



**TRASLADO DE EXCEPCIONES**

Artículo 175 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011

<b>Medio de control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>Radicado</b>	13001-33-33-012-2018-00120-00
<b>Demandante</b>	Jhon Jairo Sierra y otros
<b>Demandado</b>	Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Bolívar – Secretaría de Educación Departamental

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la Secretaría del Juzgado Doce Administrativo de Cartagena, y en la página web de la Rama Judicial: [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), hoy veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) siendo las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: dos (02) de julio de dos mil diecinueve (2019), a las 8:00 a.m.

**DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ**  
SECRETARIA

VENCE TRASLADO: cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019), a las 5:00 p.m.

**DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ**  
SECRETARIA





29-11-18  
20-02-19  
28 12

SEÑORA JUEZ

LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.



RECIBIDO 13 DIC. 2018

**ASUNTO:** CONTESTACIÓN DE DEMANDA

**ACCIÓN:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**DEMANDANTE:** JHON JAIRO SIERRA Y OTROS

**DEMANDADO:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**RADICACION:** 13-001-3333-012-2018-00120-00

**SILVIA MARGARITA RUGELES RODRIGUEZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 63.360.082 De Bucaramanga, Abogada, con T. P. No. 87.982 del C. S. J obrando en mi condición de apoderada especial de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tal y como consta en el poder que adjunto por lo cual solicito que se me reconozca personería jurídica, respetuosamente me permito presentar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en el proceso de la referencia, atendiendo los argumentos jurídicos que enseguida expondremos:

### 1. EXPOSICIÓN SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos que motivaron la presentación de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la cual hoy se descorre el traslado de rigor, se circunscriben a que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la señora **JHON JAIRO SIERRA Y OTROS**.

Ahora bien, sobre los supuestos fácticos señalados por la demandante me permito manifestar lo siguiente:



- A los hechos No. 1 al 6. Ni los afirmo ni los niego, me atengo a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

## 2. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA.

Según los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión del accionante, no está ajustada a derecho, toda vez que tal como se establece en el considerando de la resolución demandada, la Secretaría de Educación, con base en las normas pertinentes y aplicables señaló que la pensión de sobrevivientes solicitada no es viable jurídicamente que se reconozca la pensión de sobrevivientes, al no cumplir con el presupuesto señalado en la norma descrita en el caso que nos convoca, como a continuación veremos.

En primer lugar es de precisar que la pensión de SOBREVIVIENTES es un concepto remunerativo para particulares definido y regulado a través de la Ley 100 de 1993 y sus normas modificatorias, la cual se causa con ocasión del fallecimiento del pensionado por vejez, invalidez o riesgo común o al fallecimiento del afiliado al régimen de capitalización individual con solidaridad previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos en el artículo 46 de la citada Ley y su modificación a través de la Ley 797 de 2003.

La pensión POST MORTEM para docentes, fue creado y definido por el Gobierno Nacional a través del Decreto 224 de 1972, como una compensación a la labor de los docentes que se encuentren en las siguientes condiciones: i) Que al momento de su muerte no hayan completado la edad para ser beneficiarios de la pensión; (ii) Que se hubiesen desempeñado como profesores en planteles oficiales, por lo menos 18 años continuos o discontinuos; (iii) Que sobrevivan su cónyuge, o los hijos menores, mientras no cumplan la mayoría de edad, entre otras. De todas maneras, la pensión en ningún caso puede exceder el plazo de cinco (5) años, ni es compatible con la pensión de jubilación.

Para el caso en particular, la SUSTITUCION PENSIONAL es un derecho que ostentan los beneficiarios a los docentes cuando ha fallecido un docente pensionado o con derecho a la Pensión de Jubilación, Invalidez o Vejez, su cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, los hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de estudios o



invalidez, los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado o empleado fallecido, razón por la cual les asiste el derecho a la sustitución pensional y su reconocimiento se hace efectivo a partir del día siguiente del fallecimiento. Así mismo, las normas aplicables a esta prestación económica para afiliados a este Régimen especial se encuentran contempladas en el Decreto 3135 de 1958, el Decreto 1848 de 1969, la Ley 33 de 1973, el Decreto 690 de 1974, el Decreto 1160 de 1989, la Ley 44 de 1980 y la Ley 71 de 1988.

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989; es una cuenta especial de la Nación , con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria La Previsora S.A, la cual actúa como representante del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1.990, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

En el Decreto 224 de 1972, que en su artículo establece expresamente lo siguiente:

*“ (...) Artículo 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años “ ( Subraya fuera de texto).*

La Ley ha tenido en cuenta, el cumplimiento de algunos requisitos y calidades que deben cumplirse en el régimen laboral en el cual desarrolla su actividad el empleado oficial y es por ello que existen normas de Excepción, de Régimen Especial y Régimen General.



En este sentido no puede considerarse la aplicación referente de la LEY 100 de 1993, para obtener de parte de mi representada una pensión de sobrevivientes, por cuanto la citada Ley contempla en su artículo 279, la EXCLUSION a los miembros del MAGISTERIO, cuando textualmente se consagra en la disposición en comento:

“(...) Artículo 279 EXCEPCIONES inciso segundo...

*“Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”* (Subrayado fuera de texto), indicándose claramente y ratificándose con la norma parcialmente transcrita, así como la LEY 91 de 1989, tanto la existencia de un REGIMEN de PRESTACIONES ECONOMICAS propio y exclusivo para los docentes, como un tratamiento normativo especial y diferencial.

Se impone entonces la clasificación de las normas que regulan lo atinente a las PRESTACIONES SOCIALES del MAGISTERIO, su funcionamiento y administración como de carácter especialísimo, como lo acredita el contenido legislativo de algunas de ellas como la LEY 91/89 su DECRETO REGLAMENTARIO No 177/90, entre otras.

Hay que dejar en claro que cuando la LEY 91/89 creó el FONDO de PRESTACIONES SOCIALES del MAGISTERIO, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica cuyos resultados deben ser manejados por una entidad Fiduciaria Estatal o de economía mixta en la cual el Estado posea más del 90% del capital, papel que cumple actualmente la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en virtud del contrato de fiducia con la NACION, MINISTERIO de EDUCACION NACIONAL.

La LEY 91/89, al igual que su Decreto Reglamentario No. 1775/90 establece el funcionamiento del FONDO de PRESTACIONES SOCIALES del MAGISTERIO a nivel central contemplando la existencia del CONSEJO Directivo integrado por los siguientes miembros: El



Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá; el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, dos (2) representante del magisterio designados por la organización gremial nacional que agrupe al mayor número de asociados docentes y el Gerente de la Fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto.

El Consejo Directivo del Fondo exterioriza sus decisiones mediante acuerdos y tiene entre otras, el cumplimiento de las siguientes funciones : determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del FONDO, velando siempre por seguridad, adecuado manejo y oportuno rendimiento ; analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del FONDO determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del FONDO, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos.

Por todo lo anterior, la NACION, MINISTERIO de EDUCACION NACIONAL FONDO de PRESTACIONES SOCIALES del MAGISTERIO, actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones, e igualmente de acuerdo con los parámetros expuestos por el CONSEJO Directivo del FONDO, como máxima autoridad encargada de preferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales de los docentes.

Así mismo, el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 15 de junio de 2006, Sección Segunda, Subsección A, C.P Dr. Alberto Arango Mantilla, en un caso completamente semejante al del presente litigio, consideró lo siguiente:

“ (...) La demandante laboró al servicio de planteles educativos oficiales un total de 17 años, 9 meses, 23 días, hasta la fecha de su fallecimiento (fl,8); y en este orden de acuerdo con lo probado en el expediente, no alcanzó el tiempo exigido por el artículo 7 del decreto 224 de 1972 para que la parte actora, en su condición de beneficiarios, gozaran del derecho a la pensión equivalente al 75 % de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba la docente al tiempo de su muerte



pues aun cuando en estos eventos la edad cronológica no era relevante para exigir el derecho a la pensión por cuanto el derecho a la prestación por parte de sus beneficiarios se otorga una vez ocurra el fallecimiento del cónyuge, siempre y cuando se acredite el tiempo de servicios o las cotizaciones exigidas por el legislador, en el caso concreto, este último supuesto normativo no se acreditó, toda vez que la causante no alcanzó a laborar 18 años en planteles oficiales, sin que sea necesario entrar a estudiar los restantes supuestos que prevé la norma, pues al no haber laborado el mínimo exigido, no les asiste el derecho que reclaman los beneficiarios. (...)"

De otra parte, en Sentencia C-369 de 2004, expediente D-4859, actor Jairo Antonio Salgado Gil, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, la corte Constitucional, en fecha 27 de abril de 2004, consideró lo siguiente:

"(...) 11- En numerosas oportunidades de Ver, entre otras, las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, C-080 de 1999 y C-461 de 1995., la Corte ha establecido que la existencia de un régimen especial de seguridad social no es en sí mismo violatorio de la igualdad. Así, precisamente al estudiar la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que exceptúa a los docentes del régimen general de la seguridad social, esta Corporación señaló al respecto:

*"La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.*

*El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una*



*especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.*

*Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que, al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta”*

*12. Ahora bien, un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente, esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, esta Corte ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos. Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente*





a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica . Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una lex tertia, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social".  
(Destacado y subrayado fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado se reitera como en la resolución con Radicado SAC 2015RE1819 del 24 de abril de 2015, que no es viable jurídicamente que se reconozca la pensión de sobrevivientes.

#### **Al concepto de violación**

El acto acusado no viola las disposiciones invocadas por la actora, y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse. Las razones por las cuales no se accede a la pensión de sobrevivientes se soportan en el Decreto 224 de 1972 el cual establece el término de 18 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales no cumplió el finado.

#### **A las Pretensiones:**

Me opongo a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad.

Frente a la solicitud de condenas para la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, impetrada por la Demandante, solicitamos respetuosamente al Señor Juez, se DENIEGUEN en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Con sustento en las CONSIDERACIONES, antecedentes y en consecuencia lógica de esto, no procede la imposición de las CONDENA solicitadas por el actor.



En cuanto a las pruebas tanto solicitadas como aportadas ellas deberán apreciarse de conformidad y en cumplimiento con el artículo 176 del Código General del proceso que dispone: "...Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos."

Por lo anterior, la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo con los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

### 3. EXCEPCIONES.

a) **Inexistencia de obligación pensional por aplicación de régimen exceptuado.** La demandante es beneficiaria del régimen pensional docente administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones económicas que amparen los riesgos de vejez, invalidez y muerte serán las previstas en las normas que desarrollen dicho régimen exceptuado.

La demandante no puede solicitar la aplicación del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones posteriores, toda vez que no se encuentra afiliada al mismo.

No le está permitido a la demandante solicitar la aplicación de normas que le son ajenas, y construir una normatividad propia con las reglas pensionales que estima más favorables, seleccionando, a su gusto y conveniencia, prestaciones cuyos requisitos estime satisfechos de otros regímenes pensionales.

La construcción de normatividades pensionales acusa reserva legal, es decir, sólo el legislador está facultado para su creación. No puede el juez, por lo tanto, ordenar el reconocimiento deprecado so pena de invadir la órbita funcional de otra rama del poder público, así como desconocer los principios de generalidad y obligatoriedad de ley, e inescindibilidad de las normas laborales y pensionales.



**b) Prescripción.** Sin que la presente excepción de fondo implique reconocimiento alguno a las pretensiones de la demanda, solicitamos al Juzgador Contencioso Administrativo, en caso de ser procedente, que declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho pensional.

**c) Pago de lo no debido.** Al no haber sustento normativo tal y como se vislumbró en las consideraciones de la presente contestación, que justifique la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, si mi representada fuere conminada a esto, incurriría en pago de lo no debido.

**d) Compensación:** Sin que esta excepción implique reconocimiento de derecho alguno, solicitamos al Juzgador Contencioso Administrativo, en caso de ser procedente, que declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) a la parte demandante por concepto de prestaciones pensionales.

**e) Excepción genérica o innominada:** De conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso<sup>1</sup>, aplicable en lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, solicitamos al Juzgador Contencioso Administrativo reconocer oficiosamente en la sentencia las excepciones cuyos hechos se encuentren acreditados en el proceso.

**f) Buena fe:** Se destaca la sentencia T-475 de 1992, de M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se expresa que:

---

<sup>1</sup> Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

<sup>2</sup> Artículo 187. Contenido de la sentencia. (...) En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.



"(...) La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("virbonus") La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción."

En el caso concreto, se resalta que la entidad demanda ha actuado con buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por la demandante, y en cumplimiento de las normas que regulan el tema *sub-judice*.

#### 4. PETICIÓN ESPECIAL

Respetuosamente solicito señor juez, se sirva vincular a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

#### 5. PRUEBAS:

Solicito señor Juez, se tengan como tales las siguientes:

- 1) Poder otorgado a la suscrita para actuar dentro del proceso de referencia.



- 2) Solicito certificación expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en el cual expresa que no tiene competencia para allegar el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que es exigido en el parágrafo 1 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### 6. ANEXOS

Los documentos mencionados en el acápite de pruebas.

#### 7. NOTIFICACIONES

A los demandados Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional- CAN, en la ciudad de Bogotá D.C.

A la apoderada de la parte demandada en la Secretaría de su Despacho o en la Calle 71 No. 11 – 85 Bogotá D.C.y al email [notificaciones17@silviarugelesabogados.com](mailto:notificaciones17@silviarugelesabogados.com)

Del señor Juez,

Atentamente,

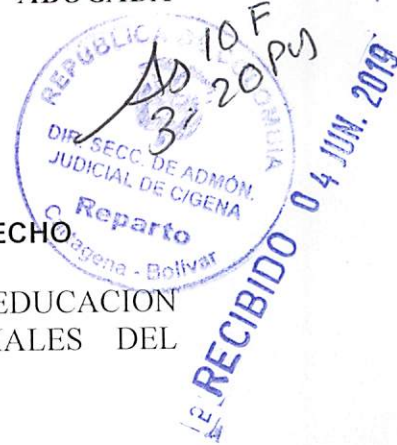
**SILVIA MARGARITA RUGELES RODRIGUEZ,**

**T.P. 87.982 del C.S.J.**

**C.C.63.360.082**

MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN  
ABOGADA

Señores:  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA  
E. S. D.



REF: MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DDTE: JHON JAIRO SIERRA  
DDOS: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – NACION MINISTERIO DE EDUCACION  
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO.  
RAD: 13-001-33-33-012-2018-00120-00

MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN, mayor, domiciliada y residiendo en Cartagena, identificada con la cédula de ciudadanía número 45.468.043 expedida en Cartagena, portadora de la Tarjeta Profesional N° 128127 de C. S. J, en mi condición de apoderada especial del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, que lo acredito con el poder anexo, por el presente memorial y dentro de la oportunidad legal, doy contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

#### TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

La notificación del auto admisorio se realizó el día 7 de Marzo de 2019, de conformidad con el artículo 199 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante OPACA), mediante envío al buzón electrónico de la parte demandada, la Procuraduría y la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, de copia del auto admisorio de la demanda, la demanda y sus anexos.

El traslado de la demanda comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación y correrá durante los 30 días siguientes (artículos 172 y 199 OPACA).

En consecuencia, el término para contestar la demanda se extiende hasta el día 04 de Junio de 2019, siendo inhábiles todos los sábados y domingos comprendidos en ese lapso por ser vacancia judicial y festivos.

Por lo anterior, me encuentro en la oportunidad procesal para contestar la demanda y excepcionar.

#### I. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENCIONES

Me opongo a las pretensiones de la demanda por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable. Por las mismas razones me opongo a los argumentos expuestos en el capítulo "fundamentos de derecho" en consecuencia, por las razones de defensa que a continuación se exponen mi mandante deberá ser absuelto de todo cargo y condena la demandante en costas.

#### EN CUANTO A LOS HECHOS

**AL HECHO 1:** Si es cierto, de conformidad con las pruebas aportadas en la demanda.

**A LOS HECHO 2:** Si es cierto, de conformidad con las pruebas aportadas en la demanda.

**AL HECHO 3:** Si es cierto, de conformidad con las pruebas aportadas en la demanda.

**AL HECHO 4:** Si es cierto, de conformidad con las pruebas aportadas en la demanda.

**AL HECHO 5:** No me consta es un hecho ajeno a la entidad que represento.

**AL HECHO 6:** No me consta es un hecho ajeno a la entidad que represento.

### RAZONES DE DEFENSA

La prestación pensional, ha tenido diversas regulaciones normativas. Desde la expedición de la ley 6ª de 1945 se han establecido los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En el mismo sentido la ley 4ª de 1966 dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos. La ley 6ª de 1945, fue aplicable en un comienzo para los servidores públicos nacionales y luego para los territoriales. Se dejó de aplicar a los primeros con la aparición de la ley 3135 de 1968 y a los segundos con la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985.

A partir de estas normatividades, se ingresa a un concepto de pensión que involucra los aportes como parámetro atendible para el establecimiento del monto de las pensiones, así como la determinación de un tiempo sobre el cual calcular el mismo.

El artículo 1º de la ley 33 de 1985 señala que el empleado oficial, que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En su artículo 3 señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

*Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:*

- \* Asignación básica
- \* Gastos de representación
- \* Prima técnica
- \* Dominicales y feriados
- \* Horas extras
- \* Bonificación por servicios prestados
- \* Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN  
ABOGADA

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.*

Esta prescripción fue modificada parcialmente por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableciendo que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial del orden nacional, estaría constituida por los siguientes factores:

*“asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.”*

Pero en este artículo se mantuvo el concepto de la ley 33 de 1985 en que en todo caso, **las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.** Se observa entonces que la ley señaló los factores salariales que tienen incidencia pensional, respecto de los cuales se deben hacer los aportes.

Más adelante, la Ley 71 de 1998 en su artículo 9º hace otro importante avance, dando una nueva orientación a la liquidación pensional en el sentido de que conduce la liquidación pensional sobre los salarios del último año de servicios, lo cual se venía interpretando y aplicando en el ya existente y llamado reconocimiento pensional definitivo. Pero, se aclara que con esta disposición no se pretendió derogar lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 respecto de los factores salariales, sino que se entiende que con la ley 71 de 1988 se ha pretendido, como ya se había hecho en la práctica que la reliquidación pensional se haga teniendo en cuenta un tiempo determinado (un año laborado) y respecto de los factores sobre los cuales se haya aportado que ya se encontraban establecidos en la legislación anterior (Ley 62 de 1985). Se concluye de estas leyes que para efectos pensionales los factores computables son los señalados en las leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con la ley 71 de 1988 y su reglamentario.

El criterio desarrollado por las leyes 33 de 1983, 62 de 1988 y 71 de 1988, aún se mantiene, es más la ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, aplica estas directrices en su artículo 3º que reza:

*“Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.”*

De otro lado, el Decreto 2341 de 2003, también reglamentario de la Ley 812 de 2003, asumió para los docentes afiliados al Fondo los mismos ingresos bases de liquidación de aportes o de cotización tenidos en cuenta por el artículo 1º de la ley 62 de 1985.

El Honorable Consejo de Estado se pronunció en sentencia de fecha 20 de septiembre de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, Rad. 08001-23-31-000-2000-01858-01, en donde consideró:

*“En orden a resolver el asunto, se hacen necesarias las siguientes precisiones:*

*El actor inició labores en la docencia para el Departamento del Atlántico el 25 de febrero de 1971 y nació el 27 de agosto de 1944.*

*Para el 29 de enero de 1985, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el actor no cumplía con los requisitos del régimen de transición para que le fueran aplicables las normas del régimen pensional anterior en materia de edad, pues, en*



MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN  
ABOGADA

*primer término, no gozaba de un régimen prestacional de carácter especial y, en segundo lugar, no tenía 15 años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 33. En consecuencia, el régimen aplicable al actor para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985.*

*Así pues, en lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 en su artículo 3 previó como factores:*

[...]

*"[la] asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio".*

[...]

*A su turno, el artículo 1 Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación en los siguientes términos:*

[...]

*"asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio". (Subraya la Sala)*

[...]

*De la normativa transcrita, la Sala encuentra que las primas de navidad y exclusividad reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la Ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación. Por consiguiente, dichas primas no podían ser objeto de la base de liquidación del actor, tal como lo expresaron los actos acusados.*

*En ese orden, los actos que negaron al actor la reliquidación de su pensión con inclusión de las primas de navidad y exclusividad se ajustaron a derecho.*

*Ahora bien, en cuanto al argumento del Tribunal y el actor, según el cual, al monto de la pensión cuestionada se debió incluir la prima de navidad, por cuanto el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 así lo dispuso; la Sala hace la siguiente reflexión:*

*El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 previó que para efectos de prestaciones económicas y sociales de los docentes que a 31 de diciembre de 1989 estuvieran vinculados mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Y más adelante la norma refirió que:*

[...]

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán 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.*

[...]

*De la lectura del precepto anterior, la Sala encuentra que si bien la Ley 91 de 1989 precisó que los docentes en materia de prestaciones económicas y sociales les era aplicable el Decreto 1045 de 1978, también es verdad que el mismo precepto jurídico señaló que además les serían aplicables las normas que se expidan en el futuro, dentro de las cuales encontramos las Leyes 33 y 62 de 1985, que como ya se dijo son el marco jurídico aplicable al presente asunto."*

Así las cosas, se tiene que el acto acusado no viola las disposiciones invocadas por el actor y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debía fundarse. Por los fundamentos expuestos en precedencia, solicito negar las pretensiones de la demanda que nos ocupa.

Para la ley 62 de 1985 son factores salariales para liquidar la pensión de jubilación los siguientes: Asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Del examen de los factores que trae consigo la Ley 812 y su Decreto Reglamentario 2341 de 2003, que son los mismos taxativamente señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, se concluye que solo la asignación básica o sueldo es factor común con relación a los que se observan en la certificación de salarios aportada por el demandante en el expediente, y sobre ella se debe hacer la liquidación, por lo tanto no es procedente agregar otros factores diferentes a este.

Es menester precisar además que, antes de la expedición del Decreto 3752 de 2003 el valor de la mesada pensional estaba integrado por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios del docente.

Empero, a partir de la fecha en que entra en vigencia éste Decreto, en Diciembre de 2003 en adelante, como es el caso de la hoy demandante, solamente deberá liquidarse sobre los sueldos y horas extras, si sobre estos aportaba el docente, por ende quedaron expresamente excluidos por la norma, los demás emolumentos reclamados relacionados tales como, prima de navidad, alimentación y prima de vacaciones.

En caso que prosperaran las pretensiones de la demanda, el **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR no tendría que asumir ninguna responsabilidad respecto al pago**, ya que la Secretaria de educación departamental de bolívar, solo tiene a cargo la gestión de la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales, su pago obviamente está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según se contempla en el artículo 3º del Decreto 2831 del 2005:

*"ARTÍCULO 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

*Para tal efecto, la secretaria de educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente deberá:*

*1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*

**MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN**  
**ABOGADA**

2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

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

**ARTICULO 4. TRAMITE DE SOLICITUDES.-** El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o hay pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación. Dentro de los quince días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

**ARTICULO 5. RECONOCIMIENTO.-** Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley."

**EXCEPCIONES**

**a) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:**

DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, no es el ente administrativo estatal, obligado a pagar la pensión y los reajustes reclamados en la demanda, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada por la ley 91 de 1989, a hacer el reconocimiento y el pago de las pensiones a los educadores en todo el territorio nacional. En estos casos la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, solo tiene a cargo la gestión de la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales, su pago, como lo he venido diciendo está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según se contempla en el artículo 3º del Decreto 2831 de 2005; el ente administrativo Departamental, está obligado a la labor de hacer un acto administrativo en el cual, no se afecten aspectos presupuestales del Departamento en este caso, ni se reconocen ni se pagan afectando presupuesto del departamento de bolívar .

**MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN**  
**ABOGADA**

*“ARTÍCULO 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

*Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente deberá:*

- 1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.*
- 5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.”*

DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – Secretaría de Educación departamental de bolívar es un mero operador administrativo, que sigue las recomendaciones e instrucciones del Ministerio de Educación Nacional en ésta materia y de la entidad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo, pues todos los actos sometidos a su consideración, deben tener concepto previo y contar con la aprobación de tales entidades, en consecuencia, sino tiene facultades para decidir en torno a éste asunto, tampoco deberá ser condenado a pagar suma alguna de dinero respecto de las pretensiones que aquí se reclaman.

**b) EXCEPCIONES INNOMINADAS:**

Solicito se declare cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con el artículo 306 del CPACA y Código General del Proceso.

125 46

**MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN**  
**ABOGADA**

### **ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

Solicito se tenga como antecedentes jurisprudenciales las Sentencias, de fecha ocho (08) de septiembre de dos mil catorce (2014). Magistrado Ponente Doctor: LUIS MIGUEL VILLALOBOS. Proceso: NULIDAD Y RETABLECIEMNTO. RADICACION: 13-001-33-33-011-2013-00124-01. DEMNADANTE: RAQUEL ALICIA HERNANDEZ HERRERA. DEMANDAO MINISTERIO DE EDUCACION, DISTRITO DE CARTAGENA, SECRETARIA DE EDUCACION Y OTROS y la Sentencia del 31 de enero de 2014 , Magistrado Ponente HIRINA MEZA REHNALS. Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicación 13-001-33-33-011-2012-00070-01- DEMANDANTE LUZ MARIAM GOMEZ DE PALOMINO. DEMANDADO: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS


### **PRUEBAS:**

- Solicito que se decretó practique y tenga como prueba las que reposan en el expediente y las que se alleguen al mismo dentro de la unidad procesal.
- Oficio del Doctor Néstor Eduardo Ramírez Camargo, oficio referente a la petición presentada al fondo de prestaciones sociales sobre un reconocimiento y pago de la pensión post mortems 18 años al señor JHON JAIRO SIERRA.

### **NOTIFICACIONES**

Mi poderdante en el Barrio Castillo grande, edificio luxor 727, apartamento 703 avenida Piñango. Correo electrónico: chechecolco2@hotmail.com

Atentamente,

  
**MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN**  
C. O. N° 45.468.043 de Cartagena  
T. P. N° 128127 del C. S. J