Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201181195201**
Fecha: **15-04-2020**

Señores
JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Carrera 57 No. 43-91
E. S. D.

RADICADO No.	11001333501620190014800
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	JOSÉ AUGUSTO ROMERO ROMERO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA, mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma en calidad de apoderada sustituta de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. N.I.T.: 860.525.148-5 en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo al poder conferido por el doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, apoderado general, tal y como consta en el poder general otorgado por su Representante Legal, Doctor CARLOS ALBERTO CRISTANCHO FREILE, a través de la Escritura Pública No. 0062 del 31 de enero de 2019, protocolizada en la Notaría Veintiocho del Circulo Notarial de Bogotá D.C.; por medio del presente escrito, encontrándome dentro del término legal, atendiendo a que por la emergencia sanitaria por el COVID-19 hubo cese de actividades de la rama judicial desde el 16 de marzo de 2020, procedo a CONTESTAR LA DEMANDA, en el mismo orden metodológico planteado por la parte actora:

I. A LAS PRETENSIONES

Manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, sus declaraciones y condenas, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a FIDUPREVISORA S.A de todo cargo.

1. Me opongo a que se declare la nulidad de la resolución No. 1342 de 19 de febrero de 2019 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., toda vez que el acto administrativo expedido por el ente territorial se encuentra revestido de los principios del Derecho Administrativo y del sistema de seguridad social en salud y en pensión.

2. Me opongo a que se declare la existencia del acto ficto que siquiera ha nacido a la vida jurídica tal y como se pretende.

3. Me opongo, así:

2.1 Me opongo a que se condene a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago del reajuste de las mesadas pensionales incluyendo todos los factores salariales que está alegando la parte actora, especialmente la prima especial y la prima de navidad, toda vez que el acto administrativo expedido por el ente territorial se encuentra revestido bajo los principios del Derecho Administrativo y del sistema de seguridad social en pensiones, aunado a que lo anterior, desconocería abiertamente el precedente jurisprudencial actual del máximo Órgano de cierre de lo contencioso administrativo.

2.2 Me opongo al reintegro de los valores descontados para salud en las mesadas adicionales así como la suspensión de los mismos, como quiera que dichos descuentos fueron previstos por el legislador, razón por la que fulminar condena por lo ya referido, implica no solo el desconocimiento de lo preceptuado por ley sino el desconocimiento de los principios del derecho a la seguridad social, V.Gr., sostenibilidad financiera y solidaridad.

2.3 Me opongo a la suspensión de descuentos destinados a los aportes en salud en las mesadas adicionales, como quiera que dichos descuentos fueron previstos por el legislador, razón por la que fulminar condena por lo ya referido, implica no solo el desconocimiento de lo preceptuado por ley sino el desconocimiento de los principios del derecho a la seguridad social, V.Gr., sostenibilidad financiera y solidaridad.

4. Me opongo a la indexación respecto de las sumas que en su sentir, el apoderado de la parte actora se adeudan, como quiera que mi representada no adeuda suma alguna por ningún concepto pretendido en esta instancia procesal.

5. Me opongo, pues ante la inexistencia de orden en sede judicial que implique el pago de la condena, deviene en improcedente lo solicitado en este numeral, aunado a que la sentencia en sí ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma.

6. Me opongo, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legítima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 Código General del Proceso.

II. A LOS HECHOS

1. Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

2. Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

3. No es cierto, como quiera que lo alegado en este numeral no es un hecho sino una apreciación personal y subjetiva del apoderado de la parte actora, aunado a que no puede pasar por alto el apoderado de la parte actora, los principios de sostenibilidad financiera y solidaridad del sistema de seguridad social tanto en el sistema de salud como en el de pensiones.

4. Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

5. Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

6. Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

7. Es cierto, y ello es así en virtud de los principios de sostenibilidad financiera y solidaridad del sistema de seguridad social tanto en el sistema de salud como en el de pensiones.

8. Es cierto, conforme se logra vislumbrar en la documental aportada con la demanda.

9. Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

III. ARGUMENTOS DE DEFENSA

Como fundamento de esta defensa se tienen el siguiente recuento normativo y jurisprudencia que se pasa a exponer:

1. RELATIVO A LA RELIQUIDACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL.

a. Sobre el régimen prestacional aplicable a los educadores nacionales

La Ley 100 de 1993, exceptuó del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ella, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como lo expresa en su artículo 279:

> ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

> Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Por ello, las prestaciones sociales del magisterio se gobiernan por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

Esta situación jurídica se reiteró con las Leyes 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, que definieron el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, así:

Ley 60 de 1993, artículo 6º:

> "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, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Ley 115 de 1994, artículo 115:

> "Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. 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"…

Al respecto, la Ley 91 de 1989 señaló en su artículo 15, que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se efectuará de acuerdo con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial; en tanto que, para los docentes nacionalizados vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, reguladas anteriormente por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

En este sentido, dispuso:

> "ARTÍCULO 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
>
> 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.
>
> Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 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, 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."

En este orden de ideas, el Decreto 3135 de 1968, "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", y que cobijó a algunos servidores de los entes territoriales, preceptuó:

> "ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio".

No obstante, con la aparición de la Ley 33 de 1985, las disposiciones del artículo 27 de decreto 3135 de 1968 y aún las del literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, fueron derogadas, siendo aplicable actualmente a los empleados oficiales de todos los órdenes, lo previsto en el artículo 1º y 25 de la Ley 33 de 1985, frente a la pensión ordinaria de jubilación.

De otra parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario", dispuso:

> "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"...

Siendo así las cosas, ha sido aceptado que el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 812, es decir, al 27 de junio de 2003.

De lo anterior resulta que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, en los términos del 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 por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio…"

En consecuencia a los docentes nacionales, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante al último año de servicio.

b. Sobre los factores salariales

En lo que respecta a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, expresa:

> "ARTÍCULO 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."
>
> Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; 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".

Posteriormente, la Ley 62 de 1985 dispuso en su inciso segundo del Artículo 1º, que:

> "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica ascensorial y de capacitación; dominicales y

> feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (…).”

Frente a lo señalado por las normas trascritas, la interpretación que se dio a través de la jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 emitida por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado1, concluyó que la base de liquidación debía incluir todos los factores salariales que emerjan de las prestaciones devengadas por la parte actora.

No obstante, la anterior interpretación fue modificada por medio del reciente pronunciamiento jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 20182, emitida por la Sala Plena de la misma corporación, donde se señala la necesidad de cambiar la jurisprudencia en la medida que, la que se venía aplicando contrariaba el principio de solidaridad en materia de seguridad social, así el Honorable Consejo de Estado, puntualizó:

> “…A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base…”. (Negrilla fuera de texto original).
>
> En idéntico sentido, consideró el Honorable Consejo de Estado3, que el cambio de unificación jurisprudencial, por medio de la cual indica que debe tomarse solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no pone en riego la garantía del derecho a la pensión del resto

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; C.P: Victor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09); Actor: Luis Mario Velandia, fecha del 4 de agosto del 2010.
[2] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; C.P: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Providencia del 28 de agosto del 2018.
[3] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; C.P: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Providencia del 28 de agosto del 2018.

de los habitantes, si no por contrario asegura la viabilidad financiara del sistema; al respecto señaló:

"…102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema…". (Negrilla fuera del texto original).

La hermenéutica jurídica lleva a concluir que esta afectación financiera de la que habla la aludida sentencia de unificación y los criterios planteados para la fijación de la base de liquidación pensional, son factores que se deben extender al régimen pensional docente, precisamente para salvaguardar la estabilidad de dicho sistema.

Lo anterior no dista de lo planteado por los Magistrados de la Sección Segunda del Consejo de Estado y del Magistrado Ponente César Palomino Cortés (con respecto a la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018), en videoconferencia emitida para los Juzgados Administrativos del país. La cual reposa en el canal oficial del Consejo de Estado en Youtube: "ALCANCES SENTENCIA DE UNIFICACIÓN IBL PARTE 1" y "ALCANCES SENTENCIA DE UNIFICACIÓN IBL PARTE 2" con fecha de publicación 24 de septiembre del 2018.

La jurisprudencia del Consejo de Estado señaló en reiteradas ocasiones que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, comprende la edad, el tiempo y el monto del régimen pensional al que se venía cotizando, entendiendo este último, no solo como un porcentaje, sino como un conjunto de conceptos, que incluye la manera y el tiempo de liquidación (I.B.L.) que disponía cada régimen pensional, así como los factores a tener en cuenta al momento de realizar el reconocimiento de la pensión.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado mediante sentencia No. 68001233300020150056 9-01 de 25 de abril de 2019 con ponencia del Consejero Dr. César Palomino Cortés:

v. Efectos de la presente decisión

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la

Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

76. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada."

Por estas razones, deben denegarse las pretensiones de la demanda para en su lugar declarar probadas los medidos exceptivos que se pasan a exponer.

Colofón de lo expuesto, deberá tenerse en cuenta la sentencia de Unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado en la cual menciona, que sólo se deben tener en cuenta para liquidar la mesada pensional, los dineros efectivamente cotizados al fondo pensional a fin de no afectar los principios de sostenibilidad financiera, sostenibilidad fiscal y economía. Así como tener en cuenta, la buena fe que ha tenido la administración pues de manera voluntaria reliquido la pensión de vejez, buscando proteger los derechos laborales del pensionado.

Finalmente, en relación con la prima de navidad reclamada como factor salarial, además de no estar prevista en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, debe decirse que no constituye salario sino que corresponde al ámbito de las prestaciones sociales (Decreto 3135 de 1968, art. 5 Decreto 1045 de 1978).

c. En violación al principio de Solidaridad y Sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

Considera este apoderado judicial que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad del que habla el acto legislativo N° 001 de 2005 y que además lo incorporó en la Constitución al siguiente tenor:

> *"ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".*

En efecto, bajo el principio de solidaridad, los aportes al régimen general de pensiones constituyen un sistema bajo el cual, los aportes que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; en caso contrario, implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del Régimen General de Pensiones, ocasionando un detrimento incluso para aquellos afiliados que al realizar sus aportes mantienen una expectativa de alcanzar el derecho a la pensión.

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

2. RELATIVO A LOS DESCUENTOS EN SALUD

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 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 FOMAG:

> *"El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:* […]
>
> ***5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*** […]"

Así pues, 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, incluyendo las mesadas adicionales cualquiera que sea su naturaleza.

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

> *"*[…] ***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.*
>
> *El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.*
>
> *El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.* […]*"*

El inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-369 del 27 de abril de 2004, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet; siempre que dicho precepto sea interpretado así:

> *"...6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes 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 Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan.* ***Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los***

beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - `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´. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003."

Aunado a lo anterior, es preciso señalar lo dispuesto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así:

"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.*** *Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.*

El Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el Plan de Salud Obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207 y la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación de que habla el artículo 222.

PARÁGRAFO 1º. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley."

De igual manera, es importante resaltar el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso que:

"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".

Así, 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, es decir, la Ley 91 de 1980, misma que estipula que en dicho descuento deben estar incluidas las mesadas adicionales.

Además, es claro que la Ley 812 de 2003 modificó la norma únicamente respecto del personal docente lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, mas no modificó su régimen pensional.

Posteriormente, la Ley 1250 de 2008, en su artículo 1 adicionó al artículo 204 de la Ley 100 de 1993:

"Artículo 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. (…) *La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional", (…)"*

Corolario de lo expuesto, con fundamento a lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, situación que conllevó que a los mismos se les aumentará el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, pues de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a reducir 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 último, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado en Sentencia de 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 2015-02164-00, manifestó:

"En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, dichos descuentos son legales, puesto que los docentes afiliados al FOMAG gozan de un régimen pensional excepcional y a su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previó que deben efectuar los aportes en salud, conforme con lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto es, bajo el régimen general del (12%), por lo que no existe ninguna norma que exima a los docentes de efectuar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales."

Por sí lo anterior fuera poco, no se puede perder de vista que las cotizaciones efectuadas por los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud son de naturaleza tributaria, y en virtud de ello se consideran contribuciones parafiscales. Sobre este tópico, el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia dentro del expediente con radicación 15001 3333 001 2016 00138-01, nos dejó las siguientes enseñanzas:

> "Las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud son de naturaleza tributaria, se consideran como contribuciones parafiscales4. En este sentido cabe traer a colación la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenas, proferida el 3 de diciembre de 2009, en el proceso con Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04897-01(17122); dijo:
>
> " ...ha sido criterio reiterado de la Corte Constitucional que del artículo 48 de la Carta Política se deriva que los recursos de la seguridad social son recursos parafiscales de destinación específica. Esa doctrina judicial la viene planteado desde el año 1997, no surge a partir de la sentencia C-1040 de 2003.
>
> En efecto, frente al carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y su destinación específica, en la sentencia C-1040 del 2003, la Corte reiteró la doctrina de las C-577 de 1997, SU-480 de 1997, T-569 de 1999 y C-821 de 2001. Al respecto consideró:
>
> "La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.
>
> "Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su

objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

"Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud".

Enfáticamente sobre el mismo punto en la sentencia C- 821 de 2001, afirmó: "Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud, todos elementos constitutivos de la renta parafiscal" (...)" Resaltado fuera de texto.

Así entonces, el régimen pensional regula el pago de la cotización en salud como parte del mismo, ella es una contribución parafiscal definida como gravamen con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley 225 de 1995. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional, en donde su afectación a un propósito específico es su característica fundamental."

3. COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso establece que las costas deben ser debidamente demostradas

> *Art. 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

Es así, como el artículo citado previamente remite de manera expresa al Estatuto Procesal que será aplicable, el cual corresponde a la Ley 1564 de 2012.

Código General del Proceso.

Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

[…] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. […](Subrayado fuera de texto)

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva

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.

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.

IV. EXCEPCIONES PREVIAS

I. DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: La creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la idea de solucionar los frecuentes problemas relacionados con el pago de las prestaciones sociales de los maestros, la ley 91 del 29 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Su creación se hizo en la siguiente forma:

"*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*."

De acuerdo a lo anterior, La Nación - Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá.

FIDUPREVISORA ACTUA ÙNICA Y EXCLUSIVAMENTE CÓMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÒNOMO - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG.

Es preciso indicar que FIDUPREVISORA S.A. respecto del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la escritura pública número 0083 de 21 de junio de 1990 actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG, esto, en cumplimiento de las obligaciones contractuales que se desprenden del mencionado contrato, por tal motivo se aclara que los recursos administrados provienen del Fondo de Prestaciones sociales del magisterio que si bien es cierto son recursos públicos su disponibilidad depende y se condicionan a las instrucciones del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional.

Por lo anterior, los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG no pueden administrarse al arbitrio propio de Fiduprevisora S.A. toda vez que se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial e incluso en delitos toda vez que para los pagos que deben realizarse debe necesariamente existir previa instrucción del fideicomitente.

LOS BIENES FIDEICOMITIDOS NO SON DEL FIDEICOMITENTE.

De igual manera, establece el artículo 1226 del Código de Comercio que la fiducia mercantil es un negocio en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario". (Subrayado extra textual).

Debemos advertir que de conformidad con lo previsto en el Código Civil, la transferencia de la propiedad supone la tradición del bien o bienes, esto es, la realización de un modo de adquirir el dominio de propiedad, que consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, existiendo la facultad e intención de transferir el dominio.

Así las cosas, tenemos que por razón de la tradición del dominio del fideicomitente al fiduciario por virtud de un título traslaticio -fiducia mercantil- el fiduciario adquiere el dominio de la cosa recibida, como titular de un patrimonio autónomo constituido, razón por la cual la elaboración del contrato de fiducia no sólo implica la transferencia de la propiedad sino la constitución, por expresa disposición legal, de un patrimonio autónomo, afecto a la finalidad prevista en el acto constitutivo.

En consecuencia, si por la tradición se realiza o ejecuta el justo título, en este caso la fiducia mercantil, por cuya virtud se transfiere el dominio sobre unos bienes a un nuevo sujeto de derechos, resulta que los bienes ya no le pertenecen al fideicomitente, y por ende, no pueden ser objeto de ninguna medida cautelar en procesos contra éste, porque se estaría procediendo contra bienes ajenos.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS.

El patrimonio autónomo es una individualidad jurídica propia, de creación legal expresa, afecto a una finalidad determinada, cuyos bienes o activos responden por las obligaciones de carácter patrimonial que se adquieran en el cumplimiento de la finalidad.

Su tipificación en el Código de Comercio obedece a la teoría objetiva o económica de origen alemán que le reconoce al patrimonio autónomo una individualidad jurídica propia afecta a una finalidad determinada, de conformidad con las características señaladas en los artículos 1227 y 1233 de dicho

código, es decir, que los bienes que lo conforman no forman parte de la garantía general de los acreedores de la fiduciaria y que solo garantizan las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad de la fiducia.

No obstante que los patrimonios especiales han recibido diferentes denominaciones por la doctrina, tales como de afectación, de destino, separados y patrimonios autónomos, entre otros, esta última denominación es la que ha acogido y definido la ley colombiana.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, debe celebrar y ejecutar diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario debe informar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS COMO SUJETOS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.

El patrimonio autónomo no es un ente con personería ni identidad jurídica, pero puede adquirir derechos y contraer obligaciones, tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, por lo que puede, entre otros, contratar, endeudarse, demandar y ser demandado.

En consecuencia, los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones y convencionalmente derivados de los actos u contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

En conclusión, es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva, de LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., atendiendo a que es una entidad de economía mixta que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este a su vez es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades reconozcan a su planta de personal docente, en tanto que la Previsora es una simple administradora de recursos que no está llamada a ser legitimada en la causa por pasiva en el presente evento, además porque no está avalada para consentir actos administrativos.

V. 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. PRECEDENTE JUDICIAL Y SU FUERZA VINCULANTE

El Consejo de Estado mediante sentencia No. 68001233300020150056 9-01 de 25 de abril de 2019 con ponencia del Consejero Dr. César Palomino Cortés:

> v. Efectos de la presente decisión
>
> 73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".
>
> 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.
>
> 75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.
>
> 76. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada." (Subrayas fuera de texto)

Por estas razones, deben denegarse las pretensiones de la demanda para en su lugar declarar probadas los medidos exceptivos que se pasan a exponer.

III. INAPLICABILIDAD DE INTERESES DE MORA

En lo concerniente a los intereses de mora, tenemos que los mismos se encuentran consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a través del cual establece:

> *"ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago"*

Teniendo en cuenta la normatividad anteriormente mencionada, se logra evidenciar que la misma es única y exclusivamente aplicable para las personas que le es aplicable al régimen de prima media regulado en la misma Ley 100 de 1993, y no para los regímenes especiales, como en el caso en concreto encontramos que la demandante, se encuentra amparada por la normatividad aplicable a los docentes que se encuentren o hayan encontrado vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, en caso de encontrar aplicable la normatividad regulada en la Ley 100 de 1993, me permito manifestar que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios alegatos con la demanda, son improcedentes toda vez que la discusión del derecho a la reliquidación será objeto de estudio dentro del presente proceso; razón por la cual en la actualidad no se encuentran supuestos facticos y jurídicos que logren acreditar tal derecho; y mucho menos la procedencia de intereses moratorios sobre un derecho que aún no se encuentra reconocido.

IV. COBRO DE LO NO DEBIDO

El artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señaló que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas "sobre los que hayan servido de base para calcular los aportes", para tal efecto enlistó los factores que debían ser incluidos al momento de fijar el monto para liquidar la pensión de jubilación entre los que se encuentra: "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 el presente caso, los factores salariales que alega la parte demandante no se encuentran previstos en el artículo 3 de la ley 33 de 1985, por lo que la entidad al reconocer el derecho pensional se ajustó a derecho, sin que sea procedente el cobro de la misma para incluirla en una reliquidación pensional.

V. 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 SEGUNDA[4], 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*

[4] 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.

opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes…"

VI. 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.

VII. ANEXOS

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

VIII. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe 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, procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, t_juvargas@fiduprevisora.com.co.

Del señor(a) Juez,

ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA
CC. No. 1.022.376.765 de Bogotá
T.P. No. 267.625 del C.S.J.

Elaboro: t_juvargas
Reviso: Javier Antonio Silva Monroy

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".
Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.