



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182693751
Fecha: 26-11-2019

Doctora:
MARIA MAGDALENA GARCIA BUSTOS
JUEZ QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
Centro Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 no. 10-129 piso 4 Edificio Antiguo Telectragena:
Correo electrónico: admin05cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co
Cartagena, Bolívar



Ref. Contestación de la demanda
Rad. Medio de Control Nulidad y restablecimiento del Derecho No. 130013333005 2019 00034 00
Accionante: LEONOR SONIA VELA MORELO

MAYERLI CAMARGO SANDOVAL, mayor de edad e identificada como registra al pie de mi firma, en ejercicio de la facultad de representación legal del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, con ocasión al poder de sustitución conferido por el Apoderado Judicial principal Doctor LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS conforme a la Escritura Publica No. 522 del 28 de marzo de 2019 de la Notaría 34 del Circulo de Bogotá D.C., modificada por la escritura pública No. 0480 de 03 de mayo de 2019, protocolizada en la notaria 28 del circulo de Bogotá, finalmente aclarada por la Escritura Pública No. 1230 del 11 de septiembre de 2019, protocolizada en la notaria 28 del circulo de Bogotá, por el delegado Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional; me permito por medio del presente escrito dar contestación a la demanda de la siguiente manera:

I. A LOS HECHOS GENERALES

HECHO PRIMERO: es cierto, toda vez que de las documentales aportadas con la demanda, se desprende que efectivamente la accionante le fue reconocida la pensión de jubilación, atendiendo a que cumplió con los requisitos establecidos por Ley para ello.

HECHO SEGUNDO: es parcialmente cierto, pues si bien como obra en las documentales aportadas con el libelo demandatorio, a la accionante le fue reconocida su pensión de jubilación a través de resolución No. 6707 expedida el 13 de septiembre de 2017 por la entidad nominadora a saber Secretaría de educación distrital de Cartagena; cabe resaltar, que el referido acto administrativo fue emitido en cumplimiento de las obligaciones legales establecidas en el decreto 2831 de 2005 reglamentario de la ley 962 del mismo año; no obstante tanto el acto administrativo de reconocimiento fue expedido bajo los parámetros de la normatividad vigente para la fecha de expedición, circunstancia que prueba la legalidad de la manifestación referida emanada de la administración distrital.

HECHO TERCERO: no es cierto, habida cuenta que no es admisible la manifestación efectuada por la parte actora, de referirse al Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio y Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, como una unidad administrativa, puesto que si bien, los referidos confluyen como participantes del Sistema prestacional de los docentes, cada uno cumple un rol determinado que conlleva inmersas una obligaciones dispuestas en la ley, es así como el Ministerio de Educación Nacional funge como fideicomitente y autoridad administrativa, en tanto que el FOMAG es el conjunto de recursos dispuestos a favor del Ministerio de Educación y ejerce la función de pagador, que se encuentra administrado por la Fiduprevisora





S.A., finalmente la entidad territorial como nominadora del docente quien efectúa el reconocimiento y emite la orden de pago de las prestaciones

Ahora bien, como quiera que lo que se encuentra en litigio, es la legalidad del acto administrativo Resolución No. 6707 expedida el 13 de septiembre de 2017, que reconoció la pensión de jubilación de la señora Leonor Sonia Vela Morelo, acto administrativo que fue emitido por su nominadora Secretaria departamental de educación de Bolívar, es esta entidad territorial la legitimada para actuar en defensa de su actuación administrativa, haciéndose imprescindible su concurrencia al proceso, que en virtud de ser una entidad territorial descentralizada del Ministerio de Educación, y que funge para el presente caso como nominadora del accionante, con poder de decisión respecto del reconocimiento y orden de pago de las prestaciones sociales deprecadas por el otrora docente.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

1.- Se considera que no es dable la declaratoria de nulidad rogada de la Resolución No. 6707 del 13 de septiembre de 2017, a través de la cual de la entidad territorial nominadora, le reconoció la pensión de jubilación a la accionante, toda vez que teniendo en cuenta la regla jurisprudencial más reciente emitida el pasado 25 de abril por el Consejo de Estado en unificación de jurisprudencia, referente al tema del ingreso base de liquidación frente a los docentes, establece en una de las reglas que los factores que lo conforman serán aquellos enlistados en la normatividad aplicable para cada caso, frente al que es objeto de estudio en la acción de la referencia, será la ley 62 de 1985 artículo primero.

2.- La accionante tiene derecho a que le sea reconocida una pensión de jubilación del salario mensual del último año, exclusivamente sobre los factores efectivamente cotizados, tal como lo ratificó la Corporación de cierre de la Jurisdicción en los precedentes jurisprudenciales anteriormente enunciados.

3.- Misma suerte deberán correr las demás pretensiones denominadas <A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: ...> que se desprende de las referidas líneas atrás, como quiera que se fundan en las declaratorias de nulidad tanto de la Resolución No. 8406 expedida el 3 de diciembre de 2014.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En virtud del mandato legal establecido en la Ley 91 de 1989, al que se dio cumplimiento en primer término con la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil protocolizado por escritura pública No 0083 del 21 de junio de 1990, en el cual se establece las partes involucradas en el acto jurídico (a saber Nación Ministerio de Educación como fideicomitente y Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S.A. como fiduciaria administradora del Fondo) así como las obligaciones propias de cada uno de los intervinientes.

Ahora bien, frente a la manifestación del trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio, se pone de presente que si bien la ley 962 de 2005 en su artículo 5 (derogado por la ley 1955 Plan Nacional de Desarrollo) en primer término determinó que el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes estaría a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicha norma fue reglamentada por el decreto 2831 de 2005 y en el capítulo II define el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del FOMAG, donde taxativamente se estableció que el reconocimiento de las prestaciones sociales está a cargo de las Secretarías de educación, además del trámite de recepción de las solicitudes, certificaciones relativas (tiempo de servicio, régimen salarial y prestacional), elaboración del acto





Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182693751
Fecha: 26-11-2019

administrativo y la remisión con constancia de ejecutoria de dichos actos administrativos a la Fiduciaria a fin que sean pagadas con cargo a los recursos del Fondo.

En el caso objeto del litigio se evidencia que la actora pretende se ordene reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo, según su consideración factores salariales como PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS y los demás devengados en el último año de servicios adicionales a la asignación básica, pretensión a la cual mis representadas se oponen contundentemente, toda vez que existen diversas interpretaciones jurisprudenciales acerca de los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de obtener el ingreso base de cotización. Veamos.

Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: [...]

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 [...]"

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

"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 [...]"

Esta regulación fue ratificada por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

"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





Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182693751
Fecha: 26-11-2019

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, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)"

En este orden de cosas, 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 Carta Política. 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.

Atendiendo a lo expuesto en líneas precedentes, 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 el 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, pues 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.

En este contexto es claro que el límite en materia de inclusión de factores como ingreso base de liquidación de la mesada pensional tiene como fuente normativa la reforma constitucional introducida a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política en cumplimiento de los principios de sostenibilidad financiera del sistema y de la solidaridad en la constitución del derecho pensional.





Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182693751
Fecha: 26-11-2019

Descendiendo al caso en concreto, los hechos que presenta la parte accionante en su demanda incoando el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se logra establecer que se solicita es la reliquidación de la pensión tomando como base de liquidación todos los factores devengados en el último año de servicio, sin embargo, es pertinente precisar que si bien es cierto se venía aplicando la tesis expuesta por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en la cual se establecía que los factores salariales de la ley 33 y 62 de 1985 no eran taxativos sino enunciativos, sin determinar con claridad cuales factores conformaban la base para calcular la mesada pensional, lo que daba lugar a una amplia interpretación; es necesario aclarar que dicho criterio fue esclarecido conforme a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la cual acorde con la regla financiera, establece que “Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.(...), y ello, 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”

En igual sentido es preciso traer a colación el más reciente pronunciamiento de la Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo “sección segunda” Consejero ponente, Dr. Cesar Palomino Cortes, quien en sentencia de unificación SUJ-014- CE – S2-2019, del 25 de abril de 2019, en el cual reglamento frente a los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 812, lo siguiente:

“•En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.”

Por lo anteriormente expuesto, se dilucida que a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no le corresponde en el presente caso reliquidar la pensión de la señora MELBA DEL CARMEN MEDEZ DE VELAZQUEZ por los argumentos expuestos anteriormente en la medida que de los precedentes jurisprudenciales, se concluye que no es posible incluir todos los factores salariales sobre los cuales no se hayan realizado efectivamente aportes o cotizaciones en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status.

IV. EXCEPCIONES DE MERITO

Solicito se nieguen cada una de las pretensiones y en su lugar, se declaren probadas las excepciones que a continuación se exponen:

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación ad causam, es aquella condición con la que todos los sujetos procesales que conforman la litis, comparten la titularidad de una relación jurídica sustantiva indivisible, de acuerdo con las normas del derecho material que es la que otorga dicha legitimidad. En tal sentido la participación o intervención de los litisconsortes en el procedimiento debe ser imprescindible, a fin de obtener una sentencia de mérito o de fondo.

Así las cosas es preciso advertir al Despacho que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, carece de legitimación por cuanto no tiene competencia alguna frente a todo lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, aclarando que para el presente caso en concreto se





Al contestar por favor cite:
Radicado No.: 20191182693751
Fecha: 26-11-2019

configura la Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Fondo, dado que se trata de una figura legal que obedece a la conformación de un Patrimonio Autónomo con los recursos puestos a disposición de las partidas presupuestales del Gobierno Nacional por el Ministerio de Hacienda para su homólogo Ministerio de Educación, a fin que con estos dineros se cubran las prestaciones sociales de los docentes afiliados.

Lo anterior, en virtud del mandato legal establecido en la Ley 91 de 1989, al que se dio cumplimiento en primer término con la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil protocolizado por escritura pública No 0083 del 21 de junio de 1990, en el cual se establece las partes involucradas en el acto jurídico (a saber Nación Ministerio de Educación como fideicomitente y Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S.A. como fiduciaria administradora del Fondo) así como las obligaciones propias de cada uno de los intervinientes.

De tal suerte que, al Fondo Nacional para las Prestaciones Sociales del Magisterio, NÓ le asiste ninguna obligación relacionada con la concesión de prestaciones sociales de los docentes (expedición de actos administrativos, decisión de recursos etc.), por cuanto no es sujeto susceptible de obligaciones ni derechos, aunado al hecho que éstas por ley están reservadas a las entidades territoriales nominadoras.

PRESCRIPCIÓN

Sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la demandante, se propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedará cobijado por el fenómeno de la prescripción, indicando que la misma consiste en la formalización de una situación de hecho por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la extinción de una obligación. Esto quiere decir que el derecho a desarrollar una determinada acción puede extinguirse cuando pasa una cierta cantidad de tiempo y se produce la prescripción.

Por su parte el artículo 151 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto ley 2158 DE 1948, dispone:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Por su parte el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, sostuvo:

“... En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política¹⁴ los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes...”





INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

El monto solicitado por el actor que afirma corresponde a la base de liquidación con cual se debió reliquidar su pensión no es correcto ya que no procede la inclusión factores salariales distintos, a los devengados en el último año de servicio en listados en la Ley 62 de 1985 artículo 1ª y sobre los se pruebe siquiera sumariamente que se efectuaron cotizaciones al Sistema.

COMPENSACIÓN.

Si en gracia de discusión de acceder a las pretensiones de la demanda respecto de los factores salariales a tener en cuenta para reliquidar la prestación, solicitó que, en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, se ordene el descuento al demandante respecto de los aportes y/o cotizaciones que deberán corresponder con los factores salariales que el Despacho considere para liquidar la prestación.

INNOMINADA O GENÉRICA

Solicito al señor juez que declare probada cualquier excepción que resulte del material probatorio aportado por las partes y de los hechos que se comprueben en esta litis.

V. PRUEBAS

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

VII. ANEXOS

1. Escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019
2. Escritura pública No.0480 de 03 de mayo de 2019
3. Escritura pública No. 1230 de 11 de septiembre de 2019
4. Sustitución del poder.

Acorde con lo anterior se le solicita al Despacho, reconocer las respectivas personerías adjetivas.

VII. NOTIFICACIONES

El MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL las recibirá por intermedio de la Señora Ministra de Educación, en la Calle 43 # 57-14, Centro Administrativo Nacional (CAN), Bogotá D.C., y/o en el correo o dirección electrónica, exclusivamente para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co



{fiduprevisora}



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20191182693751**
Fecha: **26-11-2019**

Por su parte el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para efectos de notificaciones las recibirá a través de la dirección de correo electrónico procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co , o en su defecto en la dirección Calle 72 Nª 10-03 de la ciudad de Bogotá D.C.

La suscrita recibirá notificaciones judiciales en el correo: notjudicial@fiduprevisora.com.co .

Cordialmente,

MAYERLI CAMARGO SANDOVAL

Abogado Unidad Especial Defensa Judicial FOMAG.

C.C. No. 52.709.599 de Bogotá D.C.

T.P. No. 163701 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

Revisó: Julio Cesar Calderon Rodriguez Coordinador Zona 2.

VIGILADO
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA
DE COLOMBIA

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111
Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546
Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345
Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739
Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909
Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda