

**Señor(a)**

**JUEZ DIECISEIS (16) ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI**

**E.**

**S.**

**D.**

**PROCESO:**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**DEMANDANTE:**

MARTHA CECILIA ROJAS CRUZ

**DEMANDADO:**

NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- 76001333301620200007500

**RADICADO:**

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.**

**JULIAN ERNESTO LUGO ROSERO**, identificado con cedula de ciudadanía número 1.018.448.075 de Bogotá, y portador de la Tarjeta profesional 326.858 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como apoderado sustituto del Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, conforme al poder de sustitución que se adjunta, mediante el presente documento me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

**I. A LOS HECHOS**

**PRIMERO:** No me consta, razón por la cual deberá ser demostrado en el transcurso del proceso.

**SEGUNDO:** No me consta, razón por la cual deberá ser demostrado en el transcurso del proceso.

**TERCERO:** No me consta, razón por la cual deberá ser demostrado en el transcurso del proceso.

**CUARTO:** Es cierto.

**QUINTO:** No me consta, razón por la cual deberá ser demostrado en el transcurso del proceso.

**SEXTO:** No me consta, razón por la cual deberá ser demostrado en el transcurso del proceso.

**SEPTIMO:** No es un hecho.

**OCTAVO:** No es un hecho.

## II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, con fundamento en los argumentos de defensa y a las excepciones que adelante propondré.

### DECLARATIVAS

**PRIMERA:** Me opongo a que se declare configurado el silencio administrativo negativo respecto de la petición presentada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones que se expondrán.

**SEGUNDA:** Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a declarar nulo un acto ficto o presunto pues esta es una pretensión accesoria y debe correr con la suerte de la pretensión principal, con lo cual no esta llamada prosperar.

**TERCERA:** Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago y reajuste de la pensión ordinaria de jubilación como lo pretende el demandante, por los argumentos que más adelante se expondrán.

### DE CONDENA

- I. Me opongo a que se ordene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a efectuar los descuentos para efectos de aportes en salud a la mesada pensional de la demandante en la cuantía establecida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 por las razones que más adelante serán expuestas.
- II. Me opongo a que se ordene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reajustar anualmente la mesada de la demandante con base en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, y ordenar su aplicación en forma retroactiva al año en

que la docente consolido su derecho y de manera constante para el futuro por las razones que más adelante serán expuestas.

- III. Me opongo a la pretensión de ordenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reintegro de las sumas de dinero pretendidas toda vez que de dicha pretensión es subsidiaria y depende de la suerte y prosperidad de la planteada en el punto anterior.
- IV. Me opongo a la pretensión de ordenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de los valores resultantes de las diferencias entre mesadas que se solicitan por la demandante, toda vez que esta es una pretensión subsidiaria y debe correr con la suerte de la pretensión principal, la cual no esta llamada prosperar.
- V. Me opongo a la pretensión de ordenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de indexación solicitado por las razones que se expondrán posteriormente.

**CUARTA:** Me opongo a la pretensión de ordenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al ajuste de valor solicitado, toda vez que esta es una pretensión subsidiaria y debe correr con la suerte de la pretensión principal, con lo cual no esta llamada prosperar.

**QUINTA:** Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de intereses en cuanto se den los supuestos previstos en el Artículo 192 del CPACA, en razón a que no se ha incurrido en situación jurídica que conlleve a que mi representada deba ceñirse al termino indicado en dicha norma.

**SEXTA:** Me opongo a la pretensión de ordenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de costas por las razones que serán expuestas en el cuerpo del presente escrito.

**SEPTIMA:** Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a dar cumplimiento a la sentencia, toda vez que esta es una pretensión subsidiaria y debe correr con la suerte de la pretensión principal, con lo cual no esta llamada prosperar.

### **PRETENSION SUBSIDIARIA**

Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a declarar la nulidad total del referido acto administrativo y se profieran las condenas solicitadas por las razones que se argumentaran.

- A) Me opongo a que en el evento en que se determine que el régimen aplicable al demandante es el establecido en la Ley 100 de 1993, se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reintegro de los dineros descontados bajo el rotulo de E.P.S y que el retroactivo se pague de manera indexada junto con ajustes de valor e intereses moratorios por las arzones que se expondrán en el cuerpo del presente escrito.
- B) Me opongo a que se ordene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no continuar realizando los descuentos con destino al sistema de salud por las razones que se expondrán.
- C) Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de costas, agencias en derecho y demás emolumentos solicitados por la parte demandante por las razones que siguen.

### **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEFENSA**

#### **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

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

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

Es importante, precisar que el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

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 1°. 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 únicamente alteró respecto del personal docente lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, mas no modificó su régimen 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.

#### IV. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

#### **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**

La actuación por parte de la entidad se dio en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, toda vez que con fundamento en la Jurisprudencia antes transcrita, se tiene que lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, conllevó que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario la Ley 91 de 1989 (normatividad que se encuentra vigente y por ello debe aplicarse) en su artículo 8° faculta al FOMAG para dicho trámite.

#### **INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO**

El artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispuso el contenido de la demanda de la siguiente manera:

*“Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:*

- 1. La designación de las partes y de sus representantes.*
- 2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.*
- 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.*
- 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.**

5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.

6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

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

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

## **COBRO DE LO NO DEBIDO**

Se debe distinguir según el régimen pensional aplicable: a) En el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales. b) En el caso de los docentes vinculados al servicio estatal a partir del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual, no de la mensualidad adicional a la pensión de diciembre o del pago de treinta (30) días de la pensión que se cancela con la mesada del mes de junio, según el derecho a estos ingresos que tenga el pensionado. 2. Deben descontarse los aportes de salud de la persona, con destino a una sola empresa promotora de salud, tanto por su situación de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como por su situación de vinculación laboral o contractual de servicios personales. El descuento de tales aportes debe efectuarse sobre la

totalidad de los ingresos derivados de las dos situaciones, con un tope máximo de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

### **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 hecho 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 Ud., 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.-** Si lo anterior, no ocurriere negar las pretensiones de la demanda.

**CUARTO.-** Abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada.

### **VI. PRUEBAS**

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

### **VII. ANEXOS**

Poder conferido a mi favor, 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](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co)

Del señor(a) Juez,

Cordialmente,



**JULIAN ERNESTO LUGO ROSERO**

C.C. 1.018.448.075 de Bogotá

T.P. 326.858 del C. S. de la J.

//El texto a continuación debe ir siempre y completo al final en toda comunicación externa.

**"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](mailto: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 corresponsalia 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.