada con el 75% del promedio de los factores Asignación Básica, Prima de Alimentación, doceava de prima de Vacaciones y doceava de la Prima de Navidad, certificados por la Secretaría de Educación de Boyacá-, devengados el año inmediatamente anterior al cumplir el status por tiempo de servicio -12 de octubre de 2004 al 11 de octubre de 2005-.*

5. *De la Resolución 1160 del 22 de septiembre de 2006, fue notificado(a) mi mandante personalmente, el día 24 de noviembre de 2006, conforme obra en el reverso de la Copia que le fuera entregada al momento de dicha diligencia.*

6. *En la citada Resolución, se indicó como procedente, únicamente el Recurso de Reposición, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de notificación, ante el Secretario de Educación de Boyacá.*

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. DERECHO A LA PENSIÓN

Existe total certeza entre las partes frente al derecho pensional de TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO, razón por la cual le reconoció PENSIÓN ORDINARIA DE JUBILACIÓN, que tiene su fundamento legal en las leyes 6 de 1945 artículo 17 literal b), 33 de 1985, ley 91 de 1989, ley 812 de 2003, por haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad y veinte (20) años de servicio.

2. ENTIDAD OBLIGADA AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN

La Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 2º, ordenó que las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados (entre ellas la pensión de jubilación), que se causaran con posterioridad a la expedición de dicha ley, estarían a cargo de la Nación y serían pagadas por dicho Fondo.

Como quiera que la pensión de jubilación de TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO se causó con posterioridad a dicha norma, -esto es, el 12 de octubre de 2005-, fue la Nación – Ministerio de Educación Nacional quien la reconoció, con cargo al citado Fondo.

Por lo anterior, tampoco existe discusión en cuanto a la entidad que reconoció dicha pensión.

La representación legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la ostenta la Nación – Ministerio de Educación Nacional, acorde con la Ley 91 de 1989, artículo 9º, Ley 115 de 1994, artículo 180 y lo dicho por el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, M. P. Dr. Cesar Hoyos Salazar, Radicado 1423 del 23 de mayo de 2002.

3. MONTO DE LA PENSIÓN

Es claro y tampoco existe discusión alguna, que el monto de la pensión de jubilación de TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO es del SETENTA Y CINCO (75%) y así se reconoció en la Resolución No. 1160 del 22 de septiembre de 2006.

4. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN

Acá radica la discrepancia con la entidad demanda, pues según el Fondo, solamente se tiene en cuenta la asignación básica y la Coordinación, desconociendo los demás factores salariales, asunto no compartido por la parte actora.

La moderna doctrina de la Seguridad Social, en relación con éste tema, lo define como el Salario o Ingreso Base de Liquidación, o IBL y a él haremos referencia.

4.1 El(a) señor(a) TERESA DE JESÚS QUINTERO TRUJILLO, se vinculó como Docente en el Departamento de Boyacá, antes de la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir, antes de diciembre de 1989.

4.2 Nunca fue afiliado(a) a la Caja Nacional de Previsión Social.

4.3 Hasta la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le aplicaron las Leyes Nacionales y Ordenanzas Departamentales sobre salarios y prestaciones sociales y era la Caja Departamental de Previsión Social de Boyacá, quien respondía por sus prestaciones económicas.

4.4 Con la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, sus aportes para pensión los hizo a dicho Fondo.

4.5 En efecto, conforme a la Ley 91/89, artículo 8º, numeral 1º, aportó el cinco (5%) por ciento de su sueldo básico, como aporte del trabajador.

4.6 La Nación como empleadora, según la misma norma, numeral 3º, debía aportar el "...equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes."

5. COMPETENCIA DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA

La Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 3º, ordenó que sus recursos serían manejados por una entidad fiduciaria.

El Decreto 1775 del 3 de agosto de 1990, mediante el cual se reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 7º, contempló el visto bueno de la entidad fiduciaria, en los siguientes términos:

> "Realizado el estudio de la documentación, se procederá a efectuar la liquidación respectiva con el visto bueno de la entidad fiduciaria."

La Nación-Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de administración que correspondía con la Fiduciaria La Previsora S.A. el 21 de junio de 1990. El objeto de este contrato fue analizado por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-619 de 1999, así:

"Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es "reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo", mientras que compete a la Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo."

Y fue esa misma alta Corporación, quien en sentencia SU 14 – 02, con relación a la actuación de la Entidad Fiduciaria, precisó:

"De tal suerte que corresponde al Ministerio de Educación Nacional, a través de la Oficina Coordinadora de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cada regional, liquidar la cesantía parcial y emitir la resolución que reconozca o niegue la prestación, ***y a la Fiduciaria dar un visto bueno a la liquidación, sin que pueda interferir en la expedición del acto administrativo en curso.*** *" (Se resalta)*

Cualquier actuación de la Entidad Fiduciaria, que desconozca los derechos de terceros, como es el caso de la acá demandante, deben ser inaplicadas por violar la Constitución Política de Colombia, artículo 4º, como en efecto lo indicó también la H. Corte Constitucional al expresar en el mismo fallo antes citado, en relación con un asunto similar:

"La facultad otorgada a La Fiduciaria La Previsora, por el artículo 2º del Acuerdo 34 de 1998, ya mencionado, relativa a que emita el visto bueno "siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal" y la orden de que "Si no existe disponibilidad presupuestal los expedientes que no presenten inconsistencia permanecerán en la entidad fiduciaria en espera de presupuesto", deben ser inaplicadas en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 4º constitucional."

La competencia entonces de la Entidad Fiduciaria, no puede invadir la competencia asignada a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Ésta reconoce o niega el derecho de conformidad con las normas sustanciales, aquella, únicamente da visto bueno a la liquidación.

6. *RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES*

Respeto al régimen anterior.

La regla general establecida en la Constitución Política de Colombia en su artículo 53, es la prohibición de menoscabar o desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, sin desconocer la potestad de configuración normativa de la Rama Legislativa.

Principio éste que se reiteró en la Ley 4 de 1992, artículo 2º, literal a: "En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales"

Como se indicará a continuación, las diferentes normas legales, han respetado el régimen prestacional de los docentes vinculados, sin desmejora alguna, cambiando dicho régimen para los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma de turno, pero en todo caso se reitera, respetando las prestaciones de los docentes vinculados con anterioridad.

6.1 Ley 91 de 1989.

"Artículo 15. 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes."

6.2 Ley 60 de 1993.

"Artículo 6°. El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989."

6.3 Ley 115 de 1994.

"Artículo 115. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores."

6.4 Ley 812 de 2003.

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley."

Lo modificó en cambio, para quienes se vinculen con posterioridad a la vigencia de dicha norma (Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003), a quienes se les aplica el régimen de la Ley 100 de 1993, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Por lo tanto, la pensión de la demandante, se debe liquidar, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, acatando lo dispuesto en la Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966, artículo 4; Decreto 1743 de 1966, artículo 5°; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; y Ley 91 de 1989, artículo 15.

A su turno Sobre el particular la Corte Constitucional ha considerado que debe tenerse en cuenta el principio de progresividad de los derechos sociales[1], pues si

[1] Tal principio hace relación a que el Legislador no puede desmejorar los beneficios establecidos previamente por las leyes a favor de los trabajadores, sin que existan razones suficientes y constitucionales válidas para ello, pues el Estado debe garantizar el logro progresivo de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (Sentencia C-663 de 2007)

bien el legislador puede modificar los requisitos para acceder a una prestación social determinada, no puede desconocer derechos adquiridos y si adoptar medidas que restrinjan estos derechos, debiendo estar plenamente justificadas, so pena de vulnerar este principio[2]

En caso de no ser así, es decir cuando el Legislador decide adoptar medidas que implican un retroceso en cuanto a derechos sociales respecto a las legislaciones anteriores, "debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que prima facie estén prohibidas este tipo de medidas.... Para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida esté justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia[3] *El subrayado es mío*
La Corte Constitucional ha tendido importante doctrina jurisprudencial sobre el principio de progresividad de los derechos sociales y ha concluido[4]

"(....) la Sala concluye que, como regla general, el legislador goza de una amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. . Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima faice, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas."

Correspondiéndole a mi mandante las normas que al momento de ingreso a la docencia se encontraban vigentes en materia pensional y que fueron acogidas por la Ley 91 de 1989, norma esta que establece claramente que la pensión de jubilación para los docentes corresponde al 75% del salario promedio mensual del último año.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

7.1 Constitución Política de Colombia, Artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13º, 23º, 25º, 46º, 48º, 53º, 58º, 228º y 336º.

El Artículo 1º de la Carta Fundamental prescribe que nuestro País, está organizado como un ESTADO SOCIAL DE DERECHO que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos establecidos en la Constitución y la Ley. Por lo tanto al negar la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación a mi poderdante, viola estos principios, porque el Acto atacado desconoce los derechos que le corresponden al docente generándose un detrimento profundo en la Seguridad Jurídica de los educadores.

---

[2] Sentencia T-043 de 2007
[3] Sentencia T-043 de 2007
[4] Sentencia T-043 de 2007

El Artículo 2º de la C. P. fue desconocido por la Entidad demandada porque uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la "efectividad de los derechos consagrados en la Constitución" y uno de ellos es la Seguridad Social.

El Derecho a incluirle todos los factores salariales en la Pensión de Jubilación a mi mandante, está claramente consagrado en normas legales, derecho patrimonial que igualmente debió ser protegido por el Ministerio de Educación Nacional o su delegado, como lo ordena el Artículo 2º de la C. P. en comento.

La Constitución consagra en su artículo 4º, que ella es norma de normas. La demandada desconoció éste mandato al no reconocer el Derecho a la Pensión de Jubilación con todos sus factores salariales, que no solo se encuentra amparado en normas legales sino en la misma C. P. en los artículos 48 y 53.

Los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser de un Estado; en este sentido el respeto de los derechos inalienables debe inspirar todas las actuaciones del Estado conforme al artículo 5º de la C. P., el cual también se violentó con el desconocimiento de los factores salariales en la Pensión de Jubilación a que tiene derecho mi poderdante.

El artículo 6º de la Carta enseña que los Servidores Públicos son responsables antes las autoridades por infringir la ley, por omisión o por extralimitación de funciones. Existe una obligación de las Autoridades Administrativas para poner en acción lo necesario con el objeto de que los derechos de los ciudadanos se reconozcan y paguen, como en el presente caso, que al producir el acto Administrativo demandado, se dio todo lo contrario en abierta oposición al citado Artículo 6º.

Artículo 13º, establece el principio de la igualdad de oportunidades, pero no como un parámetro formal de valor o como un desgastado postulado que presenta un anacrónico igualitarismo.

Es la igualdad real y efectiva de oportunidades que invoca una misma protección y trato de las autoridades, sin que permita la odiosa discriminación.

De esa igualdad de oportunidades se excluyó a mi poderdante con el Acto Administrativo que no le incluyó en la Pensión de Jubilación todos los factores salariales, entronizando de paso una odiosa discriminación frente a los demás docentes oficiales a quienes se les ha reconocido la pensión de jubilación con todos los factores salariales.

Los artículos 46 y 48 de la C. P., son explícitos y contundentes en la definición, garantía, protección, dirección, coordinación, control de la Seguridad Social, como un derecho irrenunciable y una obligación del Estado.

La Seguridad Social implica la prestación de asistencia y protección, elemento de un Estado Social de Derecho que debe establecer una forma de organización política que conlleve la construcción de unas condiciones indispensables que permitan a todos los habitantes una vida digna y un mínimo de situaciones que le otorguen su seguridad material.

La Entidad demandada desconoció estos principios de la dignidad humana y del Estado Social de Derecho, al negar con el Acto Administrativo el Derecho de incluir todos los factores salariales en el reconocimiento de la Pensión de Jubilación a mi poderdante.

Nuestra Constitución, establece como Principio Mínimo Laboral, el mantener los salarios y prestaciones, sin que ellos puedan ser afectados.

Dispone ésta norma de manera imperativa:

> *"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (...)* ***La ley****, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo,* ***no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."(Se resalta)***

Se consagran acá dos principios de rango constitucional en materia laboral: 1) Aplicación de la situación más favorable y 2) No desmejora de la situación laboral, el cual encuentra su desarrollo legal en la Ley 4 de 1992, artículo 2º, literal a) que indica:

> *"a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales.* ***En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;"(se resalta)***

Vulnerando la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, consagrada también en el artículo 53 de la Constitución.

También se desconoció lo dispuesto en la Ley 812 de 2003, por cuanto ésta ley en su artículo 81, claramente determinó que el régimen prestacional de los docentes nacionalizados como es la demandante, "es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad..." como la Resolución acá demandada, contrariaron el espíritu de la norma, al desconocer el régimen prestacional de los docentes consagrado en normas anteriores, conforme al régimen de los empleados públicos del orden nacional, como lo establece el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

> *"2."los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan a futuro, con las excepciones consagradas en esta ley"*

El proceder ilegal de la Administración no ha permito que a mi mandante se le garantice el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de su Pensión, al negársele ése Derecho, transgrediendo el artículo 53 de la Carta.

El artículo 58 en concordancia con el Artículo 336 de la C. P. son igualmente vulnerados por el Acto Administrativo atacado, en tanto desconoce los derechos adquiridos de los docentes nacionales consagrados en la Ley 91 de 1989, ley 33 de 1985, decreto ley 1045 de 1988, ley 812 de 2003.

***7.2** Normas legales*

***7.2.1** <u>Ley 91 de 1989</u>.*

Aunque la Ley 91 de 1989, no acude a dicho concepto, la teoría de la seguridad social si lo define como Ingreso o Salario Base de Liquidación, la cifra sobre la cual se determina el porcentaje de la pensión, razón por la cual tomamos prestado dicho concepto.

Con ésta ley, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al cual quedaron afiliados los docentes de las entidades territoriales y de la nación.

Conforme a su artículo 1°, los docentes los clasificó en nacionales, nacionalizados y personal territorial.

Ésta Ley, derogó lo dispuesto en la normatividad anterior, en relación con lo que en Seguridad Social, se ha denominado Salario o Ingreso Base de Liquidación para los docentes (En cuanto a edad y tiempo de servicio remitió a otras normas y sobre el monto lo reiteró en el 75%. Art. 15, numeral 2, literal b).

Dispuso dicha norma:

Requisitos: ***Cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación, aplicando el régimen vigente en 1989, para los pensionados del sector público nacional.***

Hace la remisión al régimen vigente para la fecha de expedición de la Ley 91, es decir, veinte (20) años de servicio y cincuenta y cinco (55) años de edad, conforme ordena la Ley 33 de 1985.

Porcentaje: ***Equivalente al 75%. Asunto regulado de manera directa, sin remisión alguna.***

I. B. L.: ***3. Dicho porcentaje se debe liquidar sobre el promedio del salario mensual del último año.*** *Asunto regulado de manera directa, sin remisión alguna.*

Como se desprende de la anterior cita, ésta norma debía aplicarse, lo cual no lo hizo la entidad demandada.

7.2.2 *Interpretación de la Ley.*

7.2.2.1 *Lex posterior derogat priori*

Cualquier norma posterior, deroga todas las anteriores, siempre y cuando se trate de la misma materia, el mismo o inferior nivel.

La Ley 153 de 1887, artículo 2°[5], acoge éste criterio en los siguientes términos:

"La ley posterior prevalece sobre la ley anterior."

De tal suerte, que resulta violatorio de la Constitución Política y de la Ley, la aplicación de una norma legal, anterior a la Ley 91 de 1989.

7.2.2.2 *Lex specialis derogat generali.*

Toda norma especial, prevalece sobre la norma de carácter general.

La Ley 91 de 1989, es una norma de carácter especial, dirigida exclusivamente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

---

[5] En igual sentido el Código Civil, artículo 71 y 72.

Principio de Interpretación, que en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra consagrado en la Ley 57 de 1887, artículo 5º, al disponer: "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general."

7.2.2.3 Prohibición de la aplicación de norma restrictiva.

Finalmente, en cuanto a la interpretación jurídica, debe recordarse, que no le es permitido al intérprete u operador jurídico, aplicar la norma en forma restrictiva, materia prohibida en el Código Civil, artículo 31. Al contrario, ha debido darse aplicación a lo ordenado por el Constituyente en la Constitución Política de Colombia, artículo 53, aplicando la norma más favorable al trabajador, para el caso de mi poderdante, con vínculo a la docencia, hecho con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

La Ley 91 de 1989, es una norma de carácter especial, dirigida exclusivamente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

7.2.3 Vigencia de la Ley 91/89.

Ya se indicó anteriormente, en cuanto al Régimen Prestacional de los Docentes, que con posterioridad a la Ley 91/89, se expidieron las Leyes 60/93, 115/94 y 812 de 2003, que tangencialmente trataron dicho Régimen. Sin embargo, dicho régimen no fue modificado, sino que por el contrario, ésta normas reiteran la aplicación de la norma vigente, como es la Ley 91/89, de donde deviene con meridiana claridad que ésta Ley es aplicable al caso que nos ocupa.

8. CARGO CONTRA LA RESOLUCIÓN ACUSADA

La Resolución acusada es ilegal por Infracción manifiesta de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numerales 1º y; 2º, literal b y violación al Derecho a la Igualdad, de conformidad con lo explicado en el Capítulo Concepto de Violación.

Pues la misma establece el régimen pensional de los docentes cuyo artículo 15 numeral segundo literal A indica: "Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá solo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozaran del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional"

En este sentido con la demanda se está pretendiendo el control de legalidad de la Resolución No. 1160 del 22 de septiembre de 2006, por haberse omitido en la liquidación de la pensión todos los factores que constituyeron el salario devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de pensionado(a), en este sentido es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, cuya conclusión fue que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en

materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

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

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

En este orden de ideas, el(a) demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación todos los factores que devengo en el último año y corresponden a: Asignación Básica, Prima de Alimentación, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad.

9. NORMAS INDEBIDAMENTE APLICABLES A LA SOLICITUD DE PENSIÓN

De la Resolución acá demandada, con relación a los Factores Salariales, se deduce que no se incluyeron todos los factores salariales devengados por la parte demandante.

9.1. Ley 812 del 26 de junio 2003.

Ésta ley en su artículo 81, inciso 1º, de manera diáfana y precisa estableció:

> ***"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley."***

Ya se indicó que la parte actora gozaba del régimen de docente nacionalizado, fue vinculado antes de 1980, por lo cual, en el evento de que la Ley 812 de 2003, hubiere introducido algún cambio en las prestaciones de los docentes nacionalizados, no afectaba a mi patrocinada, conforme a la norma anteriormente citada.

Esta ley reiteró una vez más, el respeto a los derechos prestacionales de que gozaban los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales para la fecha de su expedición, como lo hicieron en su momento las leyes 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001, ya citadas.

---

[6] Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007).

10. NORMA DEJADA DE APLICAR EN LA SOLICITUD DE PENSIÓN

Como ya se indicó, el marco de discusión en el presente asunto, gira exclusivamente en determinar el monto sobre el cual se aplicará dicho porcentaje (75%).

La norma aplicable, con meridiana claridad es la Ley 91 de 1989, artículo 15º, numerales 1º y 2º, literal b.

"…. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley..."

*"2. B. **Para los docentes** vinculados a partir del 1° de enero de 1981, **nacionales** y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, **se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.** Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional." (Se resalta)*

Desglosando los términos o elementos utilizados por la norma, para despejar cualquier duda, tendríamos:

Con relación al numeral 1º: La pensión de jubilación del demandante se debe reconocer, con la inclusión de los factores salariales con que se reconocía la pensión de a todos los empleados del orden nacional y que se encontraban vigentes a la fecha en que se le afilió al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir el 28 de diciembre de 1989.

Y con relación al numeral 2. B.:

1. *Docente.*
2. *Nacional.*
3. *Una Pensión de jubilación.*
4. *75%.*
5. *Salario mensual promedio del último año.*
6. *Prima de medio año equivalente a una mesada pensional.*

10.1. *La calidad de Docente y nacional fue aceptada por la entidad demandada en el primer considerando de la Resolución acusada, por lo que frente a dichos requisitos, no existe discusión alguna.*

10.2. *Nacional: Según la Ley 91 de 1989, el artículo 1º, "Son los docentes vinculados por nombramiento del gobierno nacional"*

10.3. *Asimismo el artículo 5 de la norma en cita indica: "las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio…"*

10.4. *Se trata también de una pensión de jubilación, asunto que acá se cita, con el propósito de demostrar el cumplimiento de los presupuestos de hecho de ésta*

norma. Pero se aclara, que sobre éste requisito, tampoco existe discusión con la demandada.

10.5. *Tampoco hay discusión frente al porcentaje, esto es el 75%.*

10.6. *Queda entonces por definir qué se debe entender por salario.*

10.6.1. *Definición de Salario: "En especial, cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores manuales."*[7]

En nuestro ordenamiento jurídico, el salario ha sido definido y entendido, como el resultante de la sumatoria de todo pago que se cause con ocasión de la prestación del servicio.

Esta ley, que es posterior a la ley 33 de 1985; establece claramente los requisitos y derechos que deben acreditar los docentes para optar tanto para su pensión de gracia, como para la pensión ordinaria de jubilación, invalidez, vejez..., siendo clara al indicar como promedio para liquidar la pensión de jubilación el 75% del salario devengado por el docente durante el último año a adquirir el status de pensionado.

Entendiendo salario como: ***Toda remuneración en dinero, en especie, en comisiones o viáticos que le corresponde al trabajador por sus servicios prestados. Es el pago que percibe de su patrono el trabajador como contraprestación por la labor prestada a consecuencia de la ejecución del trabajo.***

En este orden de ideas el salario de los docentes no lo conforma únicamente la asignación básica, sino que lo constituye todos los factores que recibe de su patrono por la labor desarrollada, como son: Asignación básica, prima de grado, prima de alimentación, prima de servicios, sobresueldos de rectoría, coordinación, prima de navidad, prima de vacaciones, sobresueldo de dirección, prima rural, etc; de conformidad con la certificación que expide la oficina de novedades de la Secretaría de Educación, sobre lo devengado por el docente, siendo evidente en materia de salarios el régimen especial con que cuentan los docentes.

10.6.2. *Definición Jurisprudencial.*

El H. Consejo de Estado, en reiterados fallos, ha acogido dicho criterio.

En sentencia del 26 de febrero de 1979, demandante, Victor Emilio Vela, Magistrado Ponente Dra. Aydee Anzola Linares, expresa:

> *"Para efectos de liquidar las pensiones,* ***se entiende como salario todo lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria y permanente de servicios sea cual fuere la designación que se le dé, tales como primas....*** *Este aserto se deduce de lo preceptuado en el Artículo 2º de la Ley 65 de 1946, 2º de la Ley 5ª de 1969...y aún de la definición que de salario trae el artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo". (Se resalta)*

---

[7] Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición.

El H. Consejo de Estado, en Sentencia del 25 de marzo de 2004, con ponencia de la H. Magistrado Ana Margarita Olaya Forero, radicado **63001-23-31-000-2001-0246-01(0890-03)** definió lo que se debe entender por devengar y salario:

> ***"... cuando la ley estipula que lo devengado por un funcionario es la unidad de medida de un derecho, la misma ley será la que defina que ingresos percibidos deben ser imputados en la liquidación del derecho. Asimismo, cuando refiera al Salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica."***

En fallo del 7 de junio de 1980, Actor: Javier Valderrama; Magistrado Ponente Dr. Ignacio Reyes Posada, dice:

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

Y en Sentencia del 25 de marzo de 2004, Exp. 1665-03, Demandante, Departamento de San Andrés, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero:

"... el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene NATURALEZA salarial."

Y en fin un sin número de fallos, con el mismo criterio, que fija las directrices jurisprudenciales, las cuales no dejan duda de que todo lo que percibe el servidor público que implique retribución de servicios es factor salarial.

De otro lago Establece la Ley 33 de 1985 en su artículo 1º "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio"

Con el tiempo de servicio, expedido por el Coordinador de Hojas de vida de la Secretaría de Educación de Boyacá, se demuestra la acreditación de los 20 años de servicio en la docencia por parte de mi mandante; e igualmente con la fotocopia de la Cédula de ciudadanía del mismo se acredita el otro requisito contenido en la norma en cita que corresponde a 55 años de edad.

Indica igualmente la citada ley que el porcentaje de la pensión equivale al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En la certificación expedida por la Oficina de Novedades, se relacionan los factores que constituyeron el salario de mi mandante durante el último año a adquirir el status de pensionado(a)

Instituye el párrafo segundo y tercero del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, la base de liquidación conforme a los aportes remunerativos del empleado oficial e indica cuales

son los factores: ".... Asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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 resaltado es mío.*

A su turno la ley 62 de 1985 a través de su artículo 1° modifica el artículo 3° de la ley, indicando: "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de la 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 por servicios prestados; 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 resaltado es mío*

Si bien es cierto, tanto la ley 33 de 1985 como la ley 62 de 1985, relacionan los posibles factores base de la liquidación, no menos cierto es que estas dos leyes hacen la aclaración o excepción de la inclusión exclusivamente de los mismos en los términos: "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"., dejando claro de esta manera que la liquidación de la pensión se hace no solo con los factores señalados en las normas, sino que la misma se debe realizar sobre los factores que devengo el trabajador, y, que son sobre los cuales la entidad realizó los descuentos y aportes para la prestación.

Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 1° de 1989, al declarar la EXEQUIBILIDAD de este inciso. La Corte Dijo:

> *"PERO ES IMPORTANTE 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"*

En sentencia del 28 de Octubre de 1993, expediente 5244, la Doctora Dolly Pedraza Arenas dice: "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, sino se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión de determinado factor, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes"

Al respecto es necesario precisar que el docente –empleado- recibe por nómina mensualmente el valor correspondiente a su salario, previo los descuentos de ley que han sido cuidadosamente efectuados por la entidad territorial y girados a la entidad correspondiente (salud, cesantía, pensión, etc.), situación que coloca ante el hecho que

si se hacen los aportes correspondientes, sobre la totalidad de los factores que constituyen el salario del docente.

Sobre el tema recientemente se pronuncio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda subsección D, con ponencia del Magistrado Doctor Daniel R. Palacios Rubio, en sentencia fechada 16 de noviembre de 2006.

> *"Sin embargo sobre el aspecto estudiado, la Sala observa que el H. Consejo de Estado ha considerado que todo lo devengado por la relación laboral, debe formar parte de los factores de salario para liquidar prestaciones o indemnizaciones de los empleados públicos; así lo expuso en providencia de 27 de abril de 2000, con ponencia del doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, al resolver la validez del acto administrativo que liquidó la indemnización de un empleado de la Superintendencia Sanearía, por supresión del cargo".*

La H. Corporación para sustentar su criterio, en relación con el pago por fomento al ahorro, expuso:

> *"De lo expuesto se infiere que los empleados de la Superintendencia Sanearía, mensualmente, devengaban la asignación básica que cancelaba la Superintendencia en forma directa y un 42% de ésta, pagado por la Caja de Previsión Social de la citada entidad.*
>
> *"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 en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte...'*
>
> *"Significa lo anterior que no obstante el 42% del salario se haya denominado fomento al ahorro, como no se ha probado que el pago de esta suma tenga causa distinta a la del servicio que presta el funcionario constituye indudablemente factor salarial, por lo que es forzoso concluir que se trata de salario y no de una prestación social a titulo de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia; es decir, forma parte de la asignación mensual que devengaba el actor.*
>
> *"En consecuencia, constituyendo salario ese 42% pagado mensualmente al funcionario por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Sanearía, debido tenérsele en cuenta para liquidarle la indemnización, ya que equivale a asignación básica mensual.*
>
> *"No de otra manera debe entenderse dicho pago, pues de no ser así, significarla que se está recibiendo a título de mera liberalidad y ello no puede efectuarse con fondos del tesoro público.*
>
> *"Considera la Sala que la circunstancia de que ese porcentaje de la asignación básica fuera cancelado por la citada Caja, no constituye un obstáculo legal para su inclusión en la liquidación de la indemnización, ya que las mismas disposiciones que establecieron que el salario de los funcionarios de la Superintendencia se causaron de esa forma, permiten también esa liquidación. No tendría razón de ser que fuera legal el pago mensual*

del salario en tal forma e ilegal el tomar la asignación mensual básica completa para efectos de la indemnización por retiro.

"Por ende, la liquidación realizada al demandante no se ajusto a derecho, desvirtuándose su presunción de legalidad." (Sentencia de 27 de abril de 2000, expediente 14477, Sección Segunda, actor José Antonio Sequera Duarte).

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 señaló de forma taxativa los factores para liquidar las pensiones de los servidores públicos, toda vez que en el inciso tercero, del articulo 3° 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 le es dable a un pagador determinar con arbitrariedad, que 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 o cualquier otra infracción, es necesario aplicar los principios universales sobre el concepto de salario expuestos en normas y convenios internacionales que concuerdan con el indicado por el H. Consejo de Estado, por ejemplo:

a) El Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo, aprobado por la Ley 54 de 1962, en su artículo 1° del numeral 2 referente a la protección al salario, capitulo IV, señala:

"A los efectos del presente convenio, el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

b) De conformidad con las definiciones anteriores, el artículo 45 del decreto ley 1945 de 1978, señala los siguientes factores salariales, que se deben tener en cuenta para el reconocimiento pensional:

"Articulo 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantías y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren 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 del 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;
m) Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

15ª.- En este orden de ideas, la Sala discurre que no es preciso estimar normas o criterios que puedan desmejorar los derechos de los trabajadores públicos o privados cuando en casos como el estudiado, no hay duda que el ordenamiento jurídico siempre consideró que todos los pagos a un empleado constituían factor salarial, de manera que no puede aceptarse la existencia de un cambio desfavorable sin tener en cuenta la infracción del artículo 53 de la Constitución Nacional.

16ª.- En consecuencia la Sala difiere con la entidad demandada en relación con los factores que se tomaron en consideración al efectuar la liquidación de la prestación, toda vez que no hay disposición del orden nacional que señale que la prima especial y la prima 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, tienen 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.

Por lo tanto, la Sala, acogiendo el reiterado concepto del H. Consejo de Estado, estima necesario disponer que el valor de las primas especial y de navidad se tengan en cuenta para realizar la liquidación de la pensión del accionante, lo mismo que todos los demás factores cancelados en forma mensual y permanente (fl. 8)"

En todo caso no es el docente el de la carga y responsabilidad de realizar los descuentos que corresponden como aportes para seguridad social y prestaciones, no se puede trasladar la culpa de la administración al administrado.

V. CONCLUSIÓN

A la parte demandante, se le debe reconocer la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales (Asignación Básica, Prima de Alimentación, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad), aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

VI. COMPETENCIA Y CUANTIA

Es competente Sr. Juez por el domicilio del demandado, teniendo en cuenta que el último lugar de servicio de la demandante corresponde en el Colegio Marco Aurelio Bernal del Municipio de Miraflores– Boyacá.

La cuantía de la demanda, la cual estimo en un valor aproximado de NUEVE MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS M/CTE. ($9.118.313) CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS, valor éste aproximado que no ha sido indexado, y liquidado hasta la fecha de presentación de la demanda, que debe ser ajustado a la fecha de fallo, lo cual incrementaría la cuantía, teniendo en cuenta la diferencia entre la pensión reconocida ($1.368.653) y la que en derecho corresponde (1.537.506,61).

ASIGNACIÓN BÁSICA 2004	$ 4.607.682,90
ASIGNACIÓN BÁSICA 2005	$17.290.773,00
PRIMA DE ALIMENTACIÓN 2004	$ 682,03
PRIMA DE ALIMENTACIÓN 2005	$ 2.931,77
PRIMA DE VACACIONES	$ 875.039,00
PRIMA DE NAVIDAD	$ 1.822.997,00
TOTAL SALARIO ULTIMO AÑO	$24.600.105,70
SALARIO PROMEDIO	$ 2.050.008,81
75% SALARIO PROMEDIO	**$ 1.537.506,61**

*LA DIFERENCIA ENTRE LA PENSIÓN RECONOCIDA Y LA QUE EN DERECHO CORRESPONDE ES POR LA SUMA **$168.853,61***

Estimación cuantía incremento IPC. Diferencia salarial desde el día 31 de octubre de 2011 hasta el 31 de octubre de 2014, (fecha de presentación de la demanda),

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIFERENCIA PENSIÓN	IPC	Vr PENSIÓN IPC	No. DÍAS	No. MESES	TOTAL
31/10/2011	30/12/2011	$ 214.703,52	3,17	$221.509,62	1	3	$ 671.912,52
01/01/2012	30/12/2012	$ 221.509,62	3,73	$229.771,93		13	$ 2.987.035,10
01/01/2013	30/12/2013	$ 229.771,93	2,44	$235.378,37		13	$ 3.059.918,75
01/01/2014	31/10/2014	$ 235.378,37	1,94	$ 239.944,1		10	$ 2.399.447,06
							$ 9.118.313,43

VII. PRUEBAS:

Solicito al Sr. Juez, se tenga como prueba:

DOCUMENTOS QUE APORTO

1. *Todo el expediente administrativo adelantado ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la solicitud del reconocimiento de la pensión, a donde reposan los documentos idóneos para demostrar el derecho y los factores salariales sobre los cuales se debe hacer el reconocimiento de la pensión de jubilación.*

VIII. ANEXOS

Con el presente escrito me permito anexar:

- *Poder a mi conferido,*
- *Demanda para la entidad demandada, el Ministerio Público, y la Agencia Nacional de defensa Judicial del Estado*
- *Copia de la demanda para el archivo del Juzgado.*
- *CD contentivo de la demanda*

IX. DOMICILIOS Y NOTIFICACIONES

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede ser notificada en la sede del Ministerio de Educación Nacional, Bogotá, D. C., Centro Administrativo Nacional, CAN, Diagonal 38 Bis No. 39 14, PBX 2222800, www.mineducacion.gov.co.

Buzón para notificaciones judiciales electrónicas a la parte demandada: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

La agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede ser notificada en la ciudad de Bogotá en la calle 70 No. 4-60. Buzón de notificaciones electrónicas: buzonjudicial@defensajuridica.gov.co.

El(a) demandante puede ser notificado(a) en la Carrera 10 No. 10-45 del Municipio de Garagoa (Boyacá).

Como apoderada del Actor recibiré notificaciones en la ciudad de Tunja, en la Calle 18 No. 11-22 oficina 204 B Edificio Banco del Estado.

Del Señor Juez, atentamente,

MATILDE EUGENIA GÓMEZ VILLAMARIN
C.C. No. 40.024.360 expedida en Tunja
T.P. No. 239184 expedida por el C.S.J.