

RAD_S

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

Señores

JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE CALI

E. S. D.

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSE IGNACIO QUINTANA SOTO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-
RADICADO: 76001333301620210025900

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO abogada en ejercicio, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.022.390.667 y portadora de la tarjeta profesional No. 288.886 actuando en calidad de apoderada sustituta del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, conforme consta en el memorial poder de sustitución suscrito (Únicamente para la presente actuación) por el doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, abogado titulado, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., y portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292 del C.S. de la J., en su la calidad de **APODERADO GENERAL** de la mencionada entidad, en los términos señalados por la Escritura Publica No. 522 de 28 de marzo de 2019, otorgada por la Notaría treinta y cuatro (34) del Círculo de Bogotá D.C y aclarada igualmente por escritura No. 1230 de fecha 11 de Septiembre de 2019; por medio del documento me permito presentar contestación de demanda y su reforma dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones presentadas dentro de la demanda por carecer de sustento fáctico y legal, como se demostrará a continuación y así mismo solicito de manera respetuosa al despacho **ABSOLVER** a la **NACION- MAGISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de todo cargo.

A LA PRETENSIÓN 1: ME OPONGO a que se DECLARE la nulidad de las resoluciones que negaron el reconocimiento y pago la pensión de jubilación al demandante, por cuanto las mismas se encuentra ajustado derecho en tanto el mismo no cumple con los presupuestos legales establecidos en la Ley 100 de 1993, por cuanto le son aplicables los presupuestos del Régimen de Prima Media, al vincularse al FOMAG con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003.

A LA PRETENSION 2: ME OPONGO a esta pretensión, por cuanto no le asiste derecho al demandante a que le sea reconocida y liquidada su prestación conforme los presupuestos establecidos por la Ley 91 de 1989, pues su afiliación ante la entidad que represento ocurrió con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 813 de 2003, lo que deduce que le son aplicables las condiciones del Régimen de Prima Media.

A LA PRETENSION 3: ME OPONGO a esta pretensión, por cuanto no le asiste derecho al demandante a que le sea reconocida y liquidada su prestación conforme los presupuestos establecidos por la Ley 91 de 1989, pues su afiliación ante la entidad que represento ocurrió con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 813 de 2003, lo que deduce que le son aplicables las condiciones del Régimen de Prima Media.

A LA PRETENSION 4: ME OPONGO a esta pretensión, por cuanto no le asiste derecho al demandante a que le sea reconocida y liquidada su prestación conforme los presupuestos establecidos por la Ley 91 de 1989, pues su afiliación ante la entidad que represento ocurrió con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 813 de 2003, lo que deduce que le son aplicables las condiciones del Régimen de Prima Media.

A LA PRETENSION 5: ME OPONGO al reconocimiento y pago de mesadas adicionales en atención a que, como se precisó, el señor demandante no acredita los requisitos suficientes para adquirir pensión de jubilación alguna.

A LA PRETENSION 6: ME OPONGO, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, por lo que no le asiste derecho al cumplimiento de la sentencia conforme al art. 192 del CPACA., más aún si en caso se llegare a proferir sentencia condenatoria, esta entidad cuenta con 10 meses para su cumplimiento.

A LA PRETENSION 7: ME OPONGO, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, por lo que no le asiste derecho al cumplimiento de la sentencia conforme al art. 192 del CPACA., más aún si en caso se llegare a proferir sentencia condenatoria, esta entidad cuenta con 10 meses para su cumplimiento

A LA PRETENSION 8: ME OPONGO a que se condene en costas y agencias en derecho del proceso a mi 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.

A LOS HECHOS

1. No me consta tal manifestación, en atención a que la misma se apoya en documentales que no son expedidas por mi representada, por lo que deberá ser el señor juez quien determine la veracidad de este y otorgue el ajustado valor probatorio en el desarrollo de la Litis.
2. No me consta tal manifestación, en atención a que la misma se apoya en documentales que no son expedidas por mi representada, por lo que deberá ser el señor juez quien determine la veracidad de este y otorgue el ajustado valor probatorio en el desarrollo de la Litis.
3. No me consta tal manifestación, en atención a que la misma se apoya en documentales que no son expedidas por mi representada, por lo que deberá ser el señor juez quien determine la veracidad de este y otorgue el ajustado valor probatorio en el desarrollo de la Litis.
4. No me consta tal manifestación, en atención a que la misma se apoya en documentales que no son expedidas por mi representada, por lo que deberá ser el señor juez quien determine la veracidad de este y otorgue el ajustado valor probatorio en el desarrollo de la Litis.
5. No me consta tal manifestación, en atención a que la misma se apoya en documentales que no son expedidas por mi representada, por lo que deberá ser el señor juez quien determine la veracidad de este y otorgue el ajustado valor probatorio en el desarrollo de la Litis.
6. No me consta tal manifestación, en atención a que la misma se apoya en documentales que no son expedidas por mi representada, por lo que deberá ser el señor juez quien determine la veracidad de este y otorgue el ajustado valor probatorio en el desarrollo de la Litis.
7. No me consta tal manifestación, en atención a que la misma se apoya en documentales que no son expedidas por mi representada, por lo que deberá ser el señor juez quien determine la veracidad de este y otorgue el ajustado valor probatorio en el desarrollo de la Litis.

FUNDAMENTOS DE 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 manifiesta:

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

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.

Régimen de pensión de jubilación

La Ley 91 de 1989, en su artículo 15 dispuso el Régimen pensional del personal docente nacional y nacionalizado así:

“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 efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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.

2. Pensiones:

[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. De enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y **“para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”** (Negrita fuera del texto).

Del régimen aplicable ley 100 de 1993 artículo 33.

Es fundamental tener en cuenta, lo consagrado por el legislador en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, frente a los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, veamos:

(...)” ARTÍCULO 33. REQUISITOS PRA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Asimismo, se hacen precisiones en la norma antes referida que se tienen en cuenta las semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del Sistema general de pensiones, así como también el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados incluyendo los servidos en regímenes exceptuados, haciendo la precisión que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que aquellos docentes vinculados **o afiliados** a partir de la entrada en vigencia de la norma en mención, es decir a partir del 27 de junio de 2003, gozarían de lo establecido en el Sistema General de Pensiones, mientras que los vinculados con antelación a dicha normatividad, el régimen aplicable es el consagrado en la Ley 91 de 1989, normatividad que a su vez permitió la aplicación de las leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, puesto que fueron excluidos de la aplicación del sistema general de pensiones.

El criterio expuesto en la ley 812 de 2003, fue ratificado por en el **Acto Legislativo 001 de 2005** en donde precisó;

“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”.

En el caso que nos ocupa, la parte demandante NO tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por la Ley 33 de 1985, toda vez que su vinculación o afiliación al FOMAG surge con posterioridad al 27 de junio del año 2003, es decir, durante la vigencia de la Ley 812 del año 2003, que su artículo 81 contempla lo siguiente:

“ (...)” Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. 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.

(...)

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.

(...)"

De la norma en cita, se puede concluir que el régimen aplicable por remisión expresa de la Ley 812 de 2003 es el contemplado en la ley 100 de 1993, artículo 33 y subsiguientes, el cual establece requisitos rigurosos frente al tiempo de cotización y a la edad.

DEL CASO EN CONCRETO

Conforme a los argumentos esbozados con antelación, se tiene que la pensión de jubilación se reconoce a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG–, que acredite en cualquier tiempo veinte (20) años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos a Colpensiones y en una, o varias entidades de previsión social del sector público, no obstante, esta pensión hace parte de las prestaciones que se reconocen a los docentes que se vincularon al FOMAG antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En ese sentido y al haber verificado el expediente del docente se observa afiliación al FOMAG, mediante Decreto con fecha de posesión el día **30 DE AGOSTO DE 2005**, es decir, en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo cual tiene los derechos prestacionales del Régimen de Prima Media establecido en las Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

En razón a lo precisado con antelación, se concluye que el señor demandante no ha cumplido los presupuestos exigidos por el Régimen de Prima Media, esto es, tiempo de servicios / semanas de cotización y edad de pensión, se reitera, por ser vinculado con posterioridad a la entrada en vigor la Ley 812 del 2003, es decir, el 27 de junio del año 2003, por lo que no deben ser despachadas de manera favorable las pretensiones de la demanda.

De la misma manera se debe tener en cuenta que el tiempo acreditado por el demandante no puede ser tenido en cuenta toda vez que es bajo la orden de prestación de servicio, siendo un vínculo civil y no laboral, si bien es cierto el despacho se fundamenta en la primacía de la realidad, se considera que no se puede aplicar dado que NO existe proceso en donde se debatan los elementos esenciales para la configuración de un contrato de trabajo, tales como subordinación, remuneración, prestación directa del servicio entre otros, pues si fuera por aplicación en vía indirecta no existirían procesos denominados de contrato realidad.

Por otra parte, la primacía de la realidad no puede generar un detrimento patrimonial a la entidad, pues se debe de tener certeza que efectivamente en los tiempos de OPS se hayan efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensión, ya que no es dable condenar a la entidad al pago de sumas que nunca se cotizaron, y en caso de haberse efectuado aportes en estos tiempos quien debe responder por estos es la entidad a la cual se cotizó, y si bien es cierto como lo indica el despacho en repetir contra las entidades que tuvieron que haber efectuado la cotización no es menos cierto que los procesos por conceptos de aportes patronales sea dispendiosos en el tiempo y que significativamente representan un gasto más para la entidad y un desgaste para la administración de justicia.

EXCEPCIONES DE MÉRITO.**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 parte accionante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY.

Propongo esta excepción con fundamento en que no es posible acceder a las pretensiones incoadas en el escrito de demanda en virtud de la Ley 100 de 1993, normativa que fue interpretada por el Consejo de Estado en la sentencia del 28 de agosto de 2018, y en la que decantó el alcance e interpretación del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993. Así las cosas, la pretensión solicitada, no constituyen obligación a cargo de la demandada ni derecho a favor de la parte actora.

En el caso que nos ocupa, la parte demandante NO tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por la ley 33 de 1985, toda vez que su vinculación al FOMAG surge con posterioridad al 27 de junio del año 2003, es decir, durante la vigencia de la ley 812 del año 2003 y además no cumple con los presupuestos establecidos en el Régimen de Prima Media.

CADUCIDAD.

Respecto del término de caducidad de las acciones contenciosas, la jurisprudencia constitucional ha sustentado su compatibilidad con el ordenamiento superior, en los siguientes términos: Atendiendo a la necesidad de organizar coherentemente diferentes instituciones procesales, el C.P.A.C.A. se encarga de fijar los términos de caducidad de las diferentes acciones contenciosas. En cada caso, es la naturaleza propia de los actos o hechos alrededor de los cuales versa la controversia jurídica, la que recomienda la fijación de un plazo más o menos largo para controvertir la conducta oficial, en desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas (artículo 150 C. P.), el legislador goza de libertad para configurar los procedimientos a través de los cuales se protegen los derechos ciudadanos y la integridad del ordenamiento jurídico. Resulta pertinente, entonces que, como consecuencia de esta facultad, se puedan fijar límites en el tiempo para alegar el reconocimiento de garantías o impugnar la juridicidad de ciertos actos.

PRESCRIPCIÓN.

Se propone la prescripción como medio exceptivo de la reclamación solicitada por el demandante, que pretende reembolso de dineros descontados en salud, esto 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 concordante 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 del 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.

PETICIONES.

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

PRIMERO. Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Declarar probada las excepciones manifiestas en la presente contestación.

TERCERO. En consecuencia, ordenar el Archivo del Expediente.

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

PRUEBAS.

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

ANEXOS.

1. Sustitución de poder a mí conferido, junto con la representación Legal.
2. Escritura No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, protocolizada en la Notaria 28 del Circulo de Bogotá D.C.

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 y t_gsierra@fiduprevisora.com.co

Cordialmente,



GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO

C.C. 1.022.390.667 de Bogotá

T.P. 288.886 del C. S. de la J.