

SEÑOR
JUEZ SEXTO (6) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
E. S. D.

RECIBIDO

HORA. 3:20 PM

FECHA 26 ENE 2016

REFERENCIA : CONTESTACIÓN DEMANDA
PROCESO : ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN : 2014-00465
DEMANDANTE : LUBIN ALBEIRO QUISOBONI ORTIZ
DEMANDADO : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

JUAN DAVID URIBE RESTREPO, domiciliado en la ciudad CALI, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.668.110 expedida en CALI, abogado en ejercicio con tarjeta profesional 204.176 del C.S. de la J, actuando en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, según poder otorgado, el cual acepto y adjunto, mediante el presente documento, procedo a dar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA que ha dado origen al presente proceso, en los siguientes términos:

A LAS PRETENSIONES

A todas y cada una de ellas me opongo a su prosperidad, permitiéndome sustentar la razón para ello mediante los siguientes argumentos:

EN RELACIÓN A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE RECONOCIÓ LA PENSIÓN Y EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE NIEGA LA REVISIÓN DE LA PENSIÓN: ME OPONGO A SU PROSPERIDAD, como quiera que el acto administrativo que le reconoce la pensión vitalicia se ajusta a derecho, la prestación fue reconocida de acuerdo con la ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003 y Decreto 1158 de 1998, según el cual solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base efectuar aportes a salud señalados en el decreto 1158 de 1998.

EN RELACIÓN A LA SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR PARTE DEL DEMANDANTE: ME OPONGO A SU PROSPERIDAD, pues dicha condena sería consecuencia de las declaraciones anteriores las cuales no están llamadas a prosperar, puesto que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho.

Es de agregar que el ordenamiento jurídico no permite la inclusión de los factores solicitados por la demandante, por lo que no proceden los ajustes solicitado.

EN RELACIÓN A LA SOLICITUD DE RE-LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN CON INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES: ME OPONGO A SU PROSPERIDAD, toda vez que al aquí demandante se le reconoció una pensión de acuerdo a la normatividad legal vigente.

EN RELACIÓN AL REAJUSTE DE LOS AUMENTOS ANUALES SOBRE EL MONTO DE LA PENSIÓN: ME OPONGO A SU PROSPERIDAD, toda vez que la pensión se ha venido pagando conforme con la normatividad vigente respecto de los maestros de las instituciones públicas. Asimismo no podrá cobrarse sumas de dinero que no están debidamente sustentadas en un marco legal vigente o por la declaratoria de su nulidad.

EN RELACIÓN A LA SOLICITUD DE CONDENAR A MI REPRESENTADA AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS, INDEXACIÓN, INTERESES COMERCIALES, REAJUSTES, COSTAS Y GASTOS PROCESALES: ME OPONGO A SU PROSPERIDAD, estas condenas serían consecuencia de las declaraciones anteriores solicitadas, las cuales no están llamadas a prosperar y en consecuencia no hay lugar a las mismas.

EN RELACIÓN A QUE SE DE CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 195 NUMERAL 4 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: No habrá ninguna oposición, siempre y cuando mi representada resulte vencida en el presente proceso y se hayan agotado todas las instancias y recursos de ley.

A LOS HECHOS

A TODOS Y CADA UNO DE LOS HECHOS: ESTARÉ A LO PROBADO, Pero vale la pena aclarar que la prestación se reconoció con fundamento en el ordenamiento jurídico aplicable según el cual solo

pueden tenerse en cuenta los factores salariales que sirvieron de base para efectuar aportes a pensión, o sea, únicamente el salario básico y en algunos casos horas extras y sobresueldos.

De manera que, es a todas luces improcedente acceder a las solicitudes hechas, toda vez que, si el docente realizó los aportes para su pensión únicamente teniendo en cuenta su salario básico, es totalmente ilegal que pretenda se le reconozcan para la liquidación de su prestación los demás factores salariales sobre los cuales nunca aportó; y en conclusión, tal conducta, en gracia de discusión, podría ser un enriquecimiento sin causa que beneficiaría al demandante y empobrecería a mi defendida, generándose así un detrimento patrimonial absurdo de la cuenta especial FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

De esta forma se concluye que, el monto de la prestación corresponde al que de acuerdo con el ordenamiento jurídico debe reconocerse, como quiera que la normatividad aplicable no permita la inclusión de los factores salariales que la demandante solicita se le adicionen a la prestación.

Además, cabe recalcar que el ACTO ADMINISTRATIVO Y/O ACTO FICTO mediante el cual el demandante afirma existir el silencio administrativo negativo, no fue emitido por la aquí demandada, sino que lo emitió La Secretaría de Educación del ente territorial, entidad encargada de reconocer la prestación de conformidad con las normas vigentes.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

El actor no tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de otros factores salariales diferentes de la asignación básica y los sobresueldos, ya que su pensión se causó con posterioridad a la fecha de expedición de la Ley 812 de 2003.

El Decreto 2341 de 2003 reglamentó la Ley 812 de 2003 y estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen; éste Decreto a su vez consagra como factores la asignación básica mensual, gastos de representación, las primas técnica, de antigüedad, ascensional y capacitación (cuando sean factor de salario), dominicales y festivos, trabajo suplementario o de horas extras o en horario nocturno, y la bonificación por servicios prestados; de la anterior relación de factores, a los docentes únicamente se aplican la asignación básica y las horas extra.

El Decreto 3752 de 2003 en el artículo 3 establece que 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 esta obligado el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza los aportes el docente.

Teniendo en cuenta la fecha de publicación de la mencionada norma, para el reconocimiento de prestaciones causadas a partir del 23 de diciembre de 2003, los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la liquidación, son la asignación básica mensual sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), el sobresueldo de Directivos Docentes y horas extras si sobre ellas se hicieron las cotizaciones al Fondo del Magisterio.

El Decreto 3752 de 2003 modificó el ingreso base de liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes para pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez pensiones post mortem) sujetándolos a los factores previstos para cotización.

En consecuencia, el Fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a las mencionadas normas, factores diferentes a los previstos para la cotización.

El actor es pensionado por haber cumplido los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, por lo que el Fondo negó la solicitud al considerar que las primas de navidad, vacaciones y alimentación, no son factores salariales computables para la determinación del monto de la pensión, porque estos conceptos no están incluidos en la lista taxativa de factores que conforman el ingreso base de liquidación de aportes.

El actor adquirió el status de pensionado en fecha posterior a la expedición de la Ley 812 de 26 de junio de 2003 y sus Decretos Reglamentarios 3752 y 2341 del mismo año, normas en las que tampoco se incluyen las prestaciones solicitadas como factores base de liquidación de los aportes que sirven para determinar la cuantía de la pensión, por lo tanto no prosperan las pretensiones de la demanda.

La ley 91 de 1989, establece en el parágrafo del artículo 1º que se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad, de igual manera el artículo 2º del

Decreto 3752 de 2003, señala: "Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad". De otra parte el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, indica que 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 cotización sobre la cual realiza aportes del docente. EL párrafo 2° del Artículo 1° de Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 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 equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. La citada norma establece una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales se les continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma, adicionalmente, La ley 33 de 1985, derogó los artículos 27 y 20 del Decreto 3136 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias. (Negrilla fuera de texto)

Nótese que para ser beneficiario de la excepción y en consecuencia quedar sujeto a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, era necesario en esa fecha haber cumplido 15 años de servicio y de otra parte la excepción solo comprendía lo relacionado con la edad de jubilación, de lo cual se desprende que lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido dentro de la excepción. Por lo anterior se indica que no le asiste derecho al demandante en relación con la normatividad que invoca, como quiera que ha sido objeto de varias modificaciones hasta llegar a la Ley 33 de 1985, la cual establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores que hayan servido de base para aportes durante el último año de servicio. Según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando y para el caso de los nacionales, indica que se les aplicará el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional. De acuerdo con lo expuesto debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989 era la Ley 33 de 1985 por lo que se concluye solo pueden tenerse en cuenta los factores sobre los cuales se hayan efectuado aportes a pensión.

El Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sub sección "B" en sentencia del 12 de febrero de 2009, Expediente 15001233100020020116401, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez Páez, en relación con el régimen pensional de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifestó: "Para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, 29 de diciembre de 1989, estaba vigente la Ley 33 de 1985 que establecía en el párrafo 2 del artículo 10 la posibilidad para los trabajadores del orden nacional de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, respecto a la edad de jubilación con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio a la fecha en que entró en vigencia la ley, esto es el 13 de febrero de 1985, fecha en que fue promulgada (...). Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional. Tampoco es cierto que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tengan un régimen especial de pensiones pues la Ley 91 de 1989 sólo se refirió al régimen prestacional que venían disfrutando en cada ente territorial pero en ningún momento estableció requisitos pensionales diferentes a los consagrados en las normas de carácter general vigentes que, en este caso, es la Ley 33 de 1985."

El derecho a la pensión se consolida hasta tanto se han cumplido los requisitos para hacer exigible del derecho, es decir hasta el momento en que de acuerdo con la Ley dicha pensión ha sido causada, por lo cual hasta tanto no se causa la prestación, no se ha consolidado ningún derecho y en consecuencia solo puede hablarse de una mera expectativa. Por lo anterior, es claro que mientras exista la expectativa no hay derecho cierto y por lo tanto el reconocimiento está sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico, pues el reconocimiento debe hacerse con base en la normatividad existente en el momento en que se causa la prestación. Para el caso en estudio, de tenerse en cuenta que el Artículo 81 de la Ley 812 de 2003, señala que el valor total para la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 4° de la Ley 797 de 2003, norma a la que se llega por remisión de la Ley 812 de 2003, señala que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que estos devenguen. Finalmente, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812, establece que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será el establecido en el Decreto 1158 de 1998 y las normas que lo modifiquen o adicionen. El Decreto 1158 de 1998 consagra que el salario mensual base para calcular las cotizaciones

al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados. Conviene indicar que de los factores señalados en el citado decreto, los docentes solo devengan asignación básica y horas extras.

El Artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, en relación con el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, en el cual se indica que las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrán ser diferentes de la base de cotización sobre la cual se realizan aportes al docente. Se indica sobre el particular, que el presupuesto de la norma se refiere a las prestaciones sobre las cuales el derecho a exigir las se consolide luego de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, pero igualmente cabe señalar que este requisito ya estaba contemplado desde la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985, según el cual solo quedan exceptuados de este presupuesto los docentes que a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 contaran con 15 años de servicio. Señala que además debe tenerse en cuenta como base de cotización, los factores consagrados en los artículos 8 y 9 del Decreto 688 de 2002, es decir los sobresueldos de los Supervisores de Educación, Directores de Núcleo de Desarrollo Educativo, Rectores, Vicerrectores, Coordinadores, Directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar vinculados antes del 23 de febrero de 1984, disposición que viene siendo ratificada en los decretos anuales de salario para docentes.

Por lo anterior, se concluye que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo. En aplicación a lo anterior, todas pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión. Con lo anterior, se demuestra que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia vigente no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados por la demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

¿POR QUE VINCULAR AL ENTE TERRITORIAL?

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los gobernadores y alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación, en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente por el Decreto 2831 de 2005.

EXCEPCIONES

EXCEPCIONES PREVIAS

1. **FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA:** El acto administrativo demandado no fue expedido ni provocado por mi representada LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, debe tenerse en cuenta que EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es una cuenta especial de la NACIÓN, sin personería consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que la entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto el acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la secretaria de educación territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda.

EXCEPCIONES DE FONDO

2. **INDEBIDA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA:** Toda vez que lo pretendido es la revisión de una pensión que no fue reconocida por dicho Ministerio.

3. **PRESCRIPCIÓN:** Propongo la Prescripción como medio exceptivo de cualquier derecho reclamado frente a la cual haya operado este fenómeno; pues aun cuando la acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra actos administrativos que hayan reconocido prestaciones periódicas puede intentarse en cualquier tiempo, debe tenerse en cuenta que la prescripción opera frente al derecho de reclamar mesadas no pagadas o reajuste de las mismas por estar sometidas al término de prescripción de tres años consagrado en el Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Sobre el particular el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 23 de abril de 1998, en relación con la prescripción de las mesadas pensionales manifestó que solo era posible reconocerla desde tres años atrás a la fecha en que se solicitó, por cuanto conforme al ordenamiento jurídico, no es válido reconocerle las mesadas anteriores a esa fecha, en razón a la prescripción trienal.
4. **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY:** Propongo esta excepción, con fundamento en que mi poderdante efectuó el reconocimiento de la prestación con base en el ordenamiento jurídico existente y por lo tanto el monto de la prestación se obtuvo teniendo en cuenta los factores autorizados de conformidad con las normas de orden constitucional, legal y reglamentario, en consecuencia no hay lugar al reconocimiento de las prestaciones que allí se exigen. De acuerdo con lo anterior, no le asiste a mi poderdante el reconocimiento o pago de las obligaciones solicitadas y conviene señalar que el derecho a la pensión de jubilación se adquiere al cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicio establecido en la ley y que la misma debe reconocerse de conformidad con los lineamientos legales establecidos, tal como ocurrió en caso que nos ocupa, en consecuencia, la resolución demandada se encuentra ajustada a derecho y no procede la anulación pretendida.

PRUEBAS

OFICIOS:

- Respetuosamente solicito al señor Juez Oficiar al ente territorial para que allegue antecedentes administrativos del aquí demandante teniendo presente que mi representada no los posee de acuerdo a la descentralización de la educación.

NOTIFICACIONES

- Solicito al despacho la remisión de todos los autos y sentencia electrónica al correo electrónico abogadojuandavid@gmail.com

ANEXOS

- Poder para actuar dentro del proceso
- Certificación de no conciliación el cual debe ser tenido en cuenta al momento de la audiencia inicial.
- Certificación expedida por el Ministerio de Educación Nacional donde se informa las razones para no allegar expedientes administrativos al proceso los cuales son ordenados y exigidos por el Código Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo

De manera atenta,


JUAN DAVID URIBE RESTREPO
C.C. 1.130.668.110 de Cali - Valle del Cauca
T.P. 204.176 del C.S. de la J.