

20211181317241

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181317241**
Fecha: **10-06-2021**

Señor Juez

Juzgado 011 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

E. S. D.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 11001333501120210006100

Demandante: ANA IMELDA GUZMAN DE RUBIO

Demandados: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SOLANGI DIAZ FRANCO identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma actuando calidad de apoderada del **Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A.**, conforme al poder a mi sustituido por el Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos, apoderado General de las entidades en virtud de las Escrituras Públicas No. 522 de 28 de marzo de 2019 y 062 de 31 de enero de 2019, por medio de la presente me permito presentar la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** del proceso de la referencia en los siguientes términos:

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena contenidas en el libelo de la demanda, toda vez que los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales de la parte actora se ajustan a la ley.

FRENTE A LOS HECHOS

1. Es cierto, conforme el acto administrativo de reconocimiento pensional aportado por la demandante.
2. Es cierto, según el extracto de pagos emitido por la Fiduprevisora, sin embargo, vale la pena resaltar que dichos descuentos se encuentran ajustados a derecho como más adelante se explicará.
3. Es cierto, conforme con la prueba documental aportada por la demandante
4. Es cierto, conforme con la prueba documental ~~aportada por la demandante~~



5. Es cierto, conforme con la prueba documental aportada por la demandante.
6. Es cierto, conforme con la prueba documental aportada por la demandante.

I. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Es fundamental precisar que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo en su artículo 3.º lo siguiente:

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. 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.

En este orden de ideas, dentro del mismo compendio normativo, se manifestó quienes son vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio «FOMAG»

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 20, 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. (Negritas y subrayado fuera del texto)

Descendiendo al tema que nos ocupa, la Ley 4ª de 1996 y posteriormente el decreto 3135 de 1968 en su artículo 37, determinaron la obligación de cotizar un 5% de la mesada

pensional con destino a la caja Nacional de Previsión social, en el fin de financiar los servicios de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Seguidamente, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, desarrolló la prestación asistencial, traducida ésta en servicios médicos y asistenciales, indicando que el descuento debía realizarse sobre cada mesada pensional, en proporción del 5% a descontar por dicho concepto.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993 el monto de la cotización aludida, se incrementó en un 12%, el cual se ratificó con la Ley 1250 de 2008, que fijó el mismo porcentaje sobre la mesada pensional percibida

Ahora bien, frente a las mesadas adicionales, conviene precisar que estas solo fueron reguladas a partir de la Ley 4ª de 1976, estipulándose inicialmente solo la mesada del mes de diciembre. En relación con la de junio, esta fue consagrada hasta la expedición la Ley 100 de 1993.

Frente a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que la Ley 91 de 1989 en su artículo 8.º estableció que, la gestión y pago de las pensiones, así como el procedimiento y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes, estaría a cargo de FOMAG, al respecto se señaló:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

[...]

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

[...]”

Así pues, es claro que, por autoridad de la citada ley es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada, incluyendo las mesadas adicionales cualquiera que sea su naturaleza.

Ulteriormente, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 previó que, el régimen de cotización de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003:

“[...]

El valor total de la tasa de cotización para 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.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

[...]”

Aunado a lo anterior, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que reza:

Monto y distribución de las Cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la



20211181317241

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181317241**
Fecha: **10-06-2021**

cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el Plan de Salud Obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207 y la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación de que habla el artículo 222.

Parágrafo 1°. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley.”

De igual manera, es importante resaltar el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso:

“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”.

Visto lo anterior, se entiende que el porcentaje indicado en virtud de lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, sería el que determinarían las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, en un 12%, proporción que finalmente, fue confirmada por la Ley 1250 de 2008, para todos los pensionados sin distinción de ningún tipo.

De esta manera lo concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil que, en el caso específico de los docentes con pensión reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando determinó que la viabilidad o no de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales reconocidas a dicho personal, dependía de la fecha de vinculación al sector educativo.



Así, la Alta Corporación concluyó que¹ i) para los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, que se encontraran devengando pensiones por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento de la cotización del 5% para salud debía realizarse sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales; mientras que para ii) los educadores que ingresaron al ramo docente a partir del 27 de junio de 2003, las cotizaciones del 12% para salud procedería sobre cada mesada pensional, salvo las adicionales de junio y diciembre, de acuerdo con el derecho que tuviera el docente a devengar una u otra mesada.

De acuerdo con lo expuesto, los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales adicionales para financiar los servicios de salud de los docentes pensionados por FOMAG, que se vincularon al sector oficial educativo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, han venido siendo aplicados correctamente, pues hasta la expedición de dicha norma se estipuló la exclusión de los descuentos de salud en las mesadas pensionales adicionales. Por tal motivo, y tal como lo afirmó el Consejo de Estado en el concepto citado, las disposiciones del régimen pensional especial y del sistema general de seguridad social en pensiones, no se pueden aplicar indiscriminadamente según favorezca los intereses del pensionado, atendiendo a la inescindibilidad de la norma.

A su vez, esta postura se encuentra respaldada en un pronunciamiento proferido recientemente por el consejo de estado en sede de tutela, al concluir que a pesar que la Ley 812 de 2003 regule el monto de las cotizaciones a salud de quienes devengan pensión por cuenta del FOMAG, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas, tanto ordinarias como adicionales.

Caso en concreto

Aterrizando al caso en concreto, teniendo en cuenta que la accionante se vinculó como docente antes la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se puede colegir que de acuerdo a la pauta interpretativa fijada por la Sala de consulta y servicio Civil el Consejo de Estado, los descuentos efectuados sobre su mesada adicional de diciembre se encuentran ajustados a derecho.

Así la cosas y si bien el monto para calcular su cotización se encuentra fijado en la Ley 812 ibídem, es la Ley 91 de 1989 la que regula el régimen pensional aplicable a su caso, y en ella se autoriza el descuento de un 5% sobre cada mesada adicional pensional devengada

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1988 del 11 de marzo de 2010. C.P. William Zambrano Cetina



20211181317241

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181317241**
Fecha: **10-06-2021**

por la beneficiaria, incluyendo las adicionales, con el fin de financiar la prestación de los servicios de salud

II. . EXCEPCIONES

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO

No existe obligación de pagar los dineros descontados en salud, como quiera que según la evolución normativa evidenciada dentro de la parte considerativa de la contestación de la demanda, se denota que los descuentos efectuados sobre la mesada adicional de diciembre de la parte actora se encuentra ajustado a derecho y al principio de solidaridad aplicable en esta materia.

EXCEPCIÓN GENÉRICA.

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

III. PETICIONES

Se nieguen las pretensiones de la demanda toda vez que los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre se encuentran ajustados a la normativa vigente y a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

IV. ANEXOS

1. Copia de la escritura pública 522 del 28 de marzo de 2019, de la notaria treinta y cuatro (34) del circuito notarial de Bogotá, suscrita por el doctor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**, que en su facultad de jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad aquí demandada, de



20211181317241

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181317241**
Fecha: **10-06-2021**

conformidad a Resolución 002029 del 4 de marzo de 2019, otorga poder general al Dr.
LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS.

2. Poder de sustitución.

V. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y a los correos electrónicos t_sdiaz@fiduprevisora.com.co, notjudicial@fiduprevisora.com.co y notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

Del señor(a) Juez,



SOLANGI DIAZ FRANCO

C.C. 1016081164

T.P 321.078 del C.S de la J.