

ORGANIZACIÓN RIVEROS DÍAZ S.A.S.

ABOGADOS / DERECHO ADMINISTRATIVO

Avenida 19 No 3-10 Of. 402 Edif. Barichara Tel: 2843447 - 2436009 - Telefax: 3416917 Bogotá
E-mail: abogadosmagisterio@gmail.com www.abogadosmagisterio.com

M-ADIC. 25.295.195

Señor(a)
JUEZ ADMINISTRATIVO DE POPAYAN.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PORFIRIO RIVEROS GUTIERREZ, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre y representación de **RUTH MYRIAM CORREA CORREA**, domiciliado(a) y residente en **Popayan**, de condiciones civiles consignadas en el **poder adjunto** al presente libelo, en instancia y en virtud al Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el Título III, Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, formulo demanda contra **LA NACION (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO)**, persona jurídica de derecho público, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada por la señora **MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL**, quien lo sea o haga sus veces, o por el apoderado especial que para el efecto se designe al momento de la notificación, a fin que previos los trámites procesales previstos en la Ley 1437 de 2011 y normas complementarias, se declare la Nulidad y el Restablecimiento del Derecho de carácter Laboral y mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada se provea favorablemente a las pretensiones aquí formuladas.

I. PARTES Y REPRESENTANTES

Demandante:	RUTH MYRIAM CORREA CORREA C. C. 25.295.195
Apoderado Judicial	PORFIRIO RIVEROS GUTIÉRREZ C. C. 19.450.964 T. P. 95.908 del C. S. J.
Demandados:	NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO)

II. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Se declare la **Existencia del Silencio Administrativo negativo, en relación con el Derecho de Petición radicado, ante la Secretaría de Educación de Cauca.** - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que mi mandante, solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de la Mesada Adicional de diciembre.
2. Se declare la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto citado en el numeral anterior.
3. Como consecuencia de la anterior NULIDAD y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, para que le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (en calidad de administradora de sus recursos) el reintegro de **todos** los descuentos del 12% REALIZADOS, CON DESTINO A SALUD, SOBRE LA MESADA ADICIONAL DE DICIEMBRE, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado(a), esto es, el **05 de agosto de 2009** hasta la fecha, y a **SUSPENDER** los descuentos en mención

4. CONDENAR a la demandada al pago en forma **INDEXADA**, del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para tal fin la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E.
5. Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo establece el artículo 192 ibídem.
6. CONDENAR a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial.
7. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 188 de la Ley 1437 de 2011.

III. HECHOS Y OMISIONES

1. Mi poderdante laboró como docente para la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CAUCA – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.
2. Mediante Resolución No. **2172 del 28 de diciembre de 2009** le fue reconocido el derecho a una pensión vitalicia de jubilación a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CAUCA** en cuantía de \$ **1.763.975** efectiva a partir del **05 de agosto de 2009**.
3. En consecuencia del hecho precedente, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A en calidad de administradora de los recursos del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CAUCA**, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del Derecho e inclusión en nómina de mi representado(a); **ésta entidad ha venido descontando el 12% para salud de la mesada de Diciembre** (pagada ésta en noviembre), la cual es denominada **mesada adicional**.
4. **LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en calidad de administradora de los recursos del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CAUCA**, efectúa DESCUENTOS en los pagos de diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24%, **SOBREPASANDO lo dispuesto por la Ley y en Consecuencia efectúa Trece (13) descuentos con destino a salud, por Doce (12) meses de servicio requeridos al año.**
5. Mediante solicitud radicada, solicité ante la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CAUCA - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre la mesada adicional de diciembre.
6. El 17 de marzo de 2014 radiqué un impulso para que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CAUCA**, emitiera respuesta respecto a la solicitud radicada en esa entidad.
7. A la fecha, la Entidad requerida no ha dado respuesta de Fondo a la Petición radicada.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Es importante clarificar la situación para establecer que los descuentos citados se encuentran contra leyes.

1. El Parágrafo del art. 2 de la Ley 4 de 1.966, ordena: “Los **pensionados cotizarán mensualmente con el 5% de la mesada pensional**”.
2. El Art 37 en el párrafo siguiente del decreto 3135 de 1.968, dispuso: “Para **este efecto el pensionado cotizará el 5% de su pensión**”.
3. El numeral 3 del Art. 90 del Decreto 1848 de 1.969 reglamentario del 3135 del 68, indico: “Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el 5% del valor de la respectiva pensión (...) suma que se descontará de cada mesada pensional”.
4. La Ley 4 de 1.976, consagró la mesada adicional de diciembre para los pensionados de cualquier orden.

5. La Ley 43 de 1.984 en su artículo 5, estableció la prohibición expresa del 5 % para la mesada adicional, así:

“A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontársele de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal del artículo 90 del decreto 1848 de 1.969, ni descuento alguno sobre dicha mensualidad”.

6. La Ley 100 de 1993, en su artículo 142, creó la mesada adicional de junio, para todos los pensionados públicos y privados, sin excepción.
7. El decreto 1073 de 2002, reglamentario de las Leyes 71 y 79 de 1988, en su Artículo 1 prevé los descuentos permitidos sobre las mesadas pensionales, estableciendo la prohibición de los mismos sobre las mesadas adicionales, así:

Art. 1 –Párrafo 3: “Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la Ley y los reglamentados por el presente decreto salvo aceptación de la misma institución.

Parágrafo: De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales (Dicha norma fue declarada parcialmente nula por el Consejo de Estado el 03 de febrero de 2005).

8. La Ley 812 del 2003 derogó tácitamente el descuentos del 5% en las mesadas adicionales por cuanto al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 793 de 2003, estas y sus reglamentos no contemplan dichos descuentos para salud en mesadas adicionales. Un doble descuento no autorizado e ilegal en las mesadas adicionales constituye prevaricato y abuso de autoridad. No está dado a los funcionarios extender el sentido de las Leyes o de las normas por motivos de convivencia. La denominación de descuentos en las mesadas adicionales (desprendibles de pago) y su efectividad son ilegales e inconstitucional.

V. DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS

- Constitución Nacional artículos 2, 4, 13, 25, 29 ,48 Inciso Final, **49 en especial**, 53 inciso 3 y 58. Código Civil artículo 10.
- Ley 4/66 y su Decreto reglamentario 1743/66.
- Ley 6 de 1945.
- Decreto 3135 de 1968.
- Decreto 1848 de 1969.
- Ley 91 de 1989.
- Decreto 1073 de 2003.
- Ley 1250 de 2008.
- Ley 812 de 2003, Artículo 81.

Violación directa al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil Radicado No. 1064 y fechado del 16 de Diciembre de 1997, Magistrado ponente Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

VI. CONCEPCIÓN DE LA VIOLACIÓN

La Ley 812 de 2003, “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de desarrollo 2003-2006, hacia un estado comunitario”, el cual dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales (nacionales, nacionalizados y territoriales), que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial “es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes a la entrada en vigencia de la presente Ley”.

Con anterioridad a la Ley 812 de 2003, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales es el contemplado en la Ley 115 de 1994 (Ley general de Educación), cuyo artículo 115 dispone que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley.

Armonizado el contenido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989y el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, se tiene como conclusión que el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El artículo 8 de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales. No obstante el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues los obliga, a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad la cotización del 12% toda vez que la norma remite a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. En efecto, el inciso 4 del citado artículo 81 de la Ley 812 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones. (...) Negrilla fuera del texto.

De esta manera, el efecto del incremento de la cotización y su remisión a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no es otro que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989. Esta conclusión tiene fundamento, además, en el fallo de constitucionalidad que cita la misma entidad accionada para explicar su alegato de defensa. Así en la sentencia C-369 de 2004, la Corte manifestó:

Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...) Negrilla fuera del texto.

Por lo anterior, resulta enteramente aplicable lo señalado en el párrafo del artículo 1. del Decreto 1073 de 2002, al establecer que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos, no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales”.

Es importante hacer referencia de las mesadas adicionales consagradas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, y respecto de las cuales se realizaron los descuentos objeto de debate, los cuales disponen:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”.

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual”.

De conformidad con las normas anteriormente descritas los pensionados de jubilación, vejez, invalidez y sobreviviente son beneficiarios para que en los meses de junio y diciembre se les pague una mesada adicional.

Por su parte, el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, establece los descuentos permitidos para las mesadas adicionales así:

ARTÍCULO 1°. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la Ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la Ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales. Negrilla fuera del texto.

El H. Consejo de Estado, en providencia del 3 de febrero de 2005, Consejera Ponente, Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Actor: Abel Trujillo Sánchez, Demandado: Gobierno Nacional, declaró nulo parcialmente el parágrafo de la citada norma con fundamento en:

“La Sala advierte, en primer término, que cuando el decreto acusado, dispuso respecto de los “descuentos de que tratan estos artículos”, no hizo relación con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, por la potísima razón de que en estos no se gobernó descuento alguno, como atinadamente lo alegó el actor, sino con los artículos del decreto 1073, lo cual es bien distinto; si no fuere así, la norma no tendría sentido, dada su pésima redacción; en realidad, para la Sala, la norma acusada quiso decir simplemente que las mesadas adicionales establecidas en los artículos 50 y 142 de dicha Ley, no serían objeto de descuento.

Ahora bien, es cierto que tanto la Ley 42 de 1982 (artículo 7°), como la Ley 43 de 1984 (artículo 5°) se relacionan con la mesada adicional que deben recibir los pensionados en el mes de diciembre de cada año (regida hoy por el artículo 50 de la Ley 100 de 1993), pero no con la mesada del mes de junio, gobernada por el artículo 142 ibídem, por lo que, en este punto, sí tiene razón el demandante, pues no existe norma legal que impida hacer descuentos de esta mesada adicional y, por ende, a juicio de la Sala el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La nulidad que declarará la Sala del parágrafo del artículo 1° del decreto acusado, se dispondrá, entonces, solo respecto de la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. En lo demás, la pretensión se denegará.

Falla:

1. Declárese que es nulo el parágrafo del artículo primero del decreto reglamentario 1073 de 2002, **únicamente** en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. En lo demás, se **deniega la nulidad pedida (...)**”

Como puede entenderse, nuestro órgano de cierre en la citada jurisprudencia dejó sin efectos los descuentos por concepto en salud de la mesada adicional del mes de diciembre, consagrada en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

Mediante Sentencia de fecha 15 de junio de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección, radicado 2008-00770 manifestó lo siguiente:

“En atención a la normatividad citada, encuentra la Sala que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria La Previsora S.A. a realizar descuentos a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues la Ley 71 de 1989, citada por la entidad en el oficio demandado y en la contestación de la demanda, en su artículo 8° sólo prevé los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que debe ser armonizada con las disposiciones legales señaladas, en especial con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, que prohíben expresamente los descuentos sobre la mesada adicional de diciembre y respecto de la junio, siendo una mesada adicional, no puede gravarse con el 12% mensual que ya se efectúa con el respectivo mes porque equivaldría a descontar el 24% mensual.

En similar sentido lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997, con ponencia del Doctor Augusto Trejos Jaramillo, así:

“(…) En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de la deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese ajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste”.

Ahora bien, desde el punto de vista factico o de hecho NO pueden haber descuentos de 14 meses cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud.

(…) El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 **no se aplica a las mesadas adicionales de junio y de diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace descuento para salud** y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objeto de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, en este caso, sería el valor de la mesada (...) Negrilla fuera del texto”

Por lo anteriormente expuesto, está llamada a prosperar la demanda instaurada toda vez que se deberán restituir las sumas descontadas a mi poderdante, en las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la fecha de reconocimiento de su estatus de pensionado(a).

VII. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL ART 102 LEY 1437 DE 2011

En Sentencia C 539 de 2011, de la sala plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte se refirió a la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y la Ley, y la obligación de las autoridades públicas de acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes.

“La Corte reitera en esta oportunidad que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la Ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la Ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 C.P; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”.

VIII. EN CUANTO A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN

En tratándose de derechos de tracto sucesivo, no es procedente el requisito de la conciliación extra-judicial en los términos de la Ley 1285 de Enero 22 de 2009, Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998 y Ley 460 de 2001, teniendo en cuenta que el derecho a una pensión, reajuste o reliquidación de la misma, son derechos ciertos, irrenunciables e imprescriptibles, que en principio no cabría esta figura jurídica, pues cualquier acuerdo podría ser inocuo al resultar trasgrediendo principios Constitucionales mínimos, establecidos a favor de los trabajadores, como los que hace referencia el artículo 53 de la C.N.

En primera medida debe indicarse que cuando se trata de derechos ciertos e indiscutibles, el requisito de procedibilidad es inoperante, porque el beneficiario de ellos, al tenor de las normas constitucionales, no podría renunciar a los mismos. En el caso de mi poderdante, la pretensión de reconocimiento y pago de la Prima de Servicios con efecto retroactivo es una prestación que en términos del artículo 53 de la Constitución Política es irrenunciable.

Para la exigencia del requisito de procedibilidad en examen, el juez en materia contencioso administrativa debe observar con extremo celo “los derechos ciertos e indiscutibles” no susceptibles de conciliación en asuntos laborales, puesto que la mayoría de ellos son irrenunciables e imprescriptibles y para sus destinatarios son fundamentales, como sucede con el derecho a la Prima de Servicios.

La Ley 640 de 2001 modificó las normas relativas a la conciliación entre otras disposiciones. Dicha Ley ordenó como requisito de Procedibilidad la conciliación en asuntos laborales siendo posteriormente declarados inexecutable por la Corte Constitucional pues se evidenció la Inconveniencia de los mismos, como se lee en Sentencia de la Corte Constitucional **C-893 del 22 de agosto de 2001**, Magistrada ponente **Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ** donde expuso lo siguiente:

“En efecto, el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 al disponer que en los asuntos susceptibles de ser conciliados, entre otros en materia laboral, debe haberse intentado el arreglo conciliatorio para que la demanda judicial sea admisible, somete la posibilidad de acudir a la jurisdicción a una condición que no resulta válida a la luz de la Carta en la medida en que la obligación de un arreglo conciliatorio obstruye la libertad de acceder a la administración de justicia (art. 229 C.P.).

En lo que se refiere a la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción laboral, la norma quebranta abiertamente el principio constitucional contenido en el artículo 53 de la Carta, según el cual, corresponde a la Ley tener en cuenta la facultad de los trabajadores para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, la cual se ve afectada cuando se exige al particular acudir a la conciliación como requisito previo a la presentación de la demanda. (...)

Desde otro ángulo de análisis puede afirmarse que la inconstitucionalidad del requisito de procedibilidad en asuntos laborales es contrario al conjunto de disposiciones superiores que le atribuyen al trabajo la condición de derecho fundamental y le imponen al Estado el deber de brindarle especial protección.

Efectivamente, la Constitución Política de 1991, además de enmarcar a Colombia como Estado Social de Derecho (art. 2º), prodiga al trabajo una especial protección de parte del Estado. De ahí que cuando se desconocen los derechos consagrados a favor de un trabajador, éste debe gozar de los mecanismos expeditos de acción para defenderlos ante las autoridades competentes, sin condicionamientos que enerven la efectividad de los mismos.

Corolario de lo anterior es el precepto 53 de la Carta Fundamental, que le señala al Estatuto del Trabajo la obligación de instituir unos principios mínimos fundamentales, entre otros, los de igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima, vital y móvil; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos contenidos en normas laborales; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; garantía a la seguridad social; y facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.

Todo este elenco de normas protectoras, que arranca del presupuesto indubitable de la diferencia en la relación individual de trabajo donde existe una parte, el trabajador, en condición de inferioridad, podría quedar enervado, o al menos seriamente amenazado, si el titular de los derechos que le han sido vulnerados, tuviese limitantes o cortapisas impuestas por el legislador como condición para poderlos ejercer de modo expedito.”

Ahora bien, desde 1998 el Legislador autorizó la conciliación sobre los conflictos ventilados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción de controversias contractuales, previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA, respectivamente. Así también lo reconoció la Corte en la sentencia C-111 de 1999, cuando señaló que en ese marco legal podía “haber conciliación sobre las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o en las controversias contractuales (arts. 85, 86 y 87 del C.C.A.)”, de igual manera el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y 167 de la Ley 1437 de 2011 pero solo cuando sean asuntos conciliables.

No es de recibo el argumento del Despacho, conforme al cual la prima de servicios carece del carácter de cierto e irrenunciable por cuanto aún no hay un criterio unificado en la jurisprudencia contencioso administrativo, por cuando la naturaleza cierta e indiscutible de un derecho no está sujeta a las interpretaciones jurisprudenciales que sobre el mismo se eleven, sino que surge como una obligación cierta del contrato laboral que rige la relación de los docentes con las respectivas Secretarías de Educación. Esta condición de cierto no puede someterse a la subjetividad de los interpretadores del derecho, ya que esto sería pretermitir los principios mínimos laborales, como la favorabilidad y el *in dubio pro operario*, en la medida que es la constitución la que otorga el carácter de cierto e indiscutible.

Aunado a ello, la prima de servicios es una remuneración directa del servicio, es decir que su naturaleza es eminentemente prestacional y no indemnizatoria, motivo por el cual, aun cuando no haya sido reconocida, es una prestación **CIERTA E INDISCUTIBLE**.

Es así que, la Corte Constitucional en la Sentencia T-418/96 del Magistrado **Ponente JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO** se pronunció sobre el pago oportuno de las prestaciones sociales a los trabajadores y la obligación de colateral de consagrar la mora en el pago de las cesantías.

Dijo así:

“El trabajo se erige en fundamento del orden jurídico (Preámbulo y artículo 1 C.P.) y su protección especial no significa apenas una declaración retórica sino que, en el Estado Social de Derecho, es norma imperativa para los entes oficiales y hace parte de los derechos fundamentales, según lo estatuye el artículo 25 de la Constitución.

El artículo 53 de la Constitución, a cuyos principios mínimos está sujeto el legislador y lo están, por supuesto, el Gobierno y los jueces, dispone la igualdad de oportunidades para los trabajadores, en desarrollo del principio general de la igualdad, que, de conformidad con el artículo 13 *Ibíd*em, proscribe toda forma de discriminación o preferencia injustificada.

Aunque, como lo ha declarado esta Corte, el legislador tiene competencia para introducir modificaciones a la normatividad laboral y puede, en consecuencia, plasmar cambios en el contenido de las prestaciones sociales, crear nuevas modalidades de ellas y señalar condiciones y requisitos aplicables a las relaciones laborales futuras, es lo cierto que no goza de atribuciones para instituir o propiciar distinciones no sustentadas en motivos fundados y razonables, para desconocer los derechos de los trabajadores ni para menoscabar su libertad.

El cambio de legislación no puede llevar a que los trabajadores que queden cobijados por las nuevas modalidades de protección de sus derechos laborales que no otro puede ser su contenido- queden marginados de la igualdad de oportunidades ante la ley; de la remuneración mínima vital y móvil; de la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad y calidad de trabajo; de la garantía de estabilidad en el empleo; **de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; de la seguridad en el sentido de que no serán forzados o estimulados a transigir o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles;** de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho; de la primacía de la realidad sobre las formalidades; de las garantías de seguridad social, capacitación, adiestramiento y descanso necesario, ni de la protección laboral especial para las mujeres, las madres y los menores.

Las trabas burocráticas, el descuido y la inmoralidad son inadmisibles, frente a los postulados constitucionales, como posibles excusas para el retraso, mientras que la insolvencia o la iliquidez temporal del patrono o los problemas presupuestales, en los casos de entidades públicas, pueden constituir explicaciones de aquél pero jamás justificación para que sean los trabajadores quienes asuman sus costos bajo la forma de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.” (Negrillas y subrayado fuera del texto)

El artículo 13 del decreto 1285 de 2009 preceptúa:

Art. 13°. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 lo siguiente:

“Art. 42 A Conciliación judicial y extrajudicial en materia Contenciosa Administrativa. A partir de la vigencia de esta Ley, cuando los asuntos sean conciliables siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial” (El subrayado es nuestro).

Al respecto el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 10 de Junio de 2010 Rdo. Interno 2009 -113 – Apelación contra auto interlocutorio, MP. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, se dijo lo siguiente:

“El asunto se contrae a establecer si la demanda presentada por el señor HENRY DELGADO TORRES, exige la conciliación extra judicial como requisito de procedibilidad establecido en la Ley 1285 de 2009 (...)

(...) Con el fin de decidir sobre el trámite de la conciliación extra judicial como requisito de procedibilidad, es necesario precisar que son materia de conciliación los derechos que obtengan el carácter de “inciertos y discutibles”, autorizados por el artículo 53 de la Carta Política y los que hace referencia a la Ley estatutaria al establecer dicho requisito ..”Cuando los asuntos sean conciliables”.

Cuando se ha adquirido el derecho pensional por cumplir los requisitos establecidos en la Ley, las partes involucradas en al eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, ya que es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su otorgamiento están dadas por la Ley, y ella no puede ser objeto de negociación, por ninguno de los extremos, por ser de orden público”.

Se concluye entonces que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción en estos casos es IMPROCEDENTE, por cuanto los derechos que se discuten en esta acción son ciertos, imprescriptibles e irrenunciables.

IX. COMPETENCIA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3° creó “el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. (...)”

El artículo 56 de la Ley 962 del 2005, mediante el cual se racionalizaron los trámites en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinó que las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución, elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente y que el acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

En desarrollo del mandato anterior se expidió el Decreto 2831 del 2005, estipulando en su artículo 3° (Gestión a cargo de las Secretarías de Educación), que “...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.”

Conforme a lo anterior le corresponde a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) reconocer y pagar, a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las pensiones y prestaciones sociales, a los docentes y directivos docentes oficiales, por cuanto los(as) Secretarios(as) de Educación, o quienes estos deleguen, se convirtieron en simples gestores para agilizar el trámite de las solicitudes de las prestaciones de los(las) docentes en sus respectivos entes territoriales, a fin de acabar con la tramito manía, obstáculo que atacó la Ley antitrámites.

De conformidad con la normatividad y argumentos citados, la responsabilidad del reintegro y suspensión de los descuentos en salud realizados a las Mesadas Adicionales, recae en la Nación – Ministerio de Educación Nacional, **(quien actúa por intermedio de las Secretarías de Educación)** y como quiera que Fiduciaria La Previsora, S. A., es la encargada de manejar los Fondos o Recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; entre tanto quien goza de personería jurídica es el Ministerio de Educación Nacional.

INCOMPETENCIA DE FIDUPREVISORA

Fiduciaria La Previsora, S. A., está sujeta a lo normado en la Ley 115/94, art. 180 y Ley 962/2005, artículo 56 y Decreto 2831/2005.

La Entidad demandada, en reiteradas oportunidades, remite éste tipo de solicitudes a Fiduprevisora, S. A., alegando que como dicha Entidad es la diputada para el pago, entonces debe ser quien responda.

Sin embargo, no existe ninguna norma que delegue dicha función en Fiduprevisora, S. A., como si en cambio, existe para la Nación – Ministerio de Educación Nacional (Ley 115/94, art. 180), quien a su vez lo delega en las Secretarías de Educación (Ley 962/2005, artículo 56 y Dec. 2831/2005).
Adicionalmente, cuando Fiduprevisora, S. A., responde éstas solicitudes, expresamente indica:

“Esta comunicación no tiene carácter de acto administrativo por cuanto la Fiduprevisora S.A., no tiene competencia para expedirlos solo obra en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y es emitida por Fiduprevisora S.A., única y exclusivamente, como vocera y administradora del Patrimonio de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

X. COMPETENCIA Y CUANTÍA

Por la naturaleza de la acción, el origen del Acto acusado, el último lugar de prestación de servicio de mi poderdante y la cuantía que estimó en forma aritmética y razonada al momento de la presentación de la demanda, en virtud de lo dispuesto por el art 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011, y conforme a lo establecido en el artículo 206 del C.G.P, declaro bajo gravedad de juramento que la cuantía en el presente proceso la estimó en **NOVESCIENTOS VEINTE MIL SETESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$920.739)** DE ACUERDO A LA SIGUIENTE TABLA DE LIQUIDACIÓN.

NOMBRE	VR. MESADA	2011		2012		2013		2014		Aportes de Ley descontados en Mesada Adicional	Valor Indexado
		JUN	NOV	JUN	NOV	JUN	NOV	JUN	NOV		
RUTH M CORREA CORREA	1,763,975	0	211,677	0	211,677	0	211,677	0	211,677	846,708	920.739

XI. ADMISIBILIDAD

Este Medio de Control se presenta bajo el entendido de lo dispuesto en las normas preexistentes a la admisibilidad y presupuestos procesales del mismo, así

Código General del Proceso

“Artículo 89 Presentación de la demanda: La demanda se entregará, **sin necesidad de presentación personal**, ante el secretario del despacho judicial al que se dirija o de la oficina judicial respectiva, quien dejará constancia de la fecha de su recepción.”(Negrilla fuera de texto)

Artículo 244. Documento auténtico.

“(…) También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y **los poderes en caso de sustitución.**” (Negrilla fuera de texto)

Ley 1437 de 2011

"Artículo 9°. Prohibiciones. A las autoridades les queda especialmente prohibido:

(...)3. Exigir la presentación personal de peticiones, recursos o documentos cuando la ley no lo exija."

XII. PRUEBAS Y ANEXOS

Como tales, presento con esta demanda, los siguientes:

- Documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía de mi mandante, en 01 fl(s).
2. Copia de la Resolución que reconoce la pensión vitalicia de jubilación, en 02 fl(s).
3. Copia de la solicitud radicada en la entidad demandada, en 03 fl(s).
4. Copia del impulso del 17 de marzo de 2014, en 01 fl(s).
5. Poder debidamente diligenciado, en 01 fl(s).
6. Copias de la demanda y sus anexos, para sus correspondientes traslados a la entidad demandada, el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa del Estado.
7. Copia de la demanda en Medio Magnético (CD) para el archivo del Despacho.

Ruego oficiar a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CAUCA - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a la Calle 4 Carrera 7 esquina. En la Ciudad de Popayán. Email: despachoseceducacion@sedcauca.gov.co, para que remita el expediente Administrativo de mí prohijado(a), si el Señor Juez lo considera absolutamente necesario, sabiéndose que el Decreto 019 de 2012 lo releva del trámite y puede valorar conforme lo aportado en copia simple.

Ruego oficiar a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, a la Calle 72 N° 10 – 03. Ciudad de Bogotá. Email: notjudicial@fiduprevisora.com, para que remita los soportes documentales que acrediten los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad Social en Salud, desde el momento en que adquirió el status de pensionado(a) mí prohijado(a) hasta la fecha.

XIII. NOTIFICACIONES

La **NACION** (Ministerio de Educación Nacional), en las oficinas del representante legal, Señora **MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL**, quien lo sea o haga sus veces, o por el apoderado especial que para tal efecto se designe en el momento de la notificación, en el Centro Administrativo Nacional - C. A. N. CALLE 43 No. 57-14, en la ciudad de Bogotá. Email: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

La **FIDUPREVISORA S.A.**, a la Calle 72 N° 10 – 03. En la Ciudad de Bogotá. Email: notjudicial@fiduprevisora.com.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO: Calle 70 No.4-60 Tel. 2558955 Extensiones 406, 407, 408 y 409. Correo electrónico: mesaayuda@defensajuridica.gov.co.

Del Demandante: CRA 20 A NO 8 -57 GUAYABAL - POPAYAN

Del Suscrito: En la Secretaría de su Despacho o en la Calle 19 No 3-10 Oficina 402 Edificio Barichara Torre B de la ciudad de Bogotá; Email: abogadosmagisterio.notif@yahoo.com.

Cordialmente,

PORFIRIO RIVEROS GUTIÉRREZ
C. C. 19.450.964 de Bogotá
T. P. 95.908 del C. S. de la J.