

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia que la entidad demandada fue notificada, del auto admisorio de la demanda el día 13 de enero de 2021, conforme a lo dispuesto en el Art. 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Artículo 8 del Decreto 806 de 2020 y posteriormente por el Art. 48 de la Ley 2080 de 2021.

El término para contestar la demanda venció el día 21 de abril de 2021.

Durante el señalado término la entidad demandada Nación-Mineducación- FOMAG, allegó poder designando apoderado contestó la demanda aportó anexos y en la contestación formuló excepciones.

Por su parte la entidad demandada Municipio de Santiago de Cali, allegó poder designando apoderado contestó la demanda aportó anexos y en la contestación formuló excepciones

Se pone de presente igualmente, sustitución de poder allegada por el apoderado de la parte demandante.

Por lo antes mencionado se procederá a correr traslado de las excepciones formuladas conforme a lo dispuesto en el Art.175 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el Art.201^a de la Ley 2080 de 2011.

**ASUNTO : TRASLADO ART.175 Ley 1437 de 2011 y 201A
de la Ley 2080 de 2011**

La secretaria del Juzgado Dieciséis Administrativo Oral del Circuito de Cali, procede a fijar en lista de traslado las excepciones formuladas por las partes conforme a lo previsto en el artículo 175, parágrafo 2º de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Art 38 de la Ley 2080 de 2021.

El anterior traslado queda a disposición de las partes **por el término legal de tres (3) días.**

Se fija en lista de traslado hoy 20 de mayo de 2021, siendo las siete de la mañana (07:00 a.m.).

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Karol Brigitt Suarez Gomez'.

KAROL BRIGITT SUAREZ GOMEZ
Secretaria



**SEÑOR
JUEZ 16 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI
E. S. D.**

**REFERENCIA: CONTESTACION DEMANDA.
PROCESO No.: 76-001-33-33-016-2019-00253-00
DEMANDANTE: SEGUNDO ARQUIMEDEZ LANDAZURY CABEZAS
DEMANDADO: NACION –MINEDUCACION-FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES-MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI-
SECRETARIA DE EDUCACIÓN.
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**

MARIA IDALY SALAZAR OROZCO, mayor de edad, domiciliado y residente en este municipio, abogada inscrita, con cédula de ciudadanía número 31.301.645 de Cali y tarjeta profesional de abogado número 40449 del CSJ., actuando en mi calidad de apoderada del Municipio de Cali- Secretaría de Educación, según poder que adjunto, por medio del presente escrito con todo respeto me dirijo a usted, dentro del término legal, a fin de dar contestación a la demanda de la referencia, así:

I.- PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRETENSIONES.

En nombre de mi representada, me opongo a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas por el demandante relacionadas con que se declarare configurado el **SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO** respecto de la petición presentada el día 20 de abril del 2018, mediante la cual la docente solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que su mesada pensional sea pagada y reajustada anualmente con base a los ordenamientos consignados en el numeral 5º del Artículo 8º de la Ley 91 de 1.989 y en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, respectivamente; solicitando consecuentemente la devolución de los dineros superiores al 5%, que bajo el rotulo de E.P.S., le han descontado de las mesadas pensionales incluidas las mesadas adicionales de Junio y Diciembre y que el ajuste anual de la Pensión sea en la misma proporción en que se incrementa el salario mínimo legal mensual y no con base al porcentaje del I.P.C., reportado por el DANE.

Igualmente nos oponemos a que se declare NULO EL ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO, que ha surgido como consecuencia del silencio administrativo negativo, respecto de las peticiones formuladas por el Demandante mediante memorial radicado ante la Accionada el día 8 de noviembre de 2016.

República de Colombia



Santiago de Cali

Secretaria De Educación Municipal

Nos oponemos a la pretensión que se declare a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO y se profiera sentencia en donde se ratifique que el demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1.993, que se encuentra cobijada por régimen específico contenido en la Ley 91 de 1.989, de conformidad con lo determinado por la Ley 812 de 2.003, para los docentes que se vincularon a la educación oficial con anterioridad al 27 de Junio de 2.003, y que su Pensión Ordinaria de Jubilación debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con lo dispuesto en el Artículo primero de la Ley 71 de 1.988.

En términos generales nos oponemos a todas y cada una de la pretensiones, declaraciones y condenas del demandante solicitadas en consecuencia de la solicitud de las declaratorias anteriores y que se encuentran contenidas en el acápite de la demanda denominado "PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS".

Igualmente nos oponemos a que se ordene al Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación a reconocer y reintegrar a favor de la parte actora, unos valores de descuentos que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectúa conforme a las normas establecidas para tal fin.

En este orden de ideas se solicita al señor Juez de manera respetuosa, que previo el agotamiento del procedimiento respectivo y analizadas las pruebas que sean conducentes, se sirva absolver al Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Educación de todas las pretensiones de la demanda

II.- FRENTE AL ACÁPITE DE HECHOS DE LA ACCIÓN:

AL HECHO PRIMERO. ES CIERTO.- La Secretaria de Educación proyectó el acto administrativo conforme a su competencia según la ley y es El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien expidió la Resolución No. 4143.3.21.10498 del 4 de Diciembre del 2009, mediante la cual se reconoce y ordena el pago una pensión ordinaria de jubilación al demandante.

AL HECHO SEGUNDO .ES CIERTO.- El Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por intermedio de la FIDUPREVISORA S.A., (Entidad encargada del pago de las pensiones del Magisterio), le está descontado al demandante conforme lo determina la ley los aportes en salud.

AL HECHO TERCERO: ES CIERTO PARCIALMENTE, En el Acto administrativo que concedió la pensión se expresa que esta le será reajustada en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, pero que le son aplicables las normas contempladas en la ley 6 /41, Decreto 71/88, ley 91/89, ley 812/03, ley 1122/2007.



Dice la norma “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio descontará los aportes de cada mesada pensional de acuerdo a lo establecido en la Ley 91 de 1989 Ley 238 de 1995, artículo 81, Ley 812 de 2003, Decreto 2341 de 2003, artículo 3º, Decreto 3752 de 2003”. Normas que refieren expresamente:

a).- La Ley 91 de 1989, b).- Ley 238 1995, “Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993”, c).- Ley 812 de 2003, ARTICULO 81 “RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES, d).- DECRETO 2341 de 2003 ARTÍCULO 3º. *Distribución de la cotización entre empleadores y servidores. En concordancia con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, el valor total de la cotización establecida en el artículo 1º del presente se distribuirá entre empleadores y servidores... “*; e).- DECRETO 3752 de 2003, “*Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”*”

Las normas antes transcritas son de carácter especial que rigen al personal docente, para el caso en particular las que se aplican para las pensiones del magisterio, como es la del accionante.

AL HECHO CUARTO.- ES CIERTO. La demandante presento petición ante la Secretaría de Educación Municipal el 20 de abril de 2018, sobre los asuntos referidos.

AL HECHO QUINTO. ES CIERTO. Mediante oficio No. 201841430200044141 del 6 de junio del 2018, LA SECRETARIA DE EDUCACION DE CALI, se dio respuesta al demandante, dando traslado a la PREVISORA en donde se le informa que debe presentar nueva solicitud ante la FIDUPREVISORA

AL HECHO SEXTO: NO ES CIERTO. La ocurrencia del silencio administrativo debe probarse dentro del proceso.

AL HECHO SEPTIMO: ES CIERTO. No se interpuso ningún recurso.

A LOS HECHO OCTAVO, NOVENO Y DECIMO.- NO SON HECHOS son referencias jurisprudenciales e interpretaciones del apoderado de la accionante.

IV.- FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA.

RAZONES DE LA DEFENSA

I.- La Secretaría de Educación en ejercicio de sus funciones y en observancia de la normatividad que ampara a los docentes activos y pensionados vinculados al servicio



estatal como es el asunto de la parte actora, ha acatado lo estipulado en la Ley 91 de 1989, y demás normas y Decretos propios al régimen especial del magisterio, en tal virtud proyectó y expidió la Resolución No. 4143.3.21.10498 del 4 de Diciembre del 2009, que le reconoció al demandante una Pensión Ordinaria de Jubilación, la que fue aprobada y pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y en ella se indican las normas que le son aplicables a los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo anterior, es importante establecer las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las Secretarías de Educación certificadas por el Ministerio de Educación en cumplimiento de la ley 715 de 2001 artículo 20; iniciando con el régimen especial de prestaciones sociales de los docentes.

A través de la Ley 91 de 1989 fue creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada de administrar las prestaciones sociales del personal afiliado a él, tal como lo establece el artículo 4º del citado compendio:

“Artículo 4o. 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.”

A su turno el artículo 3o. del citado ordenamiento dispone:

“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.”



Puede concluirse de lo anterior, que siendo el fondo una cuenta sin personería jurídica, la administración de los recursos se hace a través de una entidad fiduciaria que para el caso es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.”

Seguidamente, el Gobierno Nacional expide el decreto 2831 del año 2005 de acuerdo al artículo 16 de la ley 91 de 1989, en dicho decreto se establece las competencias entre la Secretarías de Educación certificadas por el Ministerio de Educación Nacional y la FIDUCIARIA encargada de administrar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el funcionamiento del mismo, igualmente expresa en el artículo 10 que deroga el decreto 1775 de 1990 decreto que reglamentaba el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, en el artículo 3 del decreto 2831 de 2005 dice:

” Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las*



adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

En el Artículo 4° establece:

“Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación; en el Artículo 5° dice:”. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”

Con lo antes expuesto, se determina que la Secretaria de Educación del Municipio Santiago de Cali no puede modificar, extinguir o crear situación jurídica alguna en lo que corresponde a las prestaciones sociales que afecte a la actora sin la previa aprobación de la FIDUCIARIA – FIDUPREVISORA S.A, de no cumplir con dicho requisito las resoluciones que reconozcan



prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio carecerá de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

La FIDUPREVISORA S.A. es una entidad totalmente independiente de la Secretaría de Educación, ésta solo se encarga de proyectar los actos administrativos de reconocimiento o negación de las prestaciones sociales, conforme lo establecido en el artículo 3º numeral 3º del Decreto 2831 del 16 de agosto 2005, a su turno la FIDUPREVISORA S.A. revisa y aprueba e igualmente es la encargada de programar y realizar los pagos respectivos, a la luz de la normativa anunciada.

Así las cosas, LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, no es la entidad pagadora, ni mucho menos quien reconoce las pensiones de jubilación ni los descuentos en salud, ésta sólo cumple las funciones administrativas de recepción y trámite, con revisión de cumplimiento de requisitos para aprobación y su función va hasta *Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo* de reconocimiento y orden de pago de las diferentes prestaciones sociales; toda vez que éstas se pagan con recursos provenientes del Sistema General de Participaciones a través de giros realizados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la cuenta especial que para tal fin administra la FIDUPREVISORA S.A.; siendo por lo tanto, esa fiduciaria la encargada de aprobar los actos y materializar tanto los pago de las prestaciones sociales de los docentes como los reajustes, una vez reconocidas.

Se concluye entonces, que la Secretaría de Educación de Santiago de Cali, en lo que atañe a su competencia, cumplió a cabalidad con el procedimiento de ley señalado en el Decreto 2831 de 2005, conducente a proyectar los actos concernientes al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación a favor de los docentes demandantes, pero no es la competente para reconocer, liquidar y pagar la prima prima de junio establecida en el artículo 15 Nral 2, literal B de la ley 91 de 1989 que estos reclaman pues es función única y exclusivamente del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, por lo tanto, al no ser esta Secretaría la entidad obligada a reconocer y cancelar dicha prestación tampoco es la Entidad a quien se deba demandar.

En cuanto a la normatividad que ampara los descuentos o aportes en salud están contenidos Ley 238 1995, "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993", **ARTÍCULO 1o.** *Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: "Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados" y ley 812 de 2003, Artículo 81 "RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*



Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

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 3o 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 valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.



PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989”

Dice el DECRETO 2341 de 2003 ARTÍCULO 3°. Distribución de la cotización entre empleadores y servidores. En concordancia con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, el valor total de la cotización establecida en el artículo 1° del presente se distribuirá entre empleadores y servidores... “

DECRETO 3752 de 2003, “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”

La Ley 91 de 1989, mediante la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, referente a APORTES establece:

Numeral 5 del Artículo 8°: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deducirá “El 12% de cada mesada pensional que pague el fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados” resaltado fuera del texto.

Dentro de las mesadas a que se refiere la norma aludida se encuentran las mesadas ordinarias y las de los meses de Junio y Diciembre, las que son denominadas “adicionales” y por ende todas constituyen aportes de un pensionado en favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y hacen parte integral de sus recursos, los cuales ayudan a financiar el sistema integral de salud del Régimen de Excepción a que pertenece el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo relacionado con los aportes para salud y pensión que deben efectuar los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo porcentaje de cotización ha sufrido diferentes variaciones por parte del Gobierno Nacional, lo que nos indica que dichos valores se han aplicado conforme al respectivo ordenamiento legal.

La Ley 812 del 26 de junio del 2003, modifica el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que el valor total de cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en esta norma el aporte del pensionado es del 12% sobre el valor de la mesada. Es de aclarar que el inciso 4° del Artículo 81 de la Ley 812 del 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C-369 del 2004, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Señala la Corte, que un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Cada régimen especial es entonces un universo propio, concluyendo la Corte que, en principio, no es



viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.

Por tanto la Corte ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la Ley en materia de seguridad.

Ahora bien, el Decreto 2341 del 2003, reglamentario del Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece, que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo del Magisterio corresponderá a la suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, el cual es del 12%.

La Ley 1122 del 09 de enero del 2007, modifica el inciso 1° del Artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en lo referente al monto de las cotizaciones, el cual indicaba que a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización.

En tal sentido se expidió la Circular Externa 00101 de enero 12 del 2007, del Ministerio de la Protección Social, en resumen los aportes de los docentes pensionados pasaron del 12% al 12.5%.

Las anteriores normas son de obligatorio cumplimiento para los entes comprometidos en el reconocimiento y pago de prestaciones de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en ellas claramente se establece el valor de los aportes y su aplicación en las mesadas pensionales devengadas por los educadores.

Actualmente se encuentra en vigencia la Ley 1250 de 2008 la cual, respecto al monto y distribución de las cotizaciones, señala en su *Artículo 1: 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”, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008”.

A diferencia del sistema General de Seguridad Social, los servicios médicos de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989, son prestados por entidades médicas contratadas para el efecto y canceladas con los recursos de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sistema totalmente diferente, por lo que es de régimen de excepción, al sistema de salud consignado en el régimen de seguridad social de la Ley 100 de 1993, por lo que no puede pretenderse, buscar aplicación de normas de carácter general que les son más favorables, pues estaría modificando el espíritu del régimen de excepción docente y por ende creando un nuevo régimen.

Como podemos observar, la Ley 812 de 2003 estableció de manera taxativa una aplicación por analogía de una situación ya regulada por la Ley 100 de 1993; como son los “aportes para salud”; esto con el fin de homologar el límite máximo de los aportes que deben efectuar los afiliados al FNPSM y los trabajadores a los cuales se les aplica lo normado en la Ley 100 de 1993. Igualmente, observamos que la Ley 812 de 2003 en ningún momento condiciona la aplicación del valor de dichos aportes a que los educadores hayan sido vinculados antes o después de entrar en vigencia dicha ley, sino que se refiere en general a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En síntesis de lo antes expuesto, es claro que los descuentos a los docentes pensionados del sector oficial son de competencia del FNPSM, los que realiza de conformidad con las normas legales existentes, y no es de competencia del Municipio Santiago de Cali-Secretaría de Educación, por lo tanto no hay lugar a demandar al municipio de Cali, ni a reclamar devolución de valor alguno como lo pretende la demandante.

I. EXCEPCIONES EN CONTRA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE:

1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:

Con todo respeto propongo esta excepción, puesto que es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. la que reconoce y ordena el pago de una pensión y realiza los descuentos en salud, razón por la cual puede comparecer a juicio y en este caso, es la entidad llamada a responder por el hecho de que a la demandante se le reconoció y ordenó el pago a través de ella; la Secretaría de Educación Municipal es la encargada de proyectar y expedir los actos administrativos de reconocimiento o negación de prestaciones sociales pero la responsabilidad económica de dicho acto recae sobre la Nación Ministerio de Educación –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, razones suficientes para declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva.



Dicha excepción me permito apoyarla en jurisprudencia del H Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, en pronunciamiento de 14 de febrero de 2012, quien al resolver sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Educación Nacional, en asunto sobre la re-liquidación de una pensión a favor de un docente, explicó:

“Sostiene el Ministerio de Educación Nacional, en el recurso de apelación, que contrario a lo afirmado por el Tribunal, es la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá a quien, en virtud de lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 le correspondía comparecer al presente proceso con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por la señora Luz Nidia Olarte Mateus contra los actos administrativos que le negaron la reliquidación pensional conforme lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985

(...)

No obstante lo anterior y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del Ente Territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual dispone el pago de la prestación deprecada por el docente petionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

La sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005, fue la de simplificar una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “ Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio serán reconocidas por el citado fondo.

De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente petionaria se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio



ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.”

De manera que normativa y jurisprudencialmente, es claro y expreso que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados le corresponde a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Subraya y negrilla fuera de texto)

2.- INNOMINADA

Solicito muy respetuosamente al momento de proferir sentencia, se sirva declarar de oficio todos los hechos exceptivos que sean advertidos y probados en el curso del proceso y que resulten favorables a la entidad que represento.

PRUEBAS

Con el debido respeto solicito a su Señoría que conocerá del asunto tenga como pruebas y analice al tenor de la sana crítica las siguientes:

1.- Antecedentes administrativos del señor **SEGUNDO ARQUIMEDEZ LANDAZURY CABEZAS**, que serán aportados una vez el archivo de la Secretaria de Educación Municipal los entregue.

ANEXOS

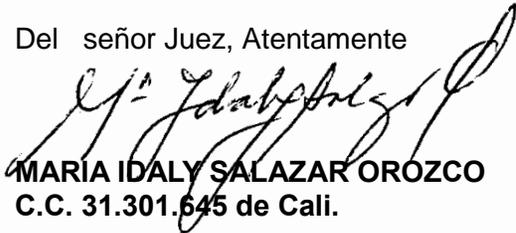
Poder a mi conferido para actuar dentro de la presente Acción con sus anexos.

NOTIFICACIONES:

Las del señor Alcalde, se recibirán en el piso 9º del Centro Administrativo Municipal CAM – Torre Alcaldía y en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@cali.gov.co

La suscrita apoderada, en la Secretaría del Juzgado y en el Centro Administrativo Municipal CAM - Torre Alcaldía piso 8º. – Secretaria de Educación Municipal o en el correo electrónico salazaridaly1958@gmail.com

Del señor Juez, Atentamente



MARIA IDALY SALAZAR OROZCO
C.C. 31.301.645 de Cali.

República de Colombia



Santiago de Cali

Secretaría De Educación Municipal

T.P 40449 C.S.J.



20211180457971

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211180457971**
Fecha: **03-03-2021**

**SEÑORES
JUZGADO DIECISEIS (16) ADMINISTRATIVO DEL ORAL DE CALI
CALI - VALLE DEL CAUCA**

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
abogadooscartorres@gmail.com

E. S. D.

Proceso:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	SEGUNDO ARQUIMEDES LANDAZURI CABEZAS
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Radicado:	76001333301620190025300

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EDID PAOLA ORDUZ TRUJILLO, mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma en calidad de apoderada sustituta única y exclusivamente para esta actuación del Doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 y tarjeta profesional No. 250.292 del C.S.J. actuando como apoderado general de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG**, tal y como consta en la escritura pública No. 480 del 3 de mayo de 2019 por el Doctor LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, en su calidad de delegado de la Ministra de Educación Nacional conforme a la Resolución No. 002029 del 4 de marzo de 2019, para la defensa judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes, por medio del presente escrito, encontrándome dentro del término legal procedo a dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

I. HECHOS

AL HECHO PRIMERO: ES CIERTO; y mediante la Resolución N° 4143.3.21.10498 del 04 de diciembre del 2003 se puede constatar lo alegado por la parte actora.

AL HECHO SEGUNDO: ES PARCIALMENTE CIERTO; la entidad representada ha venido efectuando descuentos para salud en las mesadas pensionales del demandante.

A LOS HECHOS TERCERO AL NOVENO: NO ME CONSTAN; deberán ser probados en el transcurso procesal. Aunado a ello muchas de sus manifestaciones son apreciaciones subjetivas o interpretaciones erradas frente a la normatividad aplicable.

II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como las denominadas a título de restablecimiento de derecho y en consecuencia solicito denegar las suplicas de la demanda, por las razones que se esgrimen en el capítulo de la oposición, hechos y razones de la defensa y fundamentos de las excepciones que se enuncian a continuación:

Pronunciamiento de las pretensiones

DECLARACIONES

1ª Me opongo a que se declare configurado el silencio administrativo negativo respecto a la petición presentada el día 20 de abril del 2018, mediante la cual la docente solicito al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACION, que su mesada pensional sea pagada y reajustada anualmente.

2ª Me opongo a que se declare Nulo el acto administrativo ficto o presunto, que ha surgido como consecuencia del silencio administrativo negativo, respecto de las peticiones formuladas por la demandante.

3ª Me opongo a que se profiera sentencia en donde se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1.993.

CONDENAS

- I. Me opongo a efectuar los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud que son aplicados a la mesada pensional de mi representada. En la cuantía del 5% de cada mesada.
- II. Me opongo a reajustar anualmente la mesada pensional de la demandante, con base a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es en el mismo porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual.
- III. Me opongo a reintegrar a la Demandante las sumas de dinero superior al 5% que a título de aportes al sistema de salud le han sido descontadas de las mesadas pensionales y adicional de junio y diciembre.
- IV. Me opongo a que se pague en favor de la demandante los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada pensional que actualmente recibe la demandante.

V. Me opongo a que se pague de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas solicitadas.

4ª. Me opongo a que se ajuste el valor de la suma que resultare adeudada por la entidad teniendo que al demandante no le asiste el derecho.

5ª. Me opongo a que se condene al pago de interés por cuanto los descuentos realizados al demandante siempre se han ajustado a derecho.

6ª. Me opongo a que se condene en costas y agencias en derecho del proceso a mí representada, toda vez que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, por lo que ruego a su señoría absolver de éstas y en su lugar se condene a la parte demandante.

7ª. Me opongo ya que, si se llegare a condenar a la entidad, ésta tiene un término para realizar el pago de la sentencia y las condenas impuestas.

III. FUNDAMENTO DE DEFENSA

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

Conforme a las leyes 4° de 1966, 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1968, a los pensionados se les descontaba el 5% del valor de su pensión, ello destinado a asistencia médica.

En el caso de los docentes, a partir de la Ley 91 de 1989, estos pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo la administración del servicio médico (Art. 5). En su artículo 8° numeral 5°, se precisó que dicho fondo estaría constituido por el “5% de cada mesada pensional, que pague el fondo, **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados”.

El anterior porcentaje fue modificado por el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en la siguiente forma:

“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.

(...)

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.”

Mediante Decreto 2341 de 2003, se reglamentó parcialmente la anterior disposición, reiterando que la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio correspondería a la suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, fijando el porcentaje total de cotización por los años 2003 al 2007.

Ahora al estudiar la constitucionalidad del inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. La Corte Constitucional en Sentencia C-369 del 2004¹, realizó una distinción entre el **régimen prestacional** –que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados-, el cual, para los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 812 -27 de junio de 2003-, es el contenido en la Ley 91 de 1989 y el **régimen de cotización**, que fue modificado por el inciso cuarto de ese artículo, y determinó que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - **sin que la norma establezca alguna excepción** – correspondería al porcentaje fijado por la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 que es del 12% de su mesada, a cargo de los pensionados en su totalidad.

[...]

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.” (Subrayado fuera del texto).

Conforme a lo dicho, es dable concluir que en lo atinente al porcentaje de cotización en salud, los docentes pensionados afiliados al FOMAG –vinculados antes o después del 27 de junio de 2003- se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, pues tal y como lo expone la Corte Constitucional, en sentencia de control de constitucionalidad de obligatorio acatamiento para los Operadores Judiciales, el régimen de cotización fue modificado tanto para docentes activos como pensionados con la expedición de la Ley 812 de 2003, sin excepción, pues el único requisito es que estuviera afiliado al FOMAG. En consecuencia,

¹ Corte Constitucional, sentencia del 27 de abril de 2004, sentencia C-369/04, CP: Dr. Eduardo Montealegre Lynnet

a partir de la vigencia de la mentada disposición, el monto de cotización al sistema de salud fue incrementado del 5% al 12% como lo señaló el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, SIN QUE SE EXCLUYERA LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE.

DESCUENTO POR CONCEPTO DE SALUD EN LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Para efecto de dilucidar si la entidad demandada está facultada legalmente para efectuar descuentos a las mesadas adicionales de junio y diciembre, debe en primer término señalarse que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, son rentas parafiscales, debido a que son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destina para su beneficio; y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño General de Seguridad Social en salud define como forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud, es decir, todos elementos constitutivos de renta parafiscal.²

El Consejo de Estado, al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia judicial que denegó el reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señaló:

"Observa la Sala que, el tribunal accionado realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto que le permitió establecer que, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral establecido en dicha Ley, razón por la que se creó un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el párrafo transitorio 1° del acto legislativo 001 de 2005.

En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 1° del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993. No obstante lo anterior, dichas normas no le son aplicables a los docentes, dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100, tal y como se dispone en el artículo 279 de esa norma en los siguientes términos:

"ARTICULO. 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 aquél 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.

Aunado a lo anterior se tiene que el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente: 'Párrafo transitorio. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales,

² Corte Constitucional C-821 del 2001

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 las cosas, se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, la que, en el numeral 5° del artículo 8, prescribió que:

"Artículo 8. 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.** (...)'" (Negrillas fuera de texto).

De la normativa transcrita se tiene que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que la actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su consideración"³

Se infiere entonces que la Ley 91 de 1989, es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados, conforme lo estableció el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Por lo tanto las previsiones de la Ley 812 de 2003, que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solo conlleva a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente, el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD QUE RIGE EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Es importante precisar, que, en casos como este, prima el principio de solidaridad, pilar básico del Estado Social de Derecho, reconocido por nuestra Constitución Política en los artículos 1°, 48, 49 y numeral 2° del artículo 95, en virtud del cual quienes tienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 2012-00411-00(ac), C.P. William Giraldo Giraldo. Criterio reiterado por dicha sección en sentencia del 15 de noviembre de 2012, exp. 2012-01286-00, con ponencia del mismo magistrado.

Por consiguiente, el principio de solidaridad prima en este caso, pues la contribución solidaria que hacen los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es obligatoria, independientemente de que dichos aportes se vean reflejados en su servicio.

AJUSTE ANUAL

Ahora, frente a la pretensión dirigida a que la pensión de jubilación debe ajustarse anualmente conforme las prescripciones de la Ley 71 de 1988, esto es, con el incremento efectuado anualmente para el salario mínimo legal mensual vigente, es preciso indicar lo siguiente:

En lo atinente con la pretensión de que el ajuste anual de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al incremento que se realiza para el SMMLV, se debe negar, habida consideración que a partir de la adición realizada por la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se incluyeron a los regímenes exceptuados para efectos de ajustar anualmente las mesadas pensionales conforme al artículo 14 de la pluricitada Ley 100, es decir con el IPC.

El artículo 14 de la Ley 100 de 1993, modificó el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 el cual disponía:

“Artículo 1.- Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.”

Ello para en su lugar disponer que, como regla general, todas las pensiones se reajustarían anualmente conforme al IPC:

“ARTICULO. 14.- Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.”

Sobre este punto la H. Corte Constitucional en sentencia C-110 de 2006, explicó:

“Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social, avanzando en la política de garantizar el poder adquisitivo constante de las pensiones, procedió a modificar el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, disponiendo, como regla general, que todas las pensiones se reajustarían anualmente y de oficio el primero (1°) de enero de cada año, ya no en el mismo porcentaje en que se incrementaba el salario mínimo, sino teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor -IPC- certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”

Sobre la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, al personal docente, es válido recordar, que aunque la misma norma en su artículo 279, excluyó entre otros servidores, a los educadores, con posterioridad tal prescripción fue adicionada por la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995, el cual dispuso:

“ARTICULO. 279. (...)

PARAGRAFO. 4º- Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”

Es claro entonces que, con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, -26 de diciembre de 1995- el personal perteneciente a los regímenes pensionales excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 -entre ellos el docente-, accede a los beneficios y derechos contemplados por el artículo 14, que consagra que la forma de incrementar la pensión anualmente es con la variación del IPC, tal como lo ha efectuado la entidad demandada.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de que está revestido el acto acusado, se deberán negar las pretensiones de la demanda.

IV. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO ATACADO DE NULIDAD

Las cotizaciones de los docentes afiliados al FOMAG, entre ellos los pensionados, corresponde a las sumas de aportes que para salud y pensiones establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por lo que resulta legal cancelar la cotización prevista en dicha normatividad; por tanto, los descuentos que se hayan efectuado se encuentran ajustados a las disposiciones vigentes aplicables, sin que exista obligación de reintegrar a los demandantes los descuentos del 12%. De igual manera, el incremento anual de la mesada pensional se ha efectuado de la forma correspondiente.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO

No existe obligación de devolver los dineros descontados en salud, comoquiera que, según la evolución legal evidenciada dentro de la parte considerativa de la contestación de la demanda, lo mismos se han realizado conforme a la normatividad vigente y aplicable al caso concreto.

PRESCRIPCIÓN

Se propone la prescripción como medio exceptivo de la reclamación solicitada por la demandante, de acuerdo con lo que resulte probado de conformidad con el artículo 488 del C.S.T, artículo 151 del C.P.L, artículo 41 del decreto 3135 de 1968, demás normas concordantes y la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

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 es 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.

Por lo anterior, 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.

V. PETICIONES

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, comedidamente solicito a usted, que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

PRIMERO. - Declarar probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO. - En consecuencia, dar por terminado el proceso.

TERCERO. - Abstenerse de condenar en costas a mi representada y en su lugar condenar a la parte demandante al pago de las costas incluyendo agencias en derecho.

CUARTO. - Se me reconozca personería jurídica para actuar

VI. PETICION ESPECIAL

Solicito que previo traslado para alegar de conclusión se profiera sentencia anticipada, teniendo en cuenta para ello que, en el presente asunto se reúnen los presupuestos contemplados por el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080.

En efecto, nótese que a la fecha no se ha evacuado la audiencia inicial, aunado al hecho que, las pruebas a decretar y practicar solo son documentales, sobre las cuales, es de resaltar, las partes no han manifestado reparo alguno, circunstancia por la cual, el despacho se encuentra facultado para proferir la sentencia que en derecho corresponda sin tener que agotar cada una de las etapas previstas en el artículo 179 Ibidem.

Sobre el particular, la norma en su parte pertinente reza:

“Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

(...)

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento. (...)”

Finalmente, resulta pertinente recordar que por regla general las leyes procesales se aplican en forma inmediata, salvo cuando han empezado a correr términos, o se han empezado actuación o diligencia conforme a la ley procesal derogada o modificada, luego el artículo 42 de la Ley 2080 cuya aplicación se invoca en el presente escrito, ya está rigiendo.



La educación
es de todos

Mineducación

VII. PRUEBAS

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

VIII. ANEXOS

1. Anexos de poder, de acuerdo a lo requerido por el despacho de quien otorga.
2. El poder principal debidamente conferido.

IX. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y a los correos electrónicos: procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, notjudicial@fiduprevisora.com.co, t_eorduz@fiduprevisora.com.co.

Del señor(a) Juez,

EDID PAOLA ORDUZ TRUJILLO

CC. No. 53.008.202 de Bogotá

T.P. No. 213.648 del C.S.J.

Profesional IV – Zona 6

Unidad Especial De Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica

Dirección: Calle 72 N° 10-03

Teléfono:(571) 744 43 33

Bogotá D.C. - Colombia

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

Elaboro: Paola Orduz Reviso: Alejandra Zapata

“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 correspondencia 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.



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda