

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

Señores.

JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE LA ORALIDAD CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado: 110013335013202000363
Demandante: MARINA GOMEZ HERNANDEZ
Demandados: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – FIDUPREVISORA

PAULA ANDREA SILVA PARRA, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.015.460.468 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional No. 321.073 del Consejo Superior de la Judicatura actuando calidad de apoderado del Ministerio de Educación Nacional, -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia a sustitución del poder dada por el doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, de conformidad a las atribuciones otorgadas por medio de escritura pública 522 del 28 de marzo de 2019, de la notaria treinta y cuatro (34) del circulo de Bogotá, D.C., dadas por el doctor LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA en su facultad de jefe de oficina Asesora Jurídica de la entidad aquí demandada, de conformidad a la resolución 002029 del 04 de Marzo de 2019 que reposa como anexo de la escritura anteriormente referenciada, de manera cordial, respetuosa y estando dentro del término legal, allego **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** en los siguientes términos:

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES.

Con relación a las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas por la parte demandante, me opongo a todas y cada una de ellas así:

A LAS DECLARATIVAS:

Me opongo a todas y cada una de la declarativas, específicamente a la declaratoria de nulidad del oficio No. S 2019-142626 del 30 de julio de 2019, mediante el cual negó a la docente el reintegro de los descuentos del 12% realizados por aportes en salud sobre las mesadas adicionales percibidos con ocasión al disfrute de la pensión de jubilación reconocida al demandante, en razón que este fue expedido con arreglo a la normatividad vigente y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales de la docente.

A LAS CONDENATORIAS:

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

Me opongo al Restablecimiento del Derecho, al reintegro y suspensión de los descuentos del 12% efectuados en salud a las mesadas adicionales sobre la pensión de jubilación por estar ajustados a la norma jurídica, así como al pago de intereses moratorios e indexación, cumplimiento de fallo y costas y agencias en derecho, como quiera que estas pretensiones son consecuencia de las anteriores, luego al no proceder el reconocimiento de las pretensiones declarativas, tampoco habrá a lo solicitado en las pretensiones condenatorias.

Mucho menos procede la INDEXACION ni la condena en COSTAS, ya que NO se deberá acceder a declarar que le asiste derecho en lo pretendido a la parte accionante.

II. FRENTE A LOS HECHOS.

PRIMERO: ES CIERTO, de acuerdo a la documental aportada por el accionante.

SEGUNDO: Al respecto debe decirse que **NO CONSTITUYE UN HECHO**, sino que corresponde a una apreciación subjetiva de la parte demandante, que deberá ser debidamente probada como sustento de las pretensiones del medio de control.

TERCERO: ES CIERTO, de acuerdo a las competencias del ente fiduciario.

CUARTO: ES CIERTO, de acuerdo a las competencias del ente fiduciario.

QUINTO: ES CIERTO, de acuerdo a las competencias del ente fiduciario.

SEXTO: ES CIERTO, de acuerdo a las competencias del ente fiduciario..

III. EXCEPCIONES PREVIAS.

I EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD.

El acto administrativo emitido se encuentra ajustado a derecho, en la medida que 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. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

Se propone como medio exceptivo de la reclamación solicitada por el demandante, con el cual pretende el reembolso de dineros descontados en salud efectuadas a las mesadas adicionales,

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

esto de conformidad con lo consagrado en la Ley 91 de 1989, artículo 143 de la Ley 100 de 1993, Ley 812 de 2003, y artículo 48 de la constitución política de 1991, que a su vez es con-ceptuado en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Mencionada la normatividad aplicable, se dilucida que el acto administrativo acusado no viola las disposiciones invocadas por la parte actora, antes bien está estrictamente ceñido a las dis-posiciones en que debería fundarse tanto legales como jurisprudenciales, pues es aquí donde debe recordarse que la regla general del ordenamiento jurídico colombiano para todas las pen-siones es el descuento del 12% para cotizaciones en salud, y qué además ha sido esta la posición jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, en alusión a ello, en lo que respecta al régimen pensional docente, en especial a las cotizaciones en salud, tanto para los pensionados por el FOMAG (**pensión ordinaria**), como para los pensionados por la UGPP (**pensión gracia**), en reciente Sentencia del 10 de mayo de 2018, radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, siendo consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTÉS, se dejó sentado entre otras cosas que: *...“En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar aportes correspondientes al sistema de salud para la prestaciones de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio independientemente de que se preste o no el servicio en salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el Sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.”*

No corresponde, entonces, ordenar el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efec-tuados a las mesadas adicionales de la pensión de jubilación que ha venido disfrutando la do-cente, y por tanto, tampoco existe obligación prestaciones correlativa a cargo de la entidad de-manda, dado que como quedó expuesto los descuentos efectuados gozan plena legalidad.

III. EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO.

Los descuentos en salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la docente, se efectuaron de conformidad con los principios constitucionales de sostenibili-dad, eficiencia y universalidad, así como con lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, lo cual conlleva a que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previa-mente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario la Ley 91 de 1989 (normativi-dad que se encuentra vigente y por ello debe aplicarse) en su artículo 8° faculta al FOMAG para dicho trámite.

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

Así las cosas, los descuentos que se generaron fueron ajustados a derecho, sin que sea procedente el cobro de los mismos ni su suspensión.

IV. EXCEPCIÓN DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA.

Al respecto, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

V. EXCEPCIÓN DE BUENA FE.

Tal como se especificó en el oficio de respuesta y en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación "En virtud de lo que dispone la ley 91 del 89 y el artículo 1 de la ley 812 de 2003, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontara el 12% del valor de cada mesada pensional, para efectos de la prestación del servicio médico asistencial en beneficio del jubilado", se evidencia el buen obrar de la entidad. De igual manera actúa de buena fe la entidad, cuando es respetuoso de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento Constitucional y Procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando constantemente el erario.

Conforme a lo anterior, es clara la efectiva prosperidad de las excepciones.

EXCEPCIÓN GENÉRICA: En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez en necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente, en consonancia con lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso aplicable en lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

En efecto, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

IV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICA DE LA DEFENSA.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual reza textualmente:

***Artículo 3º.-** 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.*

DESCUENTO POR CONCEPTO DE SALUD EN LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Sea lo primero señalar que, la ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estableció que la gestión y pago de las pensiones, así como el procedimiento y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes, estaría a cargo del precitado fondo, como se ve a continuación:

***Artículo 8º.-** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

...

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados...."

Entonces es claro que, por autoridad de la citada ley es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la Entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada a un docente, inclusive las mesadas adicionales cualquiera que sea su naturaleza.

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

Posteriormente, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 previo que, el régimen de cotización de los docentes que se encontraran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales.

““

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. *La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

Para mayor claridad, es preciso indicar lo dispuesto por el artículo el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 el cual señala lo siguiente:

ARTÍCULO 204. Monto y distribución de las Cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el párrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, por lo que es claro establecer que la precitada ley únicamente altero respecto del personal docente, lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, mas no modificó su régimen pensional.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que uno de los principios del sistema de seguridad en salud en Colombia, es justamente el de solidaridad y para esa intención la Ley 100 de 1993, los decretos 1283 de 1996, y 780 de 2016, dispusieron el funcionamiento de “un Fondo de Solidaridad y Garantías”, el cual quedó estipulado en el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, que dispuso:

ARTÍCULO 280. APORTES A LOS FONDOS DE SOLIDARIDAD. *Los aportes para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones consagrados en los artículos 27 y 204 de esta Ley serán obligatorios en todos los casos y sin excepciones. Su obligatoriedad rige a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.”*

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

Sobre este contexto en reciente sentencia el H. Consejo de estado¹, y en lo que respecta al régimen pensional docente, en especial a las cotizaciones en salud, tanto para los pensionados por el FOMAG (**pensión ordinaria**), como para los pensionados por la UGPP (**pensión gracia**), se ha afirmado:

"Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."² (Subraya y negrilla fuera de texto)

En todo caso, se logra inferir del marco normativo y la jurisprudencia aplicable que, en un conjunto todo está estrechamente ligado con lo contemplado en la norma superior, esto es, el principio constitucional de solidaridad. En efecto, se recuerda que la disposición primera constitu-

¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS., 10 de mayo de 2018, Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14) Actor: MARÍA BETTY AYDEE MUÑOZ GONZÁLEZ

² Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Énfasis fuera de texto.

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

cional consigna como principio fundante del Estado Social de Derecho la solidaridad de las personas que la integran: *Colombia es un Estado social de derecho, (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*(...) a su vez, la Corte Constitucional en Sentencia T.-12600. M.P. Alejandro Martínez Caballero, ha sostenido:

"En materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los participantes de este sistema deban contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficacia, lo cual implica que sus miembros deben en general cotizar, no solo para poder recibir distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en conjunto..."

En conclusión, los actos administrativos acusados gozan de legalidad en la medida que no se excedieron en los parámetros contemplados por la ley 91 de 1989 y la ley 812 de 2003, que indican que el descuento que se debe hacer a los docentes en la pensión ordinaria equivale al 12%, luego los descuentos efectuados al demandante sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre se ajustan a la normatividad vigente y en consecuencia no hay lugar a la devolución ni a la suspensión de los mismos, aunado a que dichos aportes se efectúan con fundamento en el principio de solidaridad que permite la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud.

V. PETICIONES.

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, respetuosamente solicito a su H. despacho, que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

PRIMERO. Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

SEGUNDO. Ordenar el Archivo del Expediente.

TERCERO. Condenar en costas judiciales y agencias en derecho a la parte actora.

VI. PRUEBAS.

Documentales.

De la manera más respetuosa solicito al despacho tenga como pruebas las aportadas en el libelo de la demanda.

VII. ANEXOS.

1. Poder especial conferido a mi favor.

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

2. Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 otorgada en la Notaria Treinta y Cuatro (34) del Círculo de Bogotá.

3. Resolución 15068 del 28 de agosto de 2018 y sus anexos.

VIII. NOTIFICACIONES.

La entidad demandada recibirá notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico: notjudicial@fiduprevisora.com.co y t_psilva@fiduprevisora.com.co

Del señor Juez,



PAULA ANDREA SILVA PARRA

C.C. No. 1.015.460.468 de Bogotá D.C.

T.P. No. 321.073 del C. S. de la J.