

20211182030271

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211182030271**
Fecha: **03-12-2021**

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN F

E. S. D.

RADICADO No.	25000234200020210046900
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	HENRY ORLANDO RUEDA PENAGOS-11299859
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Respetado Señor Juez,

LINA PAOLA REYES HERNANDEZ, mayor de edad y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada con Cédula de ciudadanía número 1.118.528.863, expedida en la ciudad de Yopal- Casanare, abogada en ejercicio y titular de la tarjeta profesional número 278.713 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada de la parte demandada **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, como apoderada sustituta del Dr. **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, , identificado con cedula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de acuerdo con la certificación suscrita por la Representante Legal de **FIDUPREVISORA S.A**, de fecha 21 de febrero de 2019, y según el Poder General que le fue otorgado mediante Escritura Pública N° 522 del 28 de marzo de 2019 adicionada por la escritura N. 480 del 8 de mayo de 2019, que lo faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial, muy comedidamente comparezco ante el Despacho a su digno cargo, dentro del término legal de traslado para contestar la demanda presentada mediante apoderado judicial, con fundamento en lo establecido en el artículo 175 del C.P.A.C.A.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL:

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de dichas prestaciones, que

correspondan al personal afiliado y garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

Los recursos de esta cuenta especial por mandato legal son administrados en fiducia, entre otras por Sociedades Fiduciarias de naturaleza pública, en los siguientes términos:

*“(…) Artículo 3. **Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, **cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta**, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional **suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil**, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

*Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **atenderá las prestaciones** sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.¹*

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, cabe reiterar que la Corte Constitucional ha considerado que, (i) se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial,

¹ Ley 91 de diciembre 29 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **(negritas fuera de texto)**.

sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional, (Fiduciaria La Previsora S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa.

Por lo anterior, la misma normativa que crea el fondo, establece el mecanismo por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello que la norma preestablece que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la misma, el Ministerio de Educación Nacional y la Compañía Fiduprevisora S.A., suscribieron: “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL”, el cual fue protocolizado mediante escritura pública N° 83 del veintiuno (21) de junio de 1990, en la notaría Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial de Bogotá D.C., en el cual La Nación, Ministerio de Educación, funge como Fideicomitente y la compañía Fiduprevisora como la Fiduciaria; contrato cuyo objeto es: “Constituir una fiducia mercantil sobre los Recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante **–EL FONDO–**, con el fin de que **LA FIDUPREVISORA S.A.**, los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para **EL FONDO**, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

El fundamento de la intervención procesal por parte de la FIDUCIARIA, se encuentra en el cumplimiento de sus obligaciones de carácter legal dado los elementos “naturales” del contrato, es así como el código de comercio en su artículo 1234 Numeral cuarto reza:

“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;*
- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;*
- 3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;*

4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;

- 5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las*

circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;

6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;

7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”²

Ahora bien, una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es preciso referirnos a la demanda de la referencia para dar contestación bajo los siguientes parámetros.

PRONUCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES OPOSICIÓN A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Me permito Señor Juez, Formular el siguiente pronunciamiento expreso y respetuoso, sobre las pretensiones de la demanda, de declaraciones y condenas, manifestando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en la medida en que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, no es la Entidad llamada a responder sobre estos temas, que versan sobre el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los afiliados.

A LAS DECLARACIONES:

A la No. 1.- Me Opongo, como quiera que la parte actora no sustentó en debida forma la existencia del acto ficto o presunto que pretende se le declare frente a la petición radicada, referente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria del pago de las cesantías, de conformidad a lo estipulado con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

A LA No 2- Me opongo, a que se ordene a pagar una pensión de JUBILACIÓN del actor, porque cuando se trata del control de legalidad de los actos de la administración que están revestidos de una presunción de legalidad que los ampara y que debe ser desvirtuada por quien pretenda desconocerla, y en términos legales y de acuerdo con el régimen probatorio colombiano le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Lo que conduce a concluir que el acto acusado de nulidad se considera ajustado en derecho, mientras que no se demuestre lo contrario, como eficazmente lo prescribe el C.P.A.C.A..

² Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234. Negrillas fuera de texto

A las formuladas a título de restablecimiento del Derecho:

A la No. 1. - Me Opongo, a que se ordene la liquidación de la pensión de JUBILACIÓN del actor, porque cuando se trata del control de legalidad de los actos de la administración que están revestidos de una presunción de legalidad que los ampara y que debe ser desvirtuada por quien pretenda desconocerla, y en términos legales y de acuerdo con el régimen probatorio colombiano le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

A LA No 2- Me opongo, por cuanto no son declaraciones y/o condenas en si ya que puntualmente se refieren más a aspectos procedimentales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico y a las normas establecidas en la ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A.

A LA No 3- Me opongo, porque se trata de una pretensión subsidiaria que sufrirá la suerte de la principal, de modo que si no es procedente se declare la nulidad parcial del acto administrativo demandado no existe tampoco un derecho a percibir los valores que se solicitan en esta pretensión a título de condena, y porque puntualmente se refiere a unos reajustes de valor a las que existe completa oposición.

A LA No 4- Me opongo, porque no es posible cobrar moratoria, buscando que se aplique una sanción para la administración, cuando no está probado que a la parte demandante le asista el derecho al pago de las sumas de dinero pretendidas, lo cual no podría hablarse de que se puedan llegar a aplicar los pretendidos pagos de interese moratorios, los que de ninguna forma se han causado ni están sopesados con elementos validos de juicio.

A LA No 5- Me opongo, porque se trata de una pretensión subsidiaria que sufrirá la suerte de la principal, de modo que si no es procedente se declare la nulidad parcial del acto administrativo demandado no existe tampoco un derecho a percibir los valores que se solicitan en esta pretensión a título de condena, por lo que tampoco existe un derecho a solicitar pagos por pretensiones de supuestas mesadas atrasadas.

A LA No 6 - Me opongo, porque se trata de una pretensión subsidiaria que sufrirá la suerte de la principal, de modo que si no es procedente que se declare la nulidad del acto administrativo demandado no existe tampoco un derecho a percibir los valores que se solicitan en esta pretensión a título de condena, por lo que tampoco existe un derecho a solicitar que los valores resultantes de las pretendidas condenas se reajusten.

A LA No 7 - Me opongo, Por cuanto si bien los numerales 1 y 2 del artículo 365 del C.G.P., establecen la condena en costas a la parte vencida en juicio en virtud de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., solo habrá lugar a costas cuando el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

PRONUNCIAMIENTO A LOS HECHOS

PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTA: No le constan a mi representada, teniendo en cuenta que dichas aseveraciones solo pueden ser confirmadas por la entidad territorial, quien es el

ente que retiene el expediente administrativo, por lo tanto, nos acogemos a lo que se pruebe en el proceso.

SEXTO, SEPTIMO, OCTAVO: No son un hechos, son apreciaciones realizadas por la parte demandante y es la descripción e interpretación –por sustracción de materia.

DECIMO: No le consta a mi representada, teniendo en cuenta que dichas aseveraciones solo pueden ser confirmadas por la entidad territorial, quien es el ente que retiene el expediente administrativo, por lo tanto, nos acogemos a lo que se pruebe en el proceso.

I. FUNDAMENTOS DE DEFENSA

1. RÉGIMEN PENSIONAL DE PRIMA MEDIA - AFILIADOS FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Es preciso señalar que, es la ley 812 de 2003 la que en su artículo 81 dispuso que, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial, correspondería al establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley, y que quienes se vincularan a partir de su entrada en vigencia, serían afiliados al FOMAG con los derechos pensionales del régimen de prima media señalado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en ellas, con excepción de la edad de pensión de vejez que sería de 57 años para hombres y mujeres, es decir la incorporación de este sector de servidores al sistema general de pensiones, surgió a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Al respecto, el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha previsto lo siguiente, veamos:

“De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.”

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a esta ley se les aplican las disposiciones anteriores. Este mandato fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, así:

Parágrafo transitorio 1. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de

la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

Por otro lado, la H. Corte Constitucional señaló los requisitos que deben tenerse para el reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes prevista en ley 71 de 1988, veamos:

“Entre los esquemas prestaciones subsistentes gracias al tránsito normativo permitido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encuentra el consagrado en la Ley 71 de 1988], el cual incorpora la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencia, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Bajo tal entendido, se permite la acumulación de aportes efectuados a entidades de previsión social en el sector público y al ISS en el privado, de manera que se acrediten 20 años de cotizaciones sin importar su origen.

Este Tribunal ha manifestado en torno a esta prestación social, en los siguientes términos:

“Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (...) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.”

En esa medida, se trata entonces de una ley que permite acceder a la pensión de jubilación cuando se hubieren hecho aportes a las Cajas de Previsión del orden nacional o territorial, es decir, estas cotizaciones deben ser anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la cual se dispuso suprimir tales entidades de previsión para dar lugar a la creación de las administradoras de fondos de pensiones.”

Con fundamento en la Jurisprudencia y Normatividad antes transcrita y teniendo en cuenta la historia laboral de la demandante, y que la misma se vinculó como docente en propiedad el 10 de marzo de 2006, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la ya señalada Ley 812 de 2003, sus derechos pensionales son los del régimen de prima media señalados en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y por tanto no le es aplicable lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, es decir a la actora no le asiste el derecho que reclama y su pensión de jubilación no puede ser reconocida bajo los parámetros del artículo 7° de la tantas veces citada Ley 71 de 1988.

Finalmente, de la lectura aislada del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 no tiene en cuenta que ante el traslado de un régimen pensional por otro, en un eventual regreso, se deben aplicar las normas vigentes de dicho régimen pensional al momento de su reintegro. Es decir, que si el docente se retiró del FOMAG, ante su eventual regreso, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, al docente le deben aplicar las normas vigentes a la fecha de su ingreso, no las normas que le eran aplicables cuando realizó las primeras cotizaciones al FOMAG.

La Corte Constitucional, en sentencia C-789 de 2002 estableció que dando aplicación al **principio de proporcionalidad**, los beneficiarios del Régimen de Transición, por condición de su edad al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hubieran decidido trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, perderían dicho beneficio (régimen de transición), si llegaran al volver al Régimen de Prima Media. Esto debido a que los afiliados beneficiarios de transición por su condición de edad **NO TENÍAN EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE OBTENER UNA PENSIÓN DE ACUERDO AL RÉGIMEN PREVIO A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993**, al carecer de la densidad de cotizaciones (Inferior al 75% de las cotizaciones requeridas para consolidar el derecho) que permitiera prever que el afiliado iba a obtener una pensión en los términos de un régimen previo a la Ley 100 de 1993. Veamos:

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto. [...]

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”^[1] (Negrillas fuera del Original)

Por otra parte, respecto de la aplicación Literal de la Ley 71 de 1988 es contrario al Principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional, de manera análoga, se debe realizar un análisis constitucional de la aplicación de la Ley 71 de 1988. Toda vez que una interpretación Literal de la norma, no solo atenta contra el principio de Proporcionalidad, también atenta contra el Principio de Solidaridad y el Principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional, en la medida de que no existe una correspondencia entre los aportes y la prestación económica que se solicita por el demandante. Al respecto, se debe revisar el análisis realizado por la Corte Constitucional al determinar la inexequibilidad de las pensiones superiores a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Veamos:

Bajo esta óptica, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

[...] En resumen, la intención del constituyente derivado al aprobar el Acto Legislativo 01 de 2005 fue unificar los regímenes pensionales con el propósito de (i) poner fin a la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados con recursos del erario, con miras a garantizar los principios de igualdad y solidaridad; **(ii) eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios suponen, con el fin de liberar**

^[1] Corte Constitucional, Sentencia C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

recursos para el cumplimiento de los fines de la seguridad social y del Estado Social de Derecho, y la sostenibilidad financiera del sistema; y (iii) establecer reglas únicas que además permitan hacer mejores previsiones dirigidas a la sostenibilidad del sistema de pensiones.” [2] (Negrillas fuera del Original)

2. DEL PRECEPTO DE SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD

Cuando se habla de solución de continuidad, debe entenderse como una condición para el reconocimiento de la existencia de derechos laborales del trabajador, pues se establece como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles tal como lo establece artículo decimo 10 del Decreto 1045 de 1978). Veamos.

Artículo 10º.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.

DE LA PROHIBICION DE PERCIBIR MAS DE UNA ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO.

La Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 128 lo siguiente:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. La disposición constitucional contiene la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Este precepto fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 del 18 de mayo 19929, que dispuso lo siguiente:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
(...)

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

II. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

I. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD

Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

II. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO

En consideración a que, la Entidad que represento no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes teniendo en cuenta que no tiene derecho a la misma en razón a la fecha de vinculación y la pérdida de continuidad de la relación laboral con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

III. PRESCRIPCION DE MESADAS

A pesar de lo que se ha venido indicado y se insiste en que, mi representada no desconoció los mandatos legales a la hora de expedir el acto administrativo del cual se depreca su nulidad, llegado el caso de existir una remota posibilidad de ser condenada dicha entidad, solicito muy respetuosamente se declare la prescripción con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, el cual desarrollo el tema de prescripción respecto del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales:

Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Por su parte el artículo 151 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 de 1948, dispone:

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Por su parte el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA³, sostuvo:

“...

En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política¹⁴ los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes...”

IV. COMPENSACIÓN

De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

V. LA CONDENA EN COSTAS NO ES OBJETIVA, SE DESVIRTUAR LA BUENA FE DE LA ENTIDAD

El despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA; Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16; veinticinco (25) de Agosto de dos mil dieciséis (2016) Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

11, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda 12 de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como normas aplicables a la presente contestación, la Ley 91 de 1989, Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; la Ley 244 de 1995; La Ley 1071 de 2006; El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 DE 1948.

IV. PRUEBAS

Solicitamos se tengan con pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.

V. ANEXOS

Memorial poder de sustitución conferido a la suscrita, junto con la representación Legal.

VI. NOTIFICACIONES

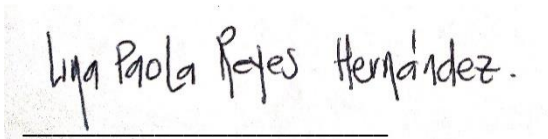
EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL las recibirá por intermedio de la Señora Ministra de Educación, en la Calle 43 # 57-14, Centro Administrativo Nacional (CAN), Bogotá D.C., y/o en el

correo o dirección electrónica, exclusivamente para notificaciones judiciales:
notificacionesjudiciales@minieducacion.gov.co.

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVIORA en la secretaria de su despacho o en Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co.

Y La suscrita apoderada, las recibiré en la secretaria de su despacho o en Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico t.lreyes@fiduprevisora.com.co.

Del señor Juez,



LINA PAOLA REYES HERNANDEZ

C.C 1118528863 de Yopal

T.P 278.713del C.S.J.

Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica

Calle 72 No. 10-03