

**\*20211180432161\***

Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20211180432161**  
Fecha: **26-02-2021**

Doctora:  
**ROSSE MAIRE MESA CEPEDA**  
**JUEZ (21) VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**  
E. S. D.

---

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**Medio de Control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335021-2020-00050-00  
**Demandante:** HECTOR AUGUSTO HERNANDEZ VELASQUEZ  
**Demandados:** LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

---

**ÁNGELA VIVIANA MOLINA MURILLO** 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 allegar la CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA del proceso de la referencia en los siguientes términos:

**FRENTE A LAS PRETENSIONES**

**Declaraciones y de condena:**

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que las mismas no encuentran fundamento factico ni jurídico, puesto que los actos administrativos acusados fueron proferidos en derecho.

**FRENTE A LOS HECHOS**

1. Es cierto, conforme a la documental aportada en la demanda.
2. Es cierto, conforme a la documental aportada en la demanda.
3. No me consta, Me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.
4. No me consta, Me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.
5. No es un hecho, es una afirmación frente al litigio que se debate dentro del presente proceso.
6. Es cierto, conforme a la documental aportada en la demanda.



\*20211180432161\*

Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20211180432161**  
Fecha: **26-02-2021**

7. No me consta, Me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

#### EXCEPCIONES:

● **FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE LA FIDUPREVISORA S.A.**

La creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la idea de solucionar los frecuentes problemas relacionados con el pago de las prestaciones sociales de los maestros, la ley 91 del 29 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Su creación se hizo en la siguiente forma:

*“Artículo 3º.- 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 VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG. Igualmente, es de suma importancia indicar al Despacho que FIDUPREVISORA S.A. en virtud del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la escritura pública número 0083 de 21 de junio de 1990 actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO 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, que si bien es cierto, son recursos públicos su disponibilidad depende y se condicionan 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



\*20211180432161\*

Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20211180432161**  
Fecha: **26-02-2021**

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 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.

Debemos advertir que de conformidad con lo previsto en el Código Civil, la transferencia de la propiedad supone la tradición del bien o bienes, esto es, la realización de un modo de adquirir el dominio de propiedad, que consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, existiendo la facultad e intención de transferir el dominio. Así las cosas, tenemos que por razón de la tradición del dominio del fideicomitente al fiduciario por virtud de un título traslativo -fiducia mercantil- el fiduciario adquiere el dominio de la cosa recibida, como titular de un patrimonio autónomo constituido, razón por la cual la elaboración del contrato de fiducia no sólo implica la transferencia de la propiedad sino la constitución, por expresa disposición legal, de un patrimonio autónomo, afecto a la finalidad prevista en el acto constitutivo.

En consecuencia, si por la tradición se realiza o ejecuta el justo título, en este caso la fiducia mercantil, por cuya virtud se transfiere el dominio sobre unos bienes a un nuevo sujeto de derechos, resulta que los bienes ya no le pertenecen al fideicomitente, y por ende, no pueden ser objeto de ninguna medida cautelar en procesos contra éste, porque se estaría procediendo contra bienes ajenos.

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 este orden, existe una separación patrimonial entre los fondos que una Fiduciaria recibe a través de los respectivos fideicomisos, con los activos propios de la entidad Fiduciaria, por lo que de ninguna manera una medida o eventual condena que afecte bienes que hacen parte de algún fideicomiso puede afectar recursos propios de aquella.

Bajo los argumentos expuestos, se solicita comedidamente al Despacho que se desvincule del presente proceso a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., ya que esta entidad actúa únicamente como vocera y administradora del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, sin embargo, para la disposición de los recursos se encuentra supeditada a las características propias del contrato de fiducia celebrado.

● **LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURIDICA:**

El artículo 2 de la Ley 4 de 1966, en relación con el aporte en salud sobre las pensiones prevé que:

*“Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social cotizaran con destino a la misma así:*

*(...)*

***Parágrafo.- Los pensionados cotizaran mensualmente con el cinco por ciento de su mesada pensional”*** (Negrita fuera del texto).

La disposición fue reiterada en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. De igual forma la Ley 4 de 1976, en su artículo 7, contemplo:

*“Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos en las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecidos o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios”*

De la norma citada en precedencia, se encuentra que no hace distinción alguna, sino que establece el derecho a la seguridad social en salud para todos los pensionados, siempre que se cumpla con el pago de los aportes para dichos servicios.

Por su parte el artículo 153 de la ley 100 de 1993, establece como regla general del servicio público de salud, la obligatoriedad de la afiliación al SGSSS para todos los habitantes de Colombia, de allí que se entienden incluidas las personas que disfrutaban de su pensión de jubilación. Lo anterior sumado al artículo 157 ibídem, que establece los tipos de participantes en el SGSSS, incluyendo a los afiliados al régimen subsidiario y contributivo, incluyendo el legislador en este último a los pensionados y jubilados.

Ahora bien, en cuanto a las mesadas adicionales refiere se debe señalar que la mesada adicional de diciembre, no fue contemplada por una disposición especial de manera exclusiva para los

docentes, si no que corresponde a una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial, semioficial y privado, la cual tiene origen en el artículo 5 la Ley 4 de 1976, a saber:

*“los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión”.*

A modo de referencia se señala que la citada disposición fue reiterada en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993. Dicha norma en el artículo 142 prevé que:

**“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.** <Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> 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 (10) 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”.

Por otra parte, y conforme a los descuentos para salud, se debe señalar que en principio el Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 6 de 1996, indicó:

*“Artículo 2. Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportaran como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento a estos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte de cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. (...)*

***Parágrafo. Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportaran una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.*** (Negrita fuera del texto).

De igual forma, el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, contempló en el artículo 90:

*“todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la*

*prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontara de cada mesada pensional”.*

El Decreto 732 de 1976, reglamentario de la Ley 4 de 1976, dispuso en su artículo 16:

*“A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en el establecidas, los funcionarios y empleados... contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:*

- 1. Un tercio del valor del sueldo mensual respectivo con cargo como cuota de afiliación.*
- 2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como una cuota periódica ordinaria (...)*”

Por su parte, la Ley 91 de 1989, dispuso la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes sin excepción alguna, a cargo del FOMAG, para ser más específicos en el numeral 5, artículo 8 de la citada norma, donde se indicó:

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

*(...)*

- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el fondo, **incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***” (Negrita fuera del texto).

En ese orden de ideas, todos los docentes pasaron a ser afiliados al FOMAG, por ende, dicha autoridad se encontraba autorizada por la ley 91 de 1989 para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, **inclusive las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.**

Por otra parte, la Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y en su artículo 279 expresamente dispuso que *“(...) así mismo, se exceptúa a 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 (...)*”.

Ahora, por medio de la Ley 812 de 2003, artículo 81, el legislador dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, sería el contemplado en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, textualmente:

*“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 (...)”.*

Bajo dicha coyuntura, la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, declaró exequible el inciso 4 del artículo 81, considerando que:

*“Una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de este artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca alguna excepción- 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 existía para empleadores y trabajadores. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé a Ley 91 de 1989. **Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**”(Negrilla y subrayado fuera del texto).*

En ese orden de ideas, todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007 en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008 en el 12%. Es entonces que solo en lo que respecta a porcentaje de cotización, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, **sin embargo, esto no quiere decir que se altere su régimen prestacional, ya que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general.**

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

**\*20211180432161\***

Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20211180432161**  
Fecha: **26-02-2021**

Ahora, si bien, las disposiciones del sistema general sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 “**norma especial y posterior**” si lo permite de manera expresa en el numeral 5 del artículo 8. De lo anterior, se evidencia que no es viable acceder a las pretensiones propuestas por la aquí demandante, toda vez que carecen de fundamento normativo, bajo los preceptos jurisprudenciales y jurídicos enunciados en líneas anteriores.

#### **PRONUNCIAMIENTOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA:**

Los argumentos expuestos han sido acogidos por parte del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca en diferentes providencias, en donde grosso modo se colige que el descuento del 12%, cuya suspensión y reintegro se demanda sobre las mesadas adicionales de la pensión de la parte actora, se encuentra ajustado a la ley, pues existe norma expresa, además, la prestación se encuentra condicionada a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; el ultimo de los cuales solo se materializa si se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema a efectos de que no solo los que consolidan su derecho pensional lo disfruten, sino también los actuales y futuros cotizantes.

En ese orden de ideas, solicitó respetuosamente al Despacho se considere para decidir el presente caso, los siguientes pronunciamientos del Tribunal:

- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, fallo de 14 de diciembre de 2016, expediente No. 11001333501920150002101, Magistrado Ponente Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, fallo de 14 de marzo de 2017, expediente No. 11001333501920150047801, Magistrada Ponente Patricia Victoria Manjarres Bravo.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, fallo de 22 de noviembre de 2019, expediente No. 11001333502820170042201, Magistrado Ponente Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon.

#### **PRUEBAS**

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



**\*20211180432161\***

Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20211180432161**  
Fecha: **26-02-2021**

De oficio:

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

**ANEXOS**

- Poder especial conferido a mi favor.
- Escritura Pública No. 522 de 28 de marzo de 2019 y sus anexos.
- Escritura Pública No. 062 de 31 de enero de 2019 y sus anexos.

**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](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co) y [t\\_amolina@fiduprevisora.com.co](mailto:t_amolina@fiduprevisora.com.co)

Del señor(a) Juez,



**ÁNGELA VIVIANA MOLINA MURILLO**  
C.C. 1.019.103.946 de Bogotá  
T.P 295.622 de C. S. J.