

Señor (a)

JUEZ DIEZ Y SEIS (16) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE JUDICIAL DE BOGOTA

E.

2017 NOV 28 PM 4 07

D.

CORRESPONDENCIA

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Proceso: 2015- 0761

Demandante: CECILIA PINILLA RODRIGUEZ

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

ASUNTO: CONTESTACION DE DEMANDA

SONIA MILENA HERRERA MELO mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 161.163 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 161.163 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO según poder otorgado, que acepto y adjunto, con todo respeto y por medio del presente escrito, comedidamente me permito solicitar a su Despacho, se sirva reconocerme la correspondiente personería.

Igualmente, en ejercicio del mencionado mandato, procedo a dar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, que ha dado origen a este proceso, formulada por la señora CECILIA PINILLA RODRIGUEZ

A LAS PRETENSIONES

Con relación a las pretensiones, declaraciones solicitadas por la parte demandante, me opongo a todas y cada una de ellas.

A las condenas: Me opongo a su prosperidad, pues estas condenas serian consecuencia de las declaraciones anteriores solicitadas por la demandante, las cuales de acuerdo con lo expuesto no están llamadas a prosperar.

A LOS HECHOS:

Primero: Son ciertos, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso.

Segundo: Son ciertos, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso.

Tercero: Son ciertos, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso.

Cuarto: Son ciertos, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso.

Quinto: Son ciertos, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso.

Sexto: No me consta

Septimo: No me consta

Octavo: Son ciertos, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso.

Noveno: No me consta

EXCEPCIONES

1. FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA

Invoco esta excepción, en razón a que NO es la entidad que apodero, la llamada a responder por los descuentos del doce por ciento (12%) por salud en las mesadas adicionales, los cuales son objeto de esta demanda, puesto que mi representada no fue la encargada de proferir la misma.

Esta excepción se encuentra configurada y probada, como quiera que quien realiza los proyectos de resolución, de reconocimiento o negación de prestaciones, NO es el **Ministerio de Educación Nacional** sino la **Secretaría de Educación** de la entidad territorial correspondiente y quien realiza los citados descuentos es la entidad administradora del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** que, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 (Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), es una "...Cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica...", esto es, la **Fiduciaria La Previsora S.A.**

Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y la resolución N° 3080 del 25 de julio de 2005, que en desarrollo de lo establecido en el artículo 211 de la Constitución Política y el artículo 9° de la Ley 489 de 1998, delegaron en el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá, diversas funciones que serán reseñadas más adelante y de las cuales se desprende que no existe responsabilidad alguna en cabeza del **Ministerio de Educación Nacional**, y con fundamento también en el contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública N° 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del Circulo de Bogotá, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la **Nación - Ministerio de Educación Nacional**.

2. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY

Propongo esta excepción, con fundamento en que mi poderdante no es quien realiza los descuentos del 12% sobre las mesadas pensionales objeto de demanda y, en todo caso, estos se efectuaron con base en la normatividad vigente y aplicable para los docentes afiliados al Fomag, es decir, la ley 91 de 1989 artículo 8 numeral 5, la cual ordena hacer los descuentos sobre todas las mesadas pensionales incluyendo las adicionales.

Por ello la obligación que se exige en la demanda no tiene fundamento legal y, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de las obligaciones que allí se exigen.

De lo anterior se deriva que de acuerdo con la ley no le es atribuible a mi poderdante el reconocimiento, suspensión y reintegro de las obligaciones solicitadas y de las que de allí se deriven.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

I.LEGALIDAD DE LOS DESCUENTOS

En relación con los descuentos a salud sobre los cuales la demandante está solicitando el reintegro debemos señalar que tales descuentos se han efectuado de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La citada norma consagra el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales. Sobre el particular se indica que cuando la norma señala mesadas adicionales, está refiriendo a las mesadas de junio y diciembre, las cuales constituyen aportes del pensionado a favor del fondo los cuales hacen parte integral de los recursos del mismo. De otra parte, el artículo 81 de la ley 812 de 2003 establece que la tasa de cotización para

los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la señalada en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que establecen que el aporte del pensionado es el 12% sobre el valor de la mesada, indicando que la Corte Constitucional se pronunció sobre esta norma mediante sentencia C-369 declarándola exequible. Nótese que la Ley 812 de 2003 regula únicamente lo concerniente a la tasa de cotización y no regula lo referente a las mesadas sobre las cuales debe aplicarse, por lo tanto debe entenderse que la Ley 812 de 2003 modifica la Ley 91 de 1989 únicamente en lo que se refiere a la tasa de cotización, en consecuencia para efectos de establecer el número de mesadas se debe continuar aplicando lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales también encuentran fundamento jurídico en los señalamientos de la H. Corte Constitucional en fallo del 27 de abril de 2004 cuando con ponencia del H. Magistrado Eduardo Montealegre Lynne quedó clara la obligatoriedad del descuento sobre el pago de cada mesada generada, de conformidad con la ley 100 de 1993 y el Decreto 797 de 2003.

Con lo anterior, se demuestra que los descuentos aplicados sobre los cuales el demandante solicita el reintegro se han efectuado de conformidad con la Ley vigente aplicable y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad del acto demandado, ni al eventual reintegro de los descuentos realizados.

Finalmente, consideramos que las pretensiones de la demanda no deben prosperar pues no es posible acceder a la petición de suspensión de descuentos en relación con las mesadas adicionales de junio y diciembre dado que entre los pilares constitucionales que sustentan la materia pensional se encuentra el principio de solidaridad que deben observar quienes tienen la capacidad contributiva, para con los que carecen de ella y procurar, a partir de allí la cobertura universal en este importante derecho a la Seguridad Social.

En efecto los descuentos efectuados a las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre, son un deber constitucional y legal que, garantizan en primer lugar la prestación del servicio público de la salud de manera universal y en segundo lugar aseguran la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, razón más que suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

I. DE LA DELEGACIÓN

En efecto, el artículo 211 de la Constitución Política señala lo siguiente:

*“...La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. **La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario...**”* (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 9º de la Ley 489 de 1998 determinó que:

“...Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a

los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley...

I. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

• De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 5012 del veintiocho (28) de diciembre del año dos mil nueve (2009), por el cual se modifica la estructura de personal del **Ministerio de Educación Nacional** y se dictan otras disposiciones y por el Decreto 5013 del veintinueve (29) de diciembre del año dos mil nueve (2009), por el cual se modifica la planta del Ministerio de Educación Nacional y se determinan las funciones de sus dependencias, en virtud de tales competencias, por disposición constitucional y legal, el **Ministerio de Educación Nacional** es el encargado de generar la política sectorial y la reglamentación pertinente para la organización de las diferentes modalidades de prestación del servicio público educativo, con el fin de orientar la Educación en los niveles de Preescolar, Básica, Media y Superior, Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano. Así mismo, el **Ministerio de Educación Nacional** es la entidad encargada de definir la metodología, distribuir, girar y hacer seguimiento a los recursos que provienen del Sistema General de Participaciones (Ley 30 de 1992 y Ley 21 de 1982) y la ampliación de cobertura para ser asignados a las Entidades Territoriales e Instituciones de Educación Superior Públicas.

• El **Ministerio de Educación Nacional** forma parte integral de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional en virtud del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

• Dada la descentralización del sector educativo, en virtud de la Ley 60 de 1993, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador de los docentes, facultad que fue trasladada a los Departamentos y, en la actualidad por la Ley 715 de 2001, a los Municipios.

• Conforme a lo establecido por la Ley 715 de 2001, la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales, corresponde a los Gobernadores y Alcaldes de los Departamentos, Distritos y Municipios certificados.

I. FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FPSM)**, fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia contable y financiera, que funciona a través de un Consejo Directivo, órgano que determina las políticas de administración y dirección del Fondo, establece las prioridades de atención de las prestaciones a través de acuerdos y asigna los recursos para el pago de las prestaciones sociales y funciona de la siguiente manera:

• **Dirección:** Lo dirige un Consejo Directivo, conformado conforme lo dispone la Ley de creación; órgano que determina las políticas de administración y dirección del Fondo, determina las prioridades de atención de las prestaciones a través de acuerdos y asigna los recursos para el pago de las mismas.

El **Ministerio de Educación Nacional** es quien preside el Consejo Directivo y como tal fue autorizado por el Gobierno Nacional, en su momento, para suscribir un contrato de fiducia para la administración de los recursos destinados al pago de prestaciones sociales, el cual se suscribió con la **Fiduciaria La Previsora S.A.**, la que en cumplimiento de las obligaciones adquiridas debe impartir un visto bueno previo al reconocimiento de todas las prestaciones económicas y realizar el pago de las mismas una vez reconocidas.

• **Funcionamiento:** En virtud de la descentralización del sector educativo ordenado por la Ley 60 de 1993, en cada Secretaría de Educación Departamental

funciona una dependencia encargada de todos los trámites del Fondo de Prestaciones a nivel territorial y está encargada de la prestación de servicios económicos y médico-asistenciales de los docentes afiliados a éste y de sus familiares y beneficiarios.

La Fiduciaria La Previsora S.A., es la encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, en virtud de las obligaciones previstas en el contrato de Fiducia, de acuerdo a lo dispuesto Escritura Pública N° 0083 del veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa (1990).

En virtud de tales competencias y de las disposiciones del Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Por lo anterior, son las entidades territoriales certificadas quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así mismo quienes elaboran y remiten el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, a la Fiduciaria La Previsora quien es la encargada del manejo y administración de recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, a efectos de que esta previo visto bueno efectúe el respectivo pago, en virtud de lo dispuesto en el contrato de Fiducia La Previsora S.A, como consta en Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990, sin que la Nación- Ministerio de Educación Nacional tenga injerencia alguna en este procedimiento.

I.DESCENTRALIZACIÓN DEL SECTOR EDUCATIVO

- En virtud del proceso de descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993, el Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos y Distritos y, en la actualidad por la Ley 715 de 2001, a los Municipios.

- Son las entidades territoriales certificadas, los nominadores de los docentes y directivos docentes y quienes en consecuencia efectúan el reconocimiento de los emolumentos originados en la relación laboral y por ende las prestaciones sociales que sean procedentes.

- El trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2831 de 2005, será efectuada a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

- De conformidad con la normatividad vigente, son las entidades territoriales certificadas quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así mismo, quienes elaboran y remiten el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, a la Fiduciaria La Previsora S.A. quien es la encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, a efectos de que esta previo visto bueno efectúe el respectivo pago, en virtud de lo dispuesto en el contrato de Fiducia mercantil suscrito entre la Nación- Ministerio de Educación y la Fiduciaria La Previsora S.A, como consta en Escritura Publica No. 0083 del 21 de junio de 1990, sin que la Nación- Ministerio de Educación Nacional tenga injerencia alguna en este procedimiento.

COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES CERTIFICADAS

En consideración de lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, la administración del servicio educativo, ya no sería la nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir, que tanto los Municipios como Departamentos certificados recibirán directamente todos los recursos de la participación para educación y tendrían la total responsabilidad de la administración del recurso humano. De igual manera lo podrán hacer aquellos Municipios, que aun siendo menores de 100.000 habitantes, demuestren capacidad de manejar autónomamente su educación.

A efectos de hacer una presentación más clara de las competencias de las distintas entidades territoriales, en lo relativo al sector educativo, se indica:

• **Distritos y municipios certificados y departamentos frente a los municipios no certificados**

Tanto a los Departamentos, como a los Distritos y Municipios certificados, la Ley les otorga las siguientes funciones:

- ☐ Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad.
- ☐ Administrar y distribuir entre los municipios de su jurisdicción, los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado. Administrar, de acuerdo con lo establecido en la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación) las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de acuerdo con la Ley.
- ☐ Mantener la cobertura actual y propender por su ampliación.
- ☐ Evaluar el desempeño de rectores, directores y docentes directivos, de acuerdo con las normas vigentes.
- ☐ Ejercer la inspección, vigilancia y supervisión de la educación en su jurisdicción.
- ☐ Promover la aplicación y ejecución de planes de mejoramiento de la calidad.
- ☐ Vigilar la aplicación de la regulación nacional sobre las tarifas de matrículas, pensiones, derechos académicos y los otros cobros en los establecimientos educativos.

A los Departamentos les corresponde, además, prestar asistencia técnica educativa, financiera y administrativa a los Municipios no certificados, así como administrar y responder por el funcionamiento, oportunidad y calidad de la información educativa departamental y suministrar la información a la Nación en las condiciones que se requieran.

Son otras de las funciones departamentales, apoyar técnica y administrativamente a los Municipios para que se certifiquen en los términos previstos en la presente Ley y certificar a los que cumplen los requisitos para asumir la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones. Ahora bien, si el Municipio no cumple los requisitos para ser certificado y el Departamento no lo certifica, podrá solicitarla a la Nación.

• **Municipios no certificados**

Es de destacar que la Ley permite la delegación de la administración del servicio educativo a los Municipios menores de 100.000 habitantes por parte de los Departamentos. Así, la administración de personal, exceptuando la nominación, podrá ser manejada por los Municipios.

A los Municipios no certificados se les asignaron las siguientes funciones:

- ☐ Administrar y distribuir los recursos los recursos del Sistema General de Participaciones que se les asignen para el mantenimiento y mejoramiento de la calidad.

- ☐ Trasladar plazas y docentes entre sus instituciones educativas, mediante acto administrativo debidamente motivado.
- ☐ Suministrar la información al departamento y a la Nación con la calidad y en la oportunidad que señale el reglamento.

Por último, a los Municipios no certificados, la Ley les permite participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación. Estos les serán girados directamente y no por intermedio de su Departamento, el cual puede delegar todo excepto la nominación.

● ☐ **Gastos Permitidos con el Sistema General de Participaciones (SGP)**

Los Departamentos podrán pagar docentes y personal administrativo a cargo del Sistema General de Participaciones –SGP-. También podrán pagar docentes, personal administrativo de los planteles educativos y directivos docentes, a cargo de recursos propios del Departamento. Los Municipios certificados pagaran docentes y administrativos a cargo del SGP. Igualmente, estas entidades territoriales podrán pagar docentes, personal administrativo y directivos docentes municipales, con cargo a los recursos propios del Municipio. Los Municipios certificados también podrán financiar gastos en educación con las participaciones de los Ingresos Corrientes de la Nación.

Por último, los Municipios no certificados podrán realizar gastos en educación con las participaciones de los Ingresos Corrientes de la Nación y efectuar el pago de sus docentes y personal administrativo de los planteles educativos, así como de los directivos docentes municipales, a cargo de los recursos propios del Municipio.

I. NORMATIVIDAD APLICABLE EN MATERIA DE COMPETENCIA Y TRAMITE DE PRESTACIONES SOCIALES DE DOCENTES AFILIADOS AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

- ☐ Ley 962 de 2005.
- ☐ Decreto 2831 de 2005.

I. TRÁMITE PARA EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

El Decreto 2831 de 2005, establece el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

*“...**Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces...**”* (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

Para tal efecto, la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

1. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

1. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

1. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

1. Remítir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

No obstante lo anterior, los mencionados descuentos se encuentran establecidos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y la Ley 91 de 1989 (Artículo 5°, numeral 8°), lo cual implica que los mismos se hacen con fundamento legal y no obedecen a error o mera liberalidad de la fiduciaria.

En efecto, el artículo mencionado señala lo siguiente:

"...Artículo 5°: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está constituido por los siguientes recursos:

(...)

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

Dentro de las mesadas a que se refiere la norma en cita se encuentran, como se ha consignado, las mesadas ordinarias y las de junio y diciembre, las cuales son denominadas "adicionales", y por ende todas constituyen aportes del pensionado a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y hacen parte integral de sus recursos, los cuales ayudan a financiar el sistema integral de salud del Régimen de excepción a que pertenece el referido fondo que, como se conoce, es mucho más amplio que el sistema general.

Posteriormente, a través de la Ley 812 de 2003, artículo 81, se dispuso que:

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

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, consideró lo siguiente:

"...En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es

del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían de cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...”

De conformidad con lo reseñado se tiene entonces que la cotización en salud que deben realizar los pensionados afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, corresponde a la establecida en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, lo cual también encuentra fundamento jurídico en los señalamientos de la Honorable Corte Constitucional en el fallo de veintisiete (27) de abril del año dos mil cuatro (2004), cuando con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, quedó clara la obligatoriedad del descuento sobre el pago de cada mesada generada, de conformidad con la normatividad citada.

Adicional a lo anterior, en el artículo 10º de la Ley 112 del 9 de enero de 2007 y en la Circular N° 101 del doce (12) de enero del año dos mil siete (2007), emitida por el **Ministerio de Protección Social**, incrementó el régimen contributivo de salud al doce punto cinco por ciento (12.5%).

Con fundamento en lo expuesto, al señor Juez respetuosamente, solicito se declaren probadas las excepciones propuestas, en especial la de **FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA** y demás invocadas en esta contestación o, en subsidio de lo anterior, se **DENIEGUE** la pretensión de Nulidad de reintegro de los descuentos efectuados en salud, toda vez que respecto de esto no existe responsabilidad a cargo del Ministerio de Educación y, en todo caso, éstos se efectuaron conforme a la Ley.

EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE LA MESADA CATORCE:

Precisamente sobre este tema ya se pronunció La Sala de Consulta del Consejo de Estado, bajo el radicado 1857 del 22 de noviembre de 2007, y como consejero ponente el magistrado ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO, se refirió a la causación de la mesada adicional del mes de junio en el régimen pensional de los docentes estatales en los siguientes términos:

“(...) Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto Legislativo 01 del 2005, no tienen derecho a la mesada adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho de pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según establece el parágrafo 6 del Art. 1 del acto legislativo en mención.”

La ley 100 de 1993, 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.

Con la expedición de la ley 238 de 1995 se buscó como propósito principal, el de permitir que la mesada adicional creada en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, se reconociera a los docentes pensionados y a otros pensionados de los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones, pero sin modificar esos regímenes.

La ley 812 del 2003, por medio de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario, establece en 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.”

Además de lo anteriormente citado, debe establecerse también que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina también, partiendo de la fecha de vinculación de cada docente al servicio educativo estatal, de la siguiente manera:

a) Si la vinculación es anterior al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 del 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y las demás normas vigentes a la fecha en mención, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicable del docente en particular;

b) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio del 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 del 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador expresamente cuando ha creado e introducido modificaciones al régimen pensional general. Del mismo modo lo trata el Acto Legislativo No. 01 del 2005

Ahora bien, en lo referente al tema en cuestión y a lo relacionado con la mesada adicional que se estableció en la ley 100 de 1992, el artículo 142 de la citada norma consagra lo siguiente:

“Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

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

Es así como se entiende que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la

sentencia C-080-9925, se lee:

"... 7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Es así como la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio. Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

-Supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200428, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite. Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

La propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa

antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios. Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Es así entonces como los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

PRUEBAS

Solicito tener como pruebas las siguientes:

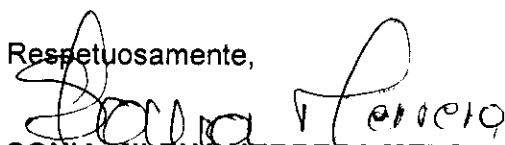
DOCUMENTALES

- Las allegadas en el proceso.

NOTIFICACIONES

Mi representada, las recibirá en la Secretaría de su Despacho o en la Carrera 19 No.84-30 Oficina 301 en la ciudad de Bogotá. Correo electrónico: gerencia@aintegrales.co

Respetuosamente,



SONIA MILENA HERRERA MELO
C.C. 52.361.477 DE BOGOTÁ
T.P. NO 161.163 del C. S. de la Judicatura