



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **2021181103251**
Fecha: **18-05-2021**

Señores.

JUZGADO ONCE (11) ADMINISTRATIVO DE LA ORALIDAD CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SECCIÓN SEGUNDA.

E. S. D.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado: 11001333501120200036800

Demandante: CONSUELO TORRES RODRIGUEZ

Demandados: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG - FIDUPREVISORA

JUAN CAMILO OTÁLORA ALDANA, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.022.407.069 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional No. 308.581 del Consejo Superior de la Judicatura actuando calidad de apoderado del Ministerio de Educación Nacional, -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria la PREVISORA S.A., en concordancia a sustitución del poder dada por el doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, de conformidad a las atribuciones otorgadas por medio de escritura pública 522 del 28 de marzo de 2019, de la notaria treinta y cuatro (34) del circulo de Bogotá, D.C., dadas por el doctor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA** en su facultad de jefe de oficina Asesora Jurídica de la entidad aquí demandada, de conformidad a la resolución 002029 del 04 de Marzo de 2019 que reposa como anexo de la escritura anteriormente referenciada. Así mismo se acredita el derecho de postulación para ejercer la defensa de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de acuerdo al poder de sustitución otorgado por el doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, de conformidad a las atribuciones otorgadas mediante la escritura pública 062 del 27 de diciembre de 2018, de la notaria 28 del circulo de Bogotá, el doctor Carlos Alberto Cristancho Freile obrando en calidad de representante legal de Fiduprevisora S.A por medio de la presente me permito presentar CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA para ambas entidades de la siguiente manera dentro del proceso de la referencia:

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES

DECLARACIONES Y CONDENAS

Primera: ME OPONGO, pues si bien la administración realiza respuesta a la solicitud de manera directa, la voluntad de esta última, se encuentra amparada dentro del marco legal que cobija nuestro ordenamiento jurídico.

Segunda: ME OPONGO, pues si bien la administración realiza respuesta a la solicitud de manera directa, la voluntad de esta última, se encuentra amparada dentro del marco legal que cobija nuestro ordenamiento jurídico.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181103251**
Fecha: **18-05-2021**

Tercera: ME OPONGO, toda vez que si bien la administración no emitió pronunciamiento, la voluntad de esta última se encuentra ajustada a las pautas interpretativas que consagra el artículo 8 numeral 5 de la ley 91 de 1989.

Cuarta: ME OPONGO, como quiera que las decisiones de la administración se encuentran ajustadas a derecho, como más adelante se expondrá. En este sentido no es procedente el restablecimiento del derecho.

Quinta: ME OPONGO, de modo que la legislación es clara al afirmar que se la condena en costas solo procede cuando la oposición a las pretensiones de la demanda es temeraria o cuando la conducta procesal de la parte vencida es reprochable, y como esto no sucede en el presente caso, no se puede producir condena en costas a la entidad demandada.

II. FRENTE A LOS HECHOS

Al hecho primero: Es cierto, como lo evidencia la cedula de ciudadanía y la Resolución 1247 del 26 de febrero de 2013, por medio de la cual se le reconoció su pensión de invalidez.

Al hecho segundo: No Es cierto, la fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del FOMAG, actúa conforme a derecho, toda vez que el artículo 8 No. 5 de la ley 91 de 1989, prevé la realización de los descuentos a las mesadas adicionales que perciben los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al hecho tercero: Me atengo a lo que se pruebe, dentro del plenario probatorio.

Al hecho cuarto: Me atengo a lo que se pruebe, dentro del plenario probatorio.

Al hecho quinto: Me atengo a lo que se pruebe, dentro del plenario probatorio.

Al hecho sexto: Me atengo a lo que se pruebe, dentro del plenario probatorio.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **2021181103251**
Fecha: **18-05-2021**

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

VIABILIDAD DE LOS DESCUENTOS EFECTUADOS SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES.

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.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181103251**
Fecha: **18-05-2021**

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 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.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181103251**
Fecha: **18-05-2021**

Parágrafo 1º. 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 distingo 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

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



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181103251**
Fecha: **18-05-2021**

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

PETICIONES

Respetuosamente solicito:

1. Solicito se nieguen las pretensiones de la demanda en cuanto a los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues se encuentran ajustados a la normativa vigente y a la jurisprudencia del Consejo de Estado.



Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20211181103251**
Fecha: **18-05-2021**

NOTIFICACIONES.

La entidad demandada recibirá 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.jotalora@fiduprevisora.com.co

Del señor Juez,



JUAN CAMILO OTÁLORA ALDANA
C.C. No. 1.022.407.069 de Bogotá D.C.
T.P. No. 308.581 del C. S. de la J