

SEÑORES

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

E. S. D.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PROCESO:

DEMANDANTE:

DEMANDADO:

MARLIN JOHANNA AGUDELO GARZON

NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-
DEPARTAMENTO DE CALDAS

RADICADO:

17-001-33-39-006-2022-00356-00

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA

YAHANY GENES SERPA abogada en ejercicio, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.063.156.674 de Lorica-Córdoba y portadora de la tarjeta profesional No. 256137 del C.S.J. actuando en calidad de apoderada sustituta de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme consta en el memorial poder de sustitución suscrito por la doctora **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, abogado titulado, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.110.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del C.S.J., en su la calidad de APODERADO GENERAL de la mencionada entidad, en los términos señalados por la Escritura Publica No. 0129 de 19 de enero de 2023, otorgada por la Notaría Veintisiete (27) del Círculo de Bogotá D.C; por medio del documento me permito presentar ALEGATOS DE CONCLUSION dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

I. A LAS PRETENSIONES

DECLARACIONES

PRIMERA: Me opongo a que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 11/06/2021 no es procedente que la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos en que fue solicitada, atendiendo a que conforme a la fecha de vinculación del demandante al FOMAG, la normatividad aplicable para el estudio de la prestación pensional no es otra que la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 por remisión analógica de la Ley 812 de 2003.

SEGUNDO: Me opongo al reconocimiento de los tiempos de servicios por OPS; dado que no es procedente.

TERCERO: Me opongo a que se declare el reconocimiento de la pensión de jubilación; teniendo en cuenta que no es procedente dado que el demandante fue nombrado en propiedad mediante acto administrativo N° 189 del 22/03/2006, y afiliado el 22/03/2006. Por lo tanto el régimen aplicable al demandante es la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 por remisión analógica de la Ley 812 de 2003.

CONDENAS

PRIMERA: Me opongo toda vez que los tiempos por contrato de orden de prestación de servicios no son procedentes para el reconocimiento de pensión de jubilación.

SEGUNDO: Me opongo toda vez que los tiempos por contrato de orden de prestación de servicios no son procedentes para el reconocimiento de pensión de jubilación.

TERCERO: Me opongo a que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dar cumplimiento a fallo; teniendo en cuenta que no es procedente es reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con la Ley 91 de 1989.

CUARTO: La expedición de dichos documentos son competencias únicamente de los entes territoriales

II. A LOS HECHOS

PRIMERO: No me consta.

SEGUNDO: No me consta, como quiera que no es un hecho referido a mi representada, razón por la cual no es dable referirme sobre el particular. No obstante lo anterior, verificada la documental aportada con el libelo introductor, se evidencia que la demandante fue vinculada al FNPSM a partir del **22 de marzo de 2006**, razón por la que deberá tenerse en cuenta dicha fecha para efectos de estudiar la prestación pensional que pretende la docente, las cuales implican para la docente, la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones conforme al art. 17 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 4 de la ley 797 de 2003.

TERCERO: No me consta.

CUARTO: La entidad que represento, siempre ha trabajado en procura de la salvaguarda de los derecho fundamentales de todos y cada unos de los docentes.

QUINTO: Cabe anotar, que los contrato por orden de prestación de servicios no son procedentes para el reconocimiento de pensión de jubilación.

SEXTO: Cabe anotar, que los contrato por orden de prestación de servicios no son procedentes para el reconocimiento de pensión de jubilación.

III. FUNDAMENTOS Y RAZONES JURÍDICOS DE LA DEFENSA TECNICA.

A. Sobre el régimen prestacional aplicable a los educadores.

La Ley 100 de 1993, exceptuó del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ella, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como lo expresa en su artículo 279:

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Por ello, las prestaciones sociales del magisterio se gobiernan por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

Esta situación jurídica se reiteró con las Leyes 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, que definieron el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, así:

Ley 60 de 1993, artículo 6º:

"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Ley 115 de 1994, artículo 115:

“Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley”...

Al respecto, la Ley 91 de 1989 señaló en su artículo 15, que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se efectuará de acuerdo con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial; en tanto que, para los docentes nacionalizados vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, reguladas anteriormente por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

En este sentido, dispuso:

“ARTÍCULO 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas Vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

En este orden de ideas, el Decreto 3135 de 1968, “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, y que cobijó a algunos servidores de los entes territoriales, preceptuó:

“ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.

No obstante, con la aparición de la Ley 33 de 1985, las disposiciones del artículo 27 de decreto 3135 de 1968 y aún las del literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, fueron derogadas, siendo aplicable actualmente a los empleados oficiales de todos los órdenes, lo previsto en el artículo 1º y 25 de la Ley 33 de 1985, frente a la pensión ordinaria de jubilación.

De otra parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario", dispuso:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. ... 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."...

B. Régimen pensional de prima media - afiliados Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Es preciso señalar que, es la ley 812 de 2003 la que en su artículo 81 dispuso que, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial, correspondería al establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley, y que quienes se vincularan a partir de su entrada en vigencia, serían afiliados al FOMAG con los derechos pensionales del régimen de prima media señalado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en ellas, con excepción de la edad de pensión de vejez que sería de 57 años para hombres y mujeres, es decir la incorporación de este sector de servidores al sistema general de pensiones, surgió a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Al respecto, el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha previsto lo siguiente, veamos:

"De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003".

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a esta ley se les aplican las disposiciones anteriores. Este mandato fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, así:

"Parágrafo transitorio 1. 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."

Por otro lado, la H. Corte Constitucional señaló los requisitos que deben tenerse para el reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes prevista en ley 71 de 1988, veamos:

“Entre los esquemas prestaciones subsistentes gracias al tránsito normativo permitido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encuentra el consagrado en la Ley 71 de 1988], el cual incorpora la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencia, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Bajo tal entendido, se permite la acumulación de aportes efectuados a entidades de previsión social en el sector público y al ISS en el privado, de manera que se acrediten 20 años de cotizaciones sin importar su origen.

Este Tribunal ha manifestado en torno a esta prestación social, en los siguientes términos:

“Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (...) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la

seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas."

En esa medida, se trata entonces de una ley que permite acceder a la pensión de jubilación cuando se hubieren hecho aportes a las Cajas de Previsión del orden nacional o territorial, es decir, estas cotizaciones deben ser anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la cual se dispuso suprimir tales entidades de previsión para dar lugar a la creación de las administradoras de fondos de pensiones."

Con fundamento en la Jurisprudencia y Normatividad antes transcrita y teniendo en cuenta la historia laboral de la demandante, y que la misma se vinculó como docente en propiedad el **22 de marzo del 2006**, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la ya señalada Ley 812 de 2003, sus derechos pensionales son los del régimen de prima media señalados en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y por tanto no le es aplicable lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, es decir a la actora no le asiste el derecho que reclama y su pensión de jubilación no puede ser reconocida bajo los parámetros del artículo 7° de la tantas veces citada Ley 71 de 1988.

Finalmente, de la lectura aislada del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 no tiene en cuenta que ante el traslado de un régimen pensional por otro, en un eventual regreso, se deben aplicar las normas vigentes de dicho régimen pensional al momento de su reintegro. Es decir, que si el docente se retiró del FOMAG, ante su eventual regreso, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, al docente le deben aplicar las normas vigentes a la fecha de su ingreso, no las normas que le eran aplicables cuando realizó las primeras cotizaciones al FOMAG.

La Corte Constitucional, en sentencia C-789 de 2002 estableció que dando aplicación al principio de proporcionalidad, los beneficiarios del Régimen de Transición, por condición de su edad al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hubieran decidido trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, perderían dicho beneficio (régimen de transición), si llegaran al volver al Régimen de Prima Media. Esto debido a que los afiliados beneficiarios de transición por su condición de edad NO TENÍAN EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE OBTENER UNA PENSIÓN DE ACUERDO AL RÉGIMEN PREVIO A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993, al carecer de la densidad de cotizaciones (Inferior al 75% de las cotizaciones requeridas para consolidar el derecho) que permitiera prever que el afiliado iba a obtener una pensión en los términos de un régimen previo a la Ley 100 de 1993. Veamos:

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su

trabajo.^[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto. [...]

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”^[1] (Negrillas fuera del Original)

Por otra parte, respecto de la aplicación Literal de la Ley 71 de 1988 es contrario al Principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional, de manera análoga, se debe realizar un análisis constitucional de la aplicación de la Ley 71 de 1988. Toda vez que una interpretación Literal de la norma, no solo atenta contra el principio de Proporcionalidad, también atenta contra el Principio de Solidaridad y el Principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional, en la medida de que no existe una correspondencia entre los aportes y la prestación económica que se solicita por el demandante. Al respecto, se debe revisar el análisis realizado por la

^[1] Corte Constitucional, Sentencia C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional al determinar la inexequibilidad de las pensiones superiores a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Veamos:

Bajo esta óptica, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

[...] En resumen, la intención del constituyente derivado al aprobar el Acto Legislativo 01 de 2005 fue unificar los regímenes pensionales con el propósito de (i) poner fin a la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados con recursos del erario, con miras a garantizar los principios de igualdad y solidaridad; (ii) eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios suponen, con el fin de liberar recursos para el cumplimiento de los fines de la seguridad social y del Estado Social de Derecho, y la sostenibilidad financiera del sistema; y (iii) establecer reglas únicas que además permitan hacer mejores previsiones dirigidas a la sostenibilidad del sistema de pensiones." [2] (Negrillas fuera del Original)

Descendiendo al caso en concreto, el demandante se vinculó al servicio oficial docente mediante Decreto No. 189 de 7 de febrero de 2006 a partir del 22 de marzo de 2006, razón por la que lo pretendido en el presente medio de control deviene en improcedente.

C. Del precepto de solución de continuidad.

Cuando se habla de solución de continuidad, debe entenderse como una condición para el reconocimiento de la existencia de derechos laborales del trabajador, pues se establece como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles tal como lo establece artículo decimo 10 del Decreto 1045 de 1978). Veamos.

Artículo 10º.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.

En conclusión se evidencia que al existir una vinculación a partir del 2003, al demandante se le deben aplicar las disposiciones establecidas en la ley 812 de 2003 el cual establece lo siguiente:

"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."

Teniendo en cuenta la normatividad y argumentos esbozados con anterioridad colige que a la demandante le son aplicables los preceptos establecidos en la ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003. Que establece:

LEY 797 DE 2003. ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Teniendo en cuenta la normatividad descrita anteriormente, revisados los requisitos para obtener la pensión de jubilación, la demandante no cumple con el número de semanas requerido para realizar dicho reconocimiento el cual es de 1300 semanas de cotización, razón por la cual no es procedente reconocer la pensión de jubilación.

D. Cómputo de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación. ¿Es viable solicitar su conocimiento en un mismo proceso ordinario?

Sobre este tópico, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación a partir de sendos contratos u órdenes de prestación de servicios, es de vital importancia llamar la atención del despacho en el sentido de que el reconocimiento de tiempos de servicio, o la existencia de un contrato realidad de un contratista frente a la administración, no otorga la calidad de empleado público. En tal sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha referido a este punto, así:

“Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación. NOTA DE RELATORIA. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 28 de julio de 2005, C.P., Tarsicio Cáceres Toro, Rad. 5212-03 y sentencia de 25 de enero de 2001, C.P., Nicolás Pájaro Peñaranda, Rad. 1654-00.”

Así las cosas, no es posible reconocer estatus de empleado público al demandante, en tiempos trabajados bajo la modalidad de OPS, toda vez que no existe sentencia que reconozca la relación laboral, ni la vinculación o nombramiento del docente oficial en calidad de empleado público adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Pereira. Sumado a lo anterior, no existe obligación alguna a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual no se entiende el criterio según el cual mi poderdante debe pagar una pensión de jubilación bajo esos criterios.

Por otra parte, mediante sentencia de 28 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado 1º Administrativo Oral del Circuito de Pereira en proceso con radicado 66001-33-33-001-2021-00080-00 con similares pretensiones cuya sentencia negó las pretensiones de la demanda, refirió:

“En este punto es necesario precisar que los periodos laborados a través de órdenes de prestación de servicios no pueden considerarse para los efectos perseguidos en la demanda, toda vez que tal relación se dio en la calidad de contratista y no de docente. En esas condiciones y considerando que en este proceso no se planteó ni probó que los servicios prestados se asimilan a los suministrados por un docente público, en calidad de servidor vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, no es posible tomar esa fecha como punto de partida de la vinculación en calidad de docente oficial, comoquiera que no se solicitó declarar y el material probatorio es insuficiente para concluir que a través de los mencionados contratos de prestación de servicios se encubrió una relación de

naturaleza laboral; luego no es posible arribar a la conclusión que la vinculación en calidad de docente público se dio a partir de la fecha en que se celebraron los mencionados contratos."

Colofón de lo expuesto y descendiendo al caso en concreto se tiene que el docente ingreso al servicio oficial docente el **22 de marzo del 2006**, no cumple con el requisito de la vinculación al servicio oficial docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 para ser beneficiaria de la transición docente que consiste en la aplicación de la Ley 33 de 1985, resultando entonces que a la demandante le resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

E. En cuanto a la pretensión de condena en costas.

El artículo 365 del Código General del Proceso establece que las costas deben ser debidamente demostradas

Art. 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Es así, como el artículo citado previamente remite de manera expresa al Estatuto Procesal que será aplicable, el cual corresponde a la Ley 1564 de 2012.

Código General del Proceso.

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

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

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

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva.

IV. EXCEPCIONES PREVIAS

I. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

En tal sentido, debo expresar que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y prestaciones sociales y pensionales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Bajo este contexto, es claro que el legitimado por pasiva en el sub examine es la Secretaría de Educación como ente nominador por ser quien realizó el estudio factico y jurídico a fin de determinar si le asistió el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación y bajo que monto debía cancelársele la mesada pensional, aunado a que es dicha entidad quien cuenta con el expediente administrativo de la docente.

En este orden de cosas, el FNPSM no es el llamado a la presente controversia, en vista de que este solo puede ser llamado en el evento en el que se reconozca la prestación por parte del ente nominador, circunstancia que hasta la fecha no ha sucedido, razón por la que el fondo no debió ser llamado a la presente Litis.

II. FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE CALDAS

El presente medio exceptivo se formula con ocasión a que el reconocimiento de un contrato realidad y una pensión de jubilación tienen como origen el cumplimiento de unos requisitos y tienen consecuencias jurídicas distintas que ameritan la observancia previa de unos requisitos de procedibilidad que no fueron agotados en relación con la pretensión de reconocimiento del contrato realidad al no demandarse a la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, ya que es con esta entidad con quien debió discutirse la relación jurídico sustancial entre la parte demandante y la administración, ya que si bien mi representada por mandato de la ley 91 de 1989 es la llamada a pagar las prestaciones de orden económico a los docentes, lo cierto es que no puede dar fe de las características que revistieron en su momento la supuesta relación laboral que siquiera fue solicitada en el escrito de demanda, aunado al hecho que la parte demandante siquiera demostró el agotamiento de la reclamación administrativa en lo atinente

al reconocimiento de la relación laboral y/o contrato realidad frente al ente territorial.

III. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR NO AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

Lo anterior se invoca atendiendo a que, verificado el material probatorio allegado al expediente, no se vislumbra reclamación realizada ni a mi mandante ni mucho menos a la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral y/o contrato realidad, razón por la que no le dio la oportunidad a la administración para estudiar en sede administrativa su solicitud y en virtud de ello, no es dable acceder al presente medio de control por no haberse configurado siquiera el acto administrativo ficto.

El artículo 161 del C.P.A.C.A. en su numeral primero, reza:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...) 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición

permitirá demandar directamente el acto presunto.” (Subrayas fuera de texto).

Sobre este tópico, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2009, de la Sección Segunda Subsección “B” Consejero Ponente, doctora BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, dejó las siguientes enseñanzas:

“Vía Gubernativa Sabido es que para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se requiere del agotamiento previo de la vía gubernativa. Este presupuesto se conoce como el principio de “discusión previa”, el cual tiene por finalidad que la Administración en sede gubernativa y a instancia del administrado, tenga la oportunidad de revocar, confirmar o modificar su decisión previamente a que el acto administrativo sea sometido a control jurisdiccional por vía de la citada acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como quiera que la vía gubernativa constituye el primer escenario donde se debate la legalidad de un acto particular, deben plantearse en ella los mismos hechos que luego habrán de aducirse ante el Juez Administrativo; de lo contrario se estaría violentando el derecho de defensa de la Administración.

CASO EN CONCRETO

Colofón de lo expuesto y descendiendo al caso en concreto se tiene que el docente ingreso al servicio oficial docente el **22 de marzo del 2006**, no cumple con el requisito de la vinculación al servicio oficial docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 para ser beneficiaria de la transición docente que consiste en la aplicación de la Ley 71 de 1988, resultando entonces que a la demandante le resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO

Solicito declarar probadas las siguientes excepciones:

I. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD

Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

II. INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES DE MORA

En lo concerniente a los intereses de mora, tenemos que los mismos se encuentran consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a través del cual establece:

“ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago”

Teniendo en cuenta la normatividad anteriormente mencionada, se logra evidenciar que la misma es única y exclusivamente aplicable para las personas que le es aplicable al régimen de prima media regulado en la misma Ley 100 de 1993, y no para los regímenes especiales, como en el caso en concreto encontramos que el demandante, se encuentra amparada por la normatividad aplicable a los docentes que se encuentren o hayan encontrado vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, en caso de encontrar aplicable la normatividad regulada en la Ley 100 de 1993, me permito manifestar que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios alegatos con la demanda, son improcedentes toda vez que la discusión del derecho será objeto de estudio dentro del presente proceso; razón por la cual en la actualidad no se encuentran supuestos facticos y jurídicos que logren acreditar tal derecho; y mucho menos la procedencia de intereses moratorios sobre un derecho que aún no se encuentra reconocido.

III. PRESCRIPCION DE MESADAS

A pesar de lo que se ha venido indicado y se insiste en que, mi representada no desconoció los mandatos legales a la hora de expedir el acto administrativo del cual se depreca su nulidad, llegado el caso de existir una remota posibilidad de ser condenada dicha entidad, solicito muy respetuosamente se declare la prescripción con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, el cual desarrollo el tema de prescripción respecto del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales:

Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Por su parte el artículo 151 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 DE 1948, dispone:

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Por su parte el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA¹, sostuvo:

“...En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política¹⁴ los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes...”

IV. CONDENA EN COSTAS

En consideración a que hasta la fecha no existe criterio unificado respecto de la condena en costas por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia como tampoco por parte del Consejo de Estado, deberá acogerse el pronunciamiento de la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado, en el sentido que el fallador debe valorar la conducta de las partes:

“(...) supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas de procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA; Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16; veinticinco (25) de Agosto de dos mil dieciséis (2016) Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.

propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (...)"

Bajo este contexto, si en gracia de discusión hubiese lugar a una sentencia condenatoria, solicito respetuosamente al Despacho que no se condene en costas a mi representada.

CASO EN CONCRETO

Colofón de lo expuesto y descendiendo al caso en concreto se tiene que el docente ingreso al servicio oficial docente el **22 de marzo del 2006**, no cumple con el requisito de la vinculación al servicio oficial docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 para ser beneficiaria de la transición docente que consiste en la aplicación de la Ley 71 de 1988, resultando entonces que a la demandante le resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Así mismo se analiza de las pruebas a portadas con el escrito de la demanda que no existió continuidad en el servicio público

VI. PRUEBAS

- Solicitamos se tengan con pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario.
- Certificado de afiliación al FOMAG
- Certificado de no antecedentes

Por último, cabe anotar su señoría, que el expediente administrativo de la docente reposa es en la entidad territorial, y por ende el Departamento de Caldas es quien debe aportar tal documentación.

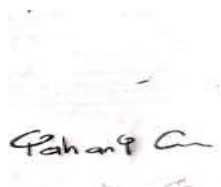
VII. ANEXOS

1. Poder especial conferido a mi favor.
2. Escritura Pública

VIII. 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: [procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co /](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co)

Del señor Juez,



YAHANY GENES SERPA

CC. No. 1.063.156.674 de Lorica
T.P. No. 256137 del C.S.J.