



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

Doctor:

GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO

JUEZ ONCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 11001333501120220007000

Demandante: CLARA INES AGUILAR PADILLA

Demandados: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A

LINA LIZETH CEPEDA RODRIGUEZ identificada con cédula de ciudadanía No 1.049.636.173 de Tunja y T.P. 301.153 del C.S. de la J., en mi condición de apoderada sustituta de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A**, conforme el poder a mi otorgado, por el Doctor **RONAL ALEXIS PRADA MANCILLA**, identificado con cedula de ciudadanía No. 80.137.278, en su calidad de Representante Legal de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A**, conforme consta en el certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia; doy respuesta a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL:

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se 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, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de dichas prestaciones, que correspondan al personal afiliado y garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

Los recursos de esta cuenta especial por mandato legal son administrados en fiducia, entre otras por Sociedades Fiduciarias de naturaleza pública, en los siguientes términos:





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

*“(…) Artículo 3. **Créase 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. Para tal efecto, el Gobierno Nacional **suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil**, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determina con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

*Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **atenderá las prestaciones** sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica. (Negrillas fuera del texto original)*

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, cabe reiterar que la Corte Constitucional ha considerado que, (i) se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional, (Fiduciaria La Previsora S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa.

Por lo anterior, la misma normativa que crea el fondo, establece el mecanismo por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello que la norma





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

preestablece que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la misma, el Ministerio de Educación Nacional y la Compañía Fiduprevisora S.A., suscribieron: “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL”, el cual fue protocolizado mediante escritura pública N° 83 del veintiuno (21) de junio de 1990, en la notaria Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial de Bogotá D.C., en el cual La Nación, Ministerio de Educación, fungen como Fideicomitente y la compañía Fiduprevisora como la Fiduciaria; contrato cuyo objeto es: “Constituir una fiducia mercantil sobre los Recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante –EL FONDO-, con el fin de que LA FIDUPREVISORA S.A., los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para EL FONDO, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

El fundamento de la intervención procesal por parte de la FIDUCIARIA, se encuentra en el cumplimiento de sus obligaciones de carácter legal dado los elementos “naturales” del contrato, es así como el código de comercio en su artículo 1234 Numeral cuarto reza:

“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;

4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;

5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;

6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;

7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”(Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es preciso referirnos a la demanda de la referencia así:

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto tanto las declarativas como las de restablecimiento de derecho no están llamadas a prosperar en contra de mi representada, por las razones que se expondrán a lo largo del escrito de contestación, a saber:

DECLARATIVAS

PRIMERA: Me opongo, toda vez que el acto administrativo contenido en la Resolución 9644 del 22 de diciembre de 2021, mediante la cual se negó la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente, para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados, se encuentra debidamente ajustado al ordenamiento jurídico, no existiendo causal suficiente para quebrar la presunción de legalidad que sobre la misma reposa, siendo inviable la declaratoria de nulidad de esta.

SEGUNDA: Me opongo a la solicitud de declaración del derecho del accionante; teniendo en cuenta que no es procedente que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A sea condenada al reconocimiento de una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status de pensionado; teniendo en cuenta que existe sentencia del consejo de Estado que indica que no es procedente SU014 DEL 2019; asimismo me opongo a que el reconocimiento de pensión se otorgue desde el 20 de agosto de 2015, ya que a la fecha el demandante no ha logrado cumplir con la edad y las semanas exigidas para gozar de su pensión de jubilación como pretende.

CONDENATORIAS



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

PRIMERA: Me opongo al reconocimiento y pago de pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y primas percibidas teniendo en cuenta que existe jurisprudencia aplicable que indica que no es procedente.

SEGUNDA: Me opongo debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de la pretensión declarativa, de tal suerte que, al desecharse por improcedente, la pretensión condenatoria deberá correr la misma suerte.

TERCERA: Me opongo a la declaratoria y condena de ajustes de valor, toda vez que, en el presente caso, no se evidencia que faltaren dineros por reconocer, sobre los cuales se debe aplicar corrección monetaria alguna; toda vez que esta es una pretensión subsidiaria y por tal razón debe concurrir con la misma suerte de la primera, esto es denegar tal pretensión.

CUARTA: Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A al reconocimiento y pago de intereses moratorios por las razones que se expondrán.

QUINTA: Me opongo debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de la pretensión declarativa, de tal suerte que, al desecharse por improcedente, la pretensión condenatoria deberá correr la misma suerte.

SEXTA: Me opongo debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de la pretensión declarativa, de tal suerte que, al desecharse por improcedente, la pretensión condenatoria deberá correr la misma suerte.

SEPTIMA: Me opongo, debido a que NO existe fundamento fáctico ni jurídico alguno que habilite al Despacho a emitir condena en costas en contra de mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 de Código General del Proceso ni el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

FRENTE A LOS HECHOS

FRENTE AL HECHO PRIMERO: El hecho en mención **ES CIERTO**, ello si se considera que de conformidad con el material probatorio allegado con el escrito de demanda se puede corroborar tal indicación.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: NO ME CONSTA, por tratarse de un hecho objeto de debate probatorio debe ser demostrado en el transcurso procesal, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

FRENTE AL HECHO TERCERO: NO ME CONSTA, por tratarse de un hecho objeto de debate probatorio debe ser demostrado en el transcurso procesal.

FRENTE AL HECHO CUARTO: NO ME CONSTA, por tratarse de un hecho objeto de debate probatorio debe ser demostrado en el transcurso procesal.

FRENTE AL HECHO QUINTO: La referencia NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO, sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, que valga advertir, carece de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tal indicación..

FRENTE AL HECHO SEXTO: La referencia NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO, sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, que valga advertir, carece de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tal indicación.

FRENTE AL HECHO SEPTIMO: La referencia NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO, sino que constituye una apreciación alusión jurisprudencial.

FRENTE AL HECHO OCTAVO: La referencia NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO, sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, que valga advertir, carece de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tal indicación..

FUNDAMENTOS DE DEFENSA

SOBRE EL RÉGIMEN PRESTACIONAL APLICABLE A LOS EDUCADORES NACIONALES

La ley 100 de 19932 creó el *“sistema de seguridad social integral”* y como parte de él estructuró el “sistema general de pensiones”, pero exceptuando de su aplicación algunos sectores de pensionados, entre ellos “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.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”³. Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales:

“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”.

La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la ley 812, entre ellas, las contenidas en el artículo 81. La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:

- i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular; Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (régimen de transición).
- ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general.

El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, se ocupa expresamente de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003" (resaltado y subrayas fuera del texto).

El Acto legislativo en estudio fue de iniciativa gubernamental contenida en los proyectos radicados en la Cámara de Representantes bajo los números 34 y 127, presentados el 23 de julio y el 19 de agosto de 2004, respectivamente, los que fueron acumulados para su trámite y en su contenido original proponían la eliminación de todos los regímenes especiales y exceptuados, dejando exclusivamente el de la Fuerza Pública y un régimen de transición que terminaría el 31 de diciembre de 2007.

Desde el primer debate en la Comisión Primera Permanente de Cámara, se introdujo el tema de los docentes como parte del 'régimen de transición'; y como un párrafo transitorio fue conservado y ajustado en su texto a lo largo de las dos vueltas requeridas para la aprobación del acto legislativo, remitiendo al artículo 81 de la ley 812 de 2003.

Se tiene pues que el legislador, como constituyente derivado, optó por referirse al régimen pensional de los docentes vinculados al servicio educativo estatal en un párrafo que calificó como 'transitorio' bajo dos supuestos: (i) cuando se pensione el último de los docentes vinculados con antelación a la entrada en vigencia de la citada ley 812 se extinguirá el régimen que para ese momento existía; (ii) los docentes vinculados o que se vinculen a partir del 27 de junio de 2003, quedan sujetos el régimen pensional del sistema general.

El Parágrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al presidente de la República, y lo establecido en los





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.

En esta perspectiva, la transitoriedad del régimen es predicable exclusivamente del grupo de docentes que entraron al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003.

El régimen de los docentes que ingresan al servicio a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003 tiene un elemento de diferenciación o especialidad que es la edad, respecto del régimen general, y así se conserva.

REGLAMENTACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES

La Ley 71 de 1988, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989, que dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni tampoco **«el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege».**

Posteriormente, fue reglamentada por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que derogó la mayor parte de artículos del anterior decreto, relacionados con esta modalidad de pensión de jubilación. Reglamentación que se expidió estando ya en vigencia el sistema de seguridad social integral establecido en la Ley 100 de 1993.

El primer artículo del Decreto 2709 de 1994, señaló:

«Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.»

Con relación al monto de esta prestación, el artículo octavo ibídem, preceptuó:





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

“Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.»

Adicionalmente, es importante mencionar que el artículo sexto del citado decreto que determinó el ingreso base para la liquidación de esta modalidad de pensión fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, en los siguientes términos:

«Artículo 24. Vigencia y derogatorias. Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica los siguientes artículos del Decreto 1748 de 1995: 3º, 9º, 12, 15, 16, 17, 24,

28, 35, 36, 37, 41, 44, 52 y 57 y deroga el numeral 2º del artículo 3º, el artículo 25, el inciso 3º del artículo 29, el literal c) del artículo 36, el inciso 7º del artículo 47, el artículo 51 y el párrafo transitorio del artículo 52 del mismo Decreto 1748 de 1995. Así mismo, modifica el artículo 8º del Decreto 1887 de 1995, y deroga el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 y todas las demás normas que le sean contrarias.».

No obstante, lo anterior dicha derogatoria fue anulada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de mayo de 2014, dictada dentro del proceso 11001-03-25-000- 2011-00620-00 (2427-2011), cuya ponencia correspondió al Dr. Gerardo Arenas Monsalve y en la que se consideró, que desconoció la finalidad del régimen de transición como mecanismo de protección ante el cambio legislativo.

Dentro de los argumentos que se tomaron en cuenta para tomar tal determinación se encuentran los siguientes:

«Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.»

Conforme a lo expuesto, la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación de las **personas beneficiarias del régimen de transición** y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, que dispone:

«Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.»

Así entonces, la norma referida cobró vigencia a partir de la declaratoria de nulidad, y por ende la pensión por aportes estipulada en la Ley 71 de 1988, se deberá liquidar con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, es decir para aquellas personas que tenían una expectativa de pensionarse con anterioridad a la derogatoria del artículo 6 de la ley 71.

Dicha conclusión, resulta acorde con el contenido del principio de inescindibilidad normativa, en virtud del cual, la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad, lo cual evita desnaturalizar el régimen pensional aplicable producto de la transición, y con lo que ha señalado el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo frente a situaciones de personas que no tienen cotizaciones, o cuando estas son apenas de unas pocas semanas o meses en vigencia de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que el IBL de su pensión, es equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, tal como lo señalaban normas anteriores tales como el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 o 73 del Decreto reglamentario 1848 de 1969.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

CASO CONCRETO

Para el caso se advierte que para cuando el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE ANTIOQUIA, en donde se observa que su fecha de vinculación fue 2017.

No obstante lo anterior, el accionante manifiesta que fue vinculado como docente bajo una relación laboral, esto es, indica que laboró a través de Ordenes de prestación de Servicios suscritos con el **DISTRITO DE BOGOTÁ/ SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ**, en ese orden de ideas se tiene que como se ha manifestado en líneas anteriores el Contrato de Prestación de Servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia ante el empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo de que trata el artículo 53 de la Constitución Política.

Sin embargo, por parte del actor no se ha demostrado la ocurrencia o configuración de un contrato realidad, mediante el cual se haya desvirtuado la autonomía e independencia que confluyen en un contrato de prestación de servicios, por lo que, no ha surgido para la administración el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, pues por el caso que nos compete el demandante no ha perseguido dicha pretensión, por lo que no se podrá otorgar prerrogativas de carácter prestacional cuando estas no se encuentran demostradas, además no se le podrá elevar al demandante a la calidad de empleado público, durante el tiempo que desarrollo las actividades a través de órdenes de prestación de servicios, pues en este caso, solo tenía la calidad de contratista, y fue vinculado a través de una relación legal y reglamentaria solo hasta el año 2017. Razones por las cuales no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, y por lo que le solicito al HONORABLE DESPACHO absuelva a la parte demanda.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, los elementos de una relación laboral son los siguientes: **i)** prestación personal del servicio, **ii)** subordinación, y **iii)** contraprestación económica por adelantar la actividad. Cuando en una misma situación concurren dichas circunstancias al trabajador le asiste el derecho de percibir un salario y las prestaciones que establezca la Ley.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

Por su parte, el Contrato de Prestación de Servicios no denota una relación laboral, ya que es un acuerdo entre una entidad pública y el contratista en virtud del cual se desarrollan actividades temporales que no son del giro ordinario del ente y no pueden ser prestadas por su personal de planta. Se caracteriza porque no existe una jerarquía y subordinación entre las partes, y quien desempeña la actividad contratada goza de autonomía e independencia para prestar los servicios pactados.

Ahora bien, el Contrato de Prestación de Servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia ante el empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo de que trata el artículo 53 de la Constitución Política.

Tal posición ha sido adoptada por el Consejo de Estado en los siguientes términos“(…) *De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (…)*”

En otras palabras, si el interesado vinculado bajo la forma de Contrato de Prestación de Servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, lo que el ordenamiento jurídico ha denominado contrato realidad, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).

Ahora bien, de la declaratoria de configuración del contrato realidad no se deriva que el trabajador adquiera la posición de empleado público, ya que para adquirir tal calidad es necesario el cumplimiento de unas exigencias expresamente establecidas en el ordenamiento jurídico.

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho ordenando el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir, dada su inexistencia en la Planta de Personal imposibilitando retrotraer las cosas a su estado anterior, pero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

SOBRE LOS FACTORES SALARIALES Y SENTENCIA DE UNIFICACION SUJ -014 DEL 25 DE ABRIL DE 2019.

En lo que respecta a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, expresa:

“ARTÍCULO 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "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 inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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.

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”.

Posteriormente, la Ley 62 de 1985 dispuso en su inciso segundo del Artículo 1º, que:





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica ascensorial 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. 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. (...)."

Frente a lo señalado por las normas trascritas, la interpretación que se dio a través de la jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 emitida por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado¹, concluyó que la base de liquidación debía incluir todos los factores salariales que emerjan de las prestaciones devengadas por la parte actora.

No obstante, la anterior interpretación fue modificada por medio del reciente pronunciamiento jurisprudencial contenido en la **sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018**², emitida por la Sala Plena de la misma corporación, donde se señala la necesidad de cambiar la jurisprudencia en la medida que, la que se venía aplicando contrariaba el principio de solidaridad en materia de seguridad social, así el Honorable Consejo de Estado, puntualizó:

*"...A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la **sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010**, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; C.P: Victor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09); Actor: Luis Mario Velandia, fecha del 4 de agosto del 2010.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; C.P: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Providencia del 28 de agosto del 2018.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base...”. (Negrilla fuera de texto original).

En idéntico sentido, consideró el Honorable Consejo de Estado³, que el cambio de unificación jurisprudencial, por medio de la cual indica que debe tomarse solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no pone en riesgo la garantía del derecho a la pensión del resto de los habitantes, si no por contrario asegura la viabilidad financiera del sistema; al respecto señaló:

“...102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; C.P: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Providencia del 28 de agosto del 2018.



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema...". (Negrilla fuera del texto original).

La hermenéutica jurídica lleva a concluir que esta afectación financiera de la que habla la aludida sentencia de unificación y los criterios planteados para la fijación de la base de liquidación pensional, son factores que se deben extender al régimen pensional docente, precisamente para salvaguardar la estabilidad de dicho sistema.

Finalmente señalar como fundamento principal de defensa, lo señalado por la contundente jurisprudencia SUJ-014, emitida por la Sección Segunda del Honorable del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés, con respecto al alcance de las reglas establecidas en la sentencia de unificación de agosto de 2018, aplicable al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando lo siguiente:

"(...)La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

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





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

(...)” De igual manera, el mismo antecedente jurisprudencial, indica los factores y reglas a tener en cuenta, cuando se trata de docentes vinculados al servicio, con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, indicando en su parte resolutive:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. (...)”*

Finalmente indicar, que las anteriores reglas y consideraciones establecidas por el máximo órgano judicial de lo contencioso administrativo, rigen y tienen fuerza vinculante de forma





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

concomitante y retrospectiva respecto a la totalidad de conflictos de esta índole que se encuentren ya sea en etapa administrativa y judicial, y por ende no podrían apartarse de lo ya señalado por la presente sentencia:

“(...) Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.(...)”

La misma sentencia le es aplicable a la solicitud de reliquidación pensional para contingencias de invalidez, ya que no existe una norma que disponga lo contrario, y en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establece que la liquidación del IBL pensional se basa en los factores sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes a seguridad social en pensiones. Adicional a lo anterior, por analogía y al tratar la sentencia de IBL pensión docente, nada se dijo diferente a la pensión de jubilación.

Por estas razones, deben denegarse las pretensiones de la demanda para en su lugar declarar probadas los medidos exceptivos que se pasan a exponer.

EXCEPCIONES:

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A**

Opongo la excepción de mérito denominada **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA ENTIDAD QUE REPRESENTO** la cual halla sustento de la siguiente forma:

Desde la Teoría General del Proceso, este medio exceptivo se configura, por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio. Así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron origen a la demanda.



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

En primera medida resulta menester recordar que la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se realizó por medio de la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, en la siguiente forma:

“Artículo 3°.- Créase 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. Para tal efecto, el Gobierno nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente ley y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen.”

De acuerdo con lo anterior, La Nación - Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá.

De lo anterior se colige que la FIDUPREVISORA ACTUA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE COMO COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG., esto, en cumplimiento de las obligaciones contractuales que se desprenden del mencionado contrato, por tal motivo se aclara que los recursos administrados provienen del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde si bien es cierto, se trata de recursos públicos, su disponibilidad depende y se condiciona a las instrucciones del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional.

Por lo anterior, los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG no pueden administrarse al arbitrio propio de Fiduprevisora S.A. toda vez que se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial e incluso en delitos de carácter punible toda vez que para los pagos que deben realizarse debe necesariamente existir previa instrucción del fideicomitente.

De igual manera, establece el artículo 1226 del Código de Comercio que la fiducia mercantil es un negocio en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

De igual forma, es del caso traer a colación el artículo 1233 del Código de Comercio, el cual textualmente prevé:

“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.”

En ese orden de ideas, es claro señalar que la Fiduprevisora S.A. actúa únicamente como administradora del patrimonio autónomo del FOMAG, sin embargo, dicha entidad no debe ser condenada dentro del presente proceso, toda vez que se carece de legitimación por pasiva, entendiéndose que actúa exclusivamente dentro del marco de un contrato de Fiducia.

- **LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**

Los Actos Administrativos emitidos por la entidad, se encuentran ajustados a derecho, por cuanto se profirieron en estricto seguimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna, conforme con la argumentación jurídica que se expone.

Además el pago de las prestaciones solicitadas se encuentran sujetas a turno y disponibilidad presupuestal, según se sustenta en las Sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998, razón por la cual no existió omisión ni violación a derechos en los términos que expone el demandante.

Tales reglas se encuentran claramente señaladas en la sentencia de unificación **SUJ 014 de 25 de abril de 2019**, emitida por la Sección Segunda, del Honorable Consejo de Estado, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, providencia que sienta precedente y línea jurisprudencial, que viste de obligatorio cumplimiento para la resolución de conflictos judiciales y administrativos, en la materia que hoy nos convoca, de conformidad con lo señalado por distintas jurisprudencias de la Corte constitucional.





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

• **DEMANDANTE NO ES BENEFICIARIO DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE SE ALEGAN**

Contrario a lo que indica el profesional del derecho con el escrito de demanda, del material probatorio que se allega, se encuentra plenamente acreditado que la demandante se vinculó como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es para el año **2017**, de tal suerte que para el caso concreto, su régimen pensional corresponde al 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.

Tal criterio fue efectivamente reiterado en Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del veinticinco (25) de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Lo anterior si además se considera que, dicha Corporación además ha considerado a través de su jurisprudencia que:

“Por otra parte, si bien es cierto, que el 20 de marzo de 2013, esta Sala, reconoció a la actora el valor de las prestaciones que correspondían a las labores desarrolladas durante los años 2000 al 2002, al declarar la primacía de la realidad sobre la formalidad por los contratos de prestación de servicio que en tal periodo celebró, no es menos; que la sentencia que decide en tales términos respecto de los contratistas de servicios del Estado, no otorga la condición de servidor público, puesto que el ingreso al servicio oficial es una actividad reglada y solemne, ni reconoce salarios ni prestaciones sociales, y porque además lo reconocido se hizo a título de indemnización.

Además, es pertinente precisar que el fallo también señaló que el tiempo laborado se computaría para efectos pensionales, decisión que debe entenderse exclusivamente para el cumplimiento del requisito de tiempo de servicio alrededor del régimen pensional que le resulte aplicable a la demandante, mas no, para asumir que por ese hecho se declaró la existencia de una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria, que constituye el referente funcional de la actividad docente.

De este modo, una cosa es que el tiempo laborado por prestación de servicios sea tenido en cuenta para efectos pensionales, como quiera que constituye un deber del contratista realizar aportes al sistema de seguridad social, y otra, la condición de empleado público que se obtiene de manera exclusiva con el acto de nombramiento y posterior posesión; a partir de lo cual, pudo constatar la Sala que al momento de



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es el 27 de junio de 2003, la demandante no tenía vínculo vigente como docente, y por ende no podía regirse por la norma anterior, tal como recientemente fue concluido por esta Sala” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Lo anterior supone para el caso concreto que, el accionante dada su vinculación legal y reglamentaria sólo en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable resulta ser el contenido en la Ley 100 de 1993, y no el régimen que se alega a través del medio de control.

Por lo anterior la argumentación que esgrime la parte demandante como concepto de violación que se enrostra al acto demandado, carece de fundamento suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad inherente al mismo, de suerte que las pretensiones de la demanda se encuentran llamadas a ser desechadas por parte del Despacho.

• **FACTORES SALARIALES QUE INTEGRAN EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN – SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 25 DE ABRIL DE 2019 PROFERIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO (ARGUMENTO SUBSIDIARIO)**

Mediante Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-19 del veinticinco (25) de abril de 2019, proferida dentro del radicado No. 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dispuso que:

*“De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

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





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

2. *Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”.*

Para el caso concreto debe precisarse que, de conformidad con la fecha de vinculación de la parte demandante en el año 2017, los factores a tener en cuenta al momento de determinar el Ingreso Base de Liquidación son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Ello siempre que, respecto de los mismos, se hubiesen hecho los respectivos aportes, tal y como se indicó por parte de la máxima corporación de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En suma, debe recordarse que los efectos de la sentencia de unificación son **RETROSPECTIVOS**, tal y como se plasmó:

“En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.

Con todo lo anterior que plenamente soportado que la excepción está llamada a prosperar, y en tal sentido deben desecharse las pretensiones del Medio de Control por improcedentes.

- **INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO**

Solicita el accionante que se declare la nulidad del acto ficto presunto configurado el 29 de julio de 2022, y a título de restablecimiento del derecho se ordene reconocer, liquidar y pagar la pensión con base en el 75% de todos los factores salariales, teniendo como edad 55 años y 1000 semanas cotizadas; sin embargo, no encuentra sustento jurídico tales pretensiones si





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

se tiene en cuenta que para el reconocimiento de la citada prestación debe cumplir con 57 años de edad y haber cotizado 1300 semanas requisitos que se encuentran taxativamente enunciados en la ley, no por nada el legislador, en el régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, 812 y 797 de 2003.

- **COBRO DE LO NO DEBIDO**

En cuanto a los factores salariales para tener en cuenta en la base de liquidación pensional, la Ley 33 de 1985 en su artículo 3 los enlistó, disposición que fue modificada por la Ley 62 de 1985 que en su artículo 1 señaló los siguientes:

- 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.

Este aparte normativo, indica que las pretensiones de los empleados oficiales de cualquier orden se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Así, en el presente caso los factores pretendidos por el accionante, en ningún caso se encuentran enlistados en la Ley 33 y 63 de 1985 para liquidar los aportes al sistema pensional y no pueden ser considerados para la liquidación de la pensión, por lo tanto, el acto administrativo que reconoció el derecho de la demandante se ajustó a derecho.

- **IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS**

Debe precisarse que, conforme dispone el Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

[...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...]” (Negrilla y subrayado fuera de texto original)_

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, y en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad.

El Despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

“En cuanto a las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada”





****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, que desvirtúa la presunción de buena fe.

Ante la falta del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas, la misma no procede, quien ha actuado en el curso del proceso en buena fe conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

EXCEPCIÓN GENÉRICA

Sea lo último indicar al Señor Juez, que con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A., y el artículo 282 del C.G.P. (aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A.), solicito al Despacho que, en caso de encontrarse probada cualquier otra excepción dentro del trámite del medio de control, se reconozca y declare en forma oficiosa.

PETICIONES

Declarar probadas las excepciones propuestas por esta parte, y en consecuencia solicito al Despacho se sirva negar las pretensiones de la demanda de conformidad con la amplia argumentación expuesta a lo largo del escrito de contestación y por ende DESVINCULAR de la presente litis a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A

FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DE DERECHO

Invoco como fundamentos de derecho la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 196 de 1995, Decreto 3752 de 2003, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946 y Ley 244 de 1995 y las demás normas concordantes.

PRUEBAS

Solicito al Despacho se tengan como pruebas las aportadas por la parte demandante con el escrito de demanda.



****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

De oficio:

- Oficiése a la Secretaria de Educación de Bogotá con la finalidad de remitir el expediente administrativo de la docente en donde consta el trámite administrativo realizado.

Lo anterior, por ser la entidad territorial la competente al tener en archivo los expedientes administrativos de los docentes.

ANEXOS

- Poder especial conferido a mi favor.
- Certificado de Superintendencia Financiera

NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y t_lcepeda@fiduprevisora.com.co

Del señor(a) Juez,

LINA LIZETH CEPEDA RODRIGUEZ

C.C. 1.049.636.173 de Tunja.

T.P 301.153 de C. S. J.

