

Honorable Magistrado  
**Luis Carlos Marín Pulgarín**  
Tribunal Administrativo de Florencia  
Dirección: Cra 6ª No. 15 – 30  
Florencia – Caquetá  
E. S. D.

<b>Referencia:</b>	<b>Contestación Demanda</b>
<b>Medio de Control:</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento Derecho</b>
<b>Accionante:</b>	<b>Orbilio Antonio Galiano Salazar</b>
<b>Accionado:</b>	<b>Nación – Ministerio de Educación – Fomag</b>
<b>Radicado No.:</b>	<b>18001233300020190019600</b>

Cordial saludo,

**LAURA MILENA CORREA GARCÍA**, abogada en ejercicio, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.049.623.679 de Tunja y portadora de la tarjeta profesional No. 260.239 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 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 Circulo de Bogotá D.C y aclarada igualmente pro escritura No. 1230 de fecha 11 de Septiembre de 2019; por medio del documento me permito presentar contestación dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

#### **I. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES.**

#### **DECLARACIONES:**

Me opongo a que se declare la nulidad de la Resolución objeto de litis, como quiera que la misma se encuentra conforme a derecho, debido a que al actor no le asiste razón en la prestación que reclama.

Me opongo a que se declare que la parte demandante tenga derecho a la prestación que reclama, como quiera que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, la entidad que represento no tiene la función de reconocer prestaciones sociales.

## CONDENAS:

Me opongo a que se condene a la entidad que represento, al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación que reclama la parte demandante, toda vez que los actos administrativos atacados se profirieron en derecho.

Me opongo a que se ordene a la entidad que represento a dar cumplimiento a fallo alguno en contra de la misma, como quiera que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, la entidad que represento no tiene la función de reconocer prestaciones sociales.

Me opongo a que se condene a la entidad que represento a realizar ajuste de valor alguno, como quiera que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, la entidad que represento no tiene la función de reconocer prestaciones sociales.

Me opongo a que se condene a la entidad que represento al pago de costas procesales y al reconocimiento y pago de intereses moratorios, toda vez la misma no se encuentra legitimada por pasiva, frente al reconocimiento pensional que pretende la parte demandante.

Me opongo a que se ordene a la entidad que represento a incluir en nómina de pensionados a la parte demandante, como quiera que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, la entidad que represento no tiene la función de reconocer prestaciones sociales.

Me opongo a que se ordene a la entidad que represento a realizar ajuste de valor alguno, como quiera que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, la entidad que represento no tiene la función de reconocer prestaciones sociales.

Me opongo a que se condene a la entidad que represento al pago de costas procesales, toda vez la misma no se encuentra legitimada por pasiva, frente al reconocimiento pensional que pretende la parte demandante.

## II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS.

1. Se precisa que dicho hecho goza de veracidad teniendo en cuenta los anexos de la acción.
2. **PARCIALMENTE CIERTO**, la parte demandante fue vinculada como funcionaria del sector público municipal, de acuerdo con los documentos anexados con el escrito de demanda, por lo demás corresponde a una presunción realizada por el apoderado de la parte demandante.
3. **PARCIALMENTE CIERTO**, en el entendido que la parte demandante se vinculó como docente, por lo demás corresponde a una presunción realizada por el apoderado de la parte demandante.
4. **NO ES UN HECHO**, por el contrario corresponde a una presunción realizada por el apoderado de la parte demandante, en relación con la situación de su representado.
5. **NO ES UN HECHO**, por el contrario corresponde a una presunción realizada por el apoderado de la parte demandante, en relación con la situación de su representado.
6. **NO ES UN HECHO**, por el contrario corresponde a una presunción realizada por el apoderado de la parte demandante, en relación con la situación de su representado.
7. **NO ES UN HECHO**, por el contrario corresponde a una presunción realizada por el apoderado de la parte demandante, en relación con la situación de su representado.

### III. FUNDAMENTO DE DEFENSA.

#### 1. DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

La legitimación en la causa por pasiva dentro del presente trámite, hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza de un derecho, una vez se acredite la misma en el proceso. En relación con el

presente caso se observa, a todas luces, que la parte demandante pretende el reconocimiento de una prestación e indica que la entidad que debe recocer tal prestación el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Al respecto se debe traer a colación lo establecido en la Ley 91 de 1989, el cual establece:

*ARTÍCULO 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

*(...)*

*5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.*

*ARTÍCULO 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registro contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*

5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

**ARTÍCULO 9. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales. (Negrillas es nuestro)**

De la anterior cita normativa se concluye con toda claridad que el reconocimiento que solicita el parte demandante no está en cabeza de mi representada, sino por el ente territorial, por tal motivo no es dable que el presente proceso se profiera sentencia en la cual se condene a la entidad que represento al reconocimiento de la prestación solicitada.

## **2. DE LOS REQUISITOS PARA LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN APLICACIÓN DE LA LEY 812 DE 2003 Y LEY 797 DE 2003.**

En materia de pensión de jubilación, los docentes carecen de un régimen especial, puesto que no cuentan con normas expresas que consagren condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, sino que tienen las mismas condiciones establecidas por la norma general, esto es, la Ley 33 de 1985 para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 y la Ley 100 de 1993 para los que se vinculen con posterioridad a la misma.

La Ley 812 de 2003 en su artículo 81, en relación al régimen prestacional de los docentes oficiales, dispuso:

**ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley (...) 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” (Negrillas es nuestro).*

Acerca de cuál es el régimen aplicable a los docentes que se encontraban vinculados al servicio público educativo oficial, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el **Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero**, señaló que el régimen aplicable lo determina la fecha de vinculación, así:

*i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular. Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (régimen de transición).*

*ii) Si por el contrario el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años. En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general.*

En conclusión una vez analizado el caso bajo estudio, si bien no somos la entidad que expidió el acto administrativo que reposa en el expediente, lo cierto es que no hay lugar al reconociendo de la prestación solicitada, habida cuenta que su vinculación se produjo, después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como quiera que la parte demandante se vinculó como docente a partir del 18 de agosto de 2004.

### 3. EN CUANTO LA LIQUIDACIÓN DE FACTORES SALARIALES

Respecto a la normatividad aplicable al caso en concreto se tiene que la Ley 33 de 1985 en su artículo primero determinó que el pago mensual de pensión correspondería al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año servicio; en dicho sentido debe hacerse referencia al artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de 1985, que estableció que los factores a tener en cuenta para efectos de base de la liquidación de los aportes, los cuales deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, indicando que en todo caso debe hacerse sobre los mismos factores que hayan servido de base para el cálculo de aportes.

La Ley 91 de 1989 definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirían por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional y régimen de la entidad territorial para estos indicándose en el artículo 15 de la citada norma, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las normas que se expidan a futuro, tal como lo dispuso la Ley 812 de 2003 en la cual en su artículo 81 estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, disposición que condicionó la cuantía de la pensión a los factores salariales sobre los cuales a partir de dicha ley cotiza el educador.

De ahí que, es el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 la norma que define el régimen prestacional que corresponde aplicar a los docentes, para quienes su vinculación haya sido posterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de esta disposición y para los docentes vinculados con anterioridad a esta fecha el régimen pensional vigente con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma. Es decir que para el caso en concreto, son aplicables las leyes 33 y 62 del año 1985, normas en las cuales se coincide con el fallador, no obstante la interpretación realizada por el A-quo no guarda coherencia con los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Ahora bien, en cuanto a los factores salariales se debe tener en cuenta para la liquidación de la pensión de la demandante, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el cual dispuso que las pensiones de los empleados oficiales deben ser liquidadas sobre los mismos que hubiesen servido de base para calcular los aportes, y enlisto en su artículo 3º, modificado por la Ley 62 de 1985, los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, dentro de las que se encuentran: : ASIGNACIÓN BÁSICA, GASTOS DE REPRESENTACIÓN; PRIMAS DE ANTIGÜEDAD, TÉCNICA, ASCENSIONAL Y DE CAPACITACIÓN; DOMINICALES Y FERIADOS; HORAS EXTRAS; BONIFICACIÓN POR SERVIDOS PRESTADOS; Y TRABAJO SUPLEMENTARIO O REALIZADO EN JORNADA NOCTURNA O EN JORNADA DE DESCANSO OBLIGATORIO. Y QUE LAS PENSIONES SIEMPRE SE LIQUIDARÁN SOBRE LOS MISMOS FACTORES QUE HAYAN SERVIDO DE BASE PARA CALCULAR LOS APORTES.

Al mismo tiempo, sí de jurisprudencia emanada del órgano de cierre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se trata, respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, se debe precisar que si bien se venía aplicando la tesis expuesta en Sentencia de Unificación de fecha 04 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, plasmada en el

expediente número 150012331000200502159, criterio según el cual los factores salariales contenidos en las leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos sino meramente enunciativos, lo cierto es que la Sala Plena del Consejo de Estado, en la reciente Sentencia de Unificación con expediente número 52001-23-33-000-2012-00143-01 del 28 de agosto de 2018, consejero ponente Cesar Palomino Cortez, cambio su anterior postura, indicando que esa tesis se adoptó a partir del sentido y el alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “ Constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”, con fundamento además en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad, no obstante señalo que tal criterio interpretativo no se acogió a la voluntad del legislador, el que en virtud de sus facultades claramente enlisto los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos, estrictamente, es que se debe limitar dicha base.

Sumado a lo anterior, indicó que el solo tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se han efectuado aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo el derecho irrenunciable a la pensión de todos aquellos que habitan el territorio nacional, cuya asegurabilidad le corresponde al estado en observancia a los principios constitucionales de universalidad y eficacia. Finalmente el órgano de cierre concluye, que con esta nueva interpretación a. Se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; b. Se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y c. Se asegura la viabilidad del sistema.

Partiendo de la interpretación normativa y jurisprudencial, es claro que las pensiones por regla general se encuentran sometidas a las normas vigentes al momento de la causación, so pena de violentar la Constitución de 1991 como norma superior; en efecto, la regla financiera que establece el reconocimiento de las pensiones, conforme a los factores establecidos en la ley y sobre los cuales se han realizado aportes y/o cotizaciones oportunamente que ha sido elevada a rango constitucional y el artículo 48-inc. 12 de la Carta Política establece sin lugar a dudas “...Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. (...)”, y ello es así en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional que implica que las pensiones se liquidan con base en los aportes que se realizan.

Nótese, entonces, que pensar en incluir en la prestación pensional todos los ingresos independientemente de su naturaleza remunerativa, resulta inconstitucional si no se realizaron las cotizaciones, pues ello contraviene al principio de solidaridad que fue definido mediante sentencia C - 258 de 2013 en los siguientes términos:

*“En efecto, el principio de solidaridad en la seguridad social, como ya se explicó, tiene dos implicaciones: (i) la obligación de los afiliados al sistema de contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades, de tal forma que los que más ingresos tienen contribuyan en mayor medida a financiar el sistema y (ii) la obligación del sistema, a su turno, de brindar protección especial a los sectores más pobres y vulnerables, quienes por sus propios medios probablemente no podrían enfrentar las contingencias frente a las que la seguridad social ofrece amparo. Esta exégesis de la solidaridad fue además acogida por el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo inciso 6 expresamente dispone: “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. (...)”*

No obstante, si bien es cierto los docentes no son beneficiarios del régimen de transición por tratarse de un régimen exceptuado, lo cierto es que no es dable desconocer la interpretación jurisprudencial de la normatividad relativa a la liquidación de pensiones, pues tanto la constitución como la jurisprudencia coinciden en afirmar que la pensión debe guardar correspondencia con las cotizaciones efectuadas por el demandante, ya que esto constituye per se una regla de financiamiento que sin duda no desconoce derecho alguno, sino que asegura que se equilibre la carga entre las partes en virtud del principio de solidaridad.

#### IV. EXCEPCIONES

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

- 1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN:** El NO reconocimiento de la pensión de jubilación se produjo con arreglo a la normatividad vigente y aplicable a los derechos prestacionales del docente demandante, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran debidamente satisfechos y en consecuencia los actos administrativos acusados no viola las disposiciones incoadas por la parte actora, por el contrario se encuentran estrictamente ceñidos a las disposiciones en que

deberían fundarse, y por tanto no es viable jurídicamente ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

- 2. PAGO DE LO NO DEBIDO:** Como quiera que no existe sustento suficiente que justifique la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora, la demandada no podría ordenar el pago de la pensión de jubilación.

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

- 3. EXCEPCIÓN GENÉRICA:** En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez en necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los 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, en consonancia con lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso aplicable en lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

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

## V. PETICIONES.

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, comedidamente solicito a su H. despacho, 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:** Condenar en costas judiciales y en perjuicios a la parte actora.

## VI. PRUEBAS.

Solicitamos se tengan como pruebas las documentales aportadas en la presente demanda.

## VII. NOTIFICACIONES.

Mi representada recibirá notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A, ubicada en la Calle 72 No. 10 – 03 en la ciudad de Bogotá D.C; y al correo electrónico [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co).

Del señor (a) Juez,

**Laura Milena Correa García**  
CC. No. 1.049.623.679 de Tunja  
T.P. No. 260.269 del C.S.J.

**“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.