

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**

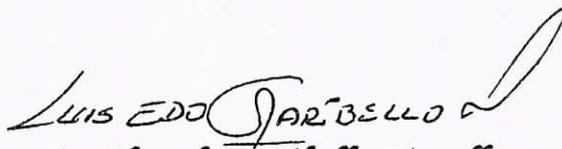
**CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE
LAS EXCEPCIONES**

Bogotá, D.C., 3 DE DICIEMBRE DE 2020

**EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01466**

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.


Luis Eduardo Garibello Matallana.

OFICIAL MAYOR
TAC – SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"



Bogotá D.C.

Señor Magistrado
DR ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección B
 E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: FABIO ARCENIO POVEDA SÁNCHEZ
DEMANDADA: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FNPSM,
 SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA
EXPEDIENTE: 2019-01466-00

CONTESTACION DEMANDA

CARLOS JOSE HERRERA CASTAÑEDA, identificado con la C.C. No. 79.954.623 de Bogotá y T.P. No. 141.955 del C.S.J., obrando en calidad de apoderado de la parte demandada **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** conforme al poder que me fuera conferido, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda promovida en los siguientes términos:

I A LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho en los siguientes términos:

1. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, toda vez que la actora no tiene derecho a lo solicitado y por ende al no proceder la pretensión principal por sustracción de materia tampoco puede prosperar la señalada en este numeral. Ahora en gracia de discusión, la entidad que represento si bien interviene en la elaboración o proyección del acto administrativo en este caso del reconocimiento pensional, es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio quien aprueba el mismo y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial y a quien compete el análisis sobre el reconocimiento y pago de las cesantías, en esa medida la única intervención que efectúa la entidad territorial llamada de acuerdo con la Ley anti tramites a la elaboración y remisión del acto administrativo que en ultimas es aprobado como en el caso de autos negando por el Fondo quien tiene a su cargo el pago de estas prestaciones sociales de los docentes.
2. Me opongo a esta pretensión teniendo en cuenta que va dirigida a que se declare la existencia del acto ficto o presunto por el silencio, además los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora.
3. Me opongo a esta pretensión teniendo en cuenta que va dirigida a que se declare la existencia del acto ficto o presunto por el silencio, además los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el

acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora

4. Me opongo a esta pretensión teniendo en cuenta que va dirigida a que se declare la existencia del acto ficto o presunto por el silencio, además los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora.

4.1. Me opongo, teniendo en cuenta que el acto mencionado en este aparte porque no siendo procedente la declaratoria de nulidad no es dable que se acceda a lo solicitado por la parte actora.

4.2. Me opongo, teniendo en cuenta que el acto mencionado en este aparte porque no siendo procedente la declaratoria de nulidad no es dable que se acceda a lo solicitado por la parte actora.

4.3. Me opongo, teniendo en cuenta que el acto mencionado en este aparte porque no siendo procedente la declaratoria de nulidad no es dable que se acceda a lo solicitado por la parte actora.

5. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, toda vez que la actora no tiene derecho a lo solicitado y por ende al no proceder la pretensión principal por sustracción de materia tampoco puede prosperar la señalada en este numeral.

6. Me opongo, teniendo en cuenta que el acto mencionado en este aparte porque no siendo procedente la declaratoria de nulidad no es dable que se acceda a lo solicitado por la parte actora.

7. Me opongo, teniendo en cuenta que el acto mencionado en este aparte porque no siendo procedente la declaratoria de nulidad no es dable que se acceda a lo solicitado por la parte actora.

8. Me opongo, teniendo en cuenta que el acto mencionado en este aparte porque no siendo procedente la declaratoria de nulidad no es dable que se acceda a lo solicitado por la parte actora.

9. Me opongo a la eventual condena en costas procesales y agencias en derecho invocado por la demandante y solicito se absuelva a la entidad que represento, de todos y cada uno de los cargos mencionados. Pido se condene en costas al demandante, incluyendo las agencias en derecho.

II A LOS HECHOS

Doy respuesta a cada uno de los hechos de demanda en el mismo orden de su formulación así:

AL PRIMERO. - Es cierto.

AL SEGUNDO. - Es cierto de acuerdo a la documental aportada

AL TERCERO. - **No es cierto**, en la medida que la entidad que represento si bien por la delegación que hiciera la ley elabora el proyecto de acto administrativo en nombre de la Nación- Ministerio de Educación – Fonpremag son estas las que realizan el análisis de requisitos y aprueban el mismo, porque esas entidades estando llamadas en juicio serán las que deberán desvirtuar el dicho de la parte actora.

AL CUARTO. - No le consta a la entidad que represento tal y como se propone, más teniendo en cuenta que se hace referencia a un reconocimiento pensional del cual la entidad que represento no tiene dentro de sus funciones el otorgamiento de las mismas.

AL QUINTO.- No le consta a la entidad que represento y en la medida que involucra a otra entidad también llamada en juicio será esta la que deberá corroborar el dicho de la parte demandante.

III

RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PRESTACIONES DE LOS DOCENTES.

Desde la expedición de la Ley 812 de 2003 por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003, se consagró en su artículo 81 lo siguiente:

"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.

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

Por su parte el artículo Art 2º y 3º de la Ley 91 de 1989 a través de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, refiere a la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes, entre la nación y los entes territoriales, de la siguiente manera:

Artículo 2º.- *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

(...)

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

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. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad." (Subrayado fuera de texto).

VALIDEZ DE LOS DESCUENTOS SOBRE MESADAS PENSIONALES PARA EFECTOS DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Sobre este particular hay que señalar que, los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están excluidos de la aplicación del régimen general de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido, se crea un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005.

Este artículo posteriormente fue modificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en lo concerniente a la tasa de cotización, norma en que se dejó vigente el resto de su contenido, y que posteriormente fue reglamentado en forma parcial por el Decreto 2341 de 2003, el cual en su artículo 1º estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones determinado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, disposición que no puede ser interpretada como una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.

En cuanto a la aplicación del Decreto 1073 de 2002, mediante el cual se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, es importante tener en cuenta que el mismo decreto reglamentó las leyes 71 y 79 de 1988, y algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, situación que no afecta bajo ningún entendido, las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, que regulan el régimen especial de las personas pensionadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por tanto hay que concluir forzosamente que dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que el descuento se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, el mismo es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a la salud; por tanto, no es viable aceptar la tesis de la parte actora en el sentido de pretender la devolución de los descuentos efectuados bajo la aplicación de un régimen de prima media que no le es aplicable. En consecuencia, no puede haber lugar a ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Debe recordarse igualmente que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ no pretendió eliminar el régimen prestacional de que gozan los docentes

¹ "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.

vinculados con anterioridad a su expedición, sino homogeneizar el porcentaje de cotización entre el régimen general y el régimen especial. Así, entonces, consideró que la remisión que se hace a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 es exclusivamente para establecer la tasa o porcentaje de la cotización, sin que pueda interpretarse de dicha disposición una inclusión de los docentes al régimen general de seguridad social.

Reiterando lo hasta ahora expuesto debe indicarse que no hay lugar a ordenar reintegro de los dineros descontados por concepto de salud, pues los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por encontrarse inscritos en un régimen especial, se rigen por normas especiales y no pueden ser beneficiarios del régimen general por estar excluido expresamente de su cobertura bajo el entendido de que Ley 91 de 1989, que es la norma aplicable al caso concreto, permite que el descuento para salud sea efectuado a cada una de las mesadas que recibe el pensionado, por lo que no se puede pretender el reintegro de unos aportes que fueron debidamente descontados.

Hay que recordar que de manera especial, para los afiliados al Fondo Nacional del Magisterio, el art. 8 de la Ley 91 de 1989 dispuso:

"El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos.

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

(...)

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2".

A su turno, la Ley 100 de 1993 dispuso en su art. 279:

"EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a:

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. (...)"

No obstante lo anterior, mediante la Ley 812 de 2003, el legislador dispuso:

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos. 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 a las cuentas de salud y pensiones..."

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.

(...)

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

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 a las cuentas de salud y pensiones.

(...)

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989."

(...)

ARTÍCULO 137. VIGENCIA La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga... todas las disposiciones que le sean contrarias."

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al 12,5% sobre la mesada pensional:

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)."

De las normas transcritas debe entenderse que no existe excepción alguna en relación con los descuentos para efectos de salud y por lo tanto proceden inclusive sobre las mesadas adicionales a las que se hace mención en la demanda.

IMPOSIBILIDAD DE RELIQUIDACION DE PENSION ENTRE OTROAS RAZONES POR INDETERMINACION EN LOS PRETENDIDOS FACTORES SALARIALES QUE SE ALEGAN EN LA DEMANDA.

En cuanto a este tema vale la pena decir en forma breve, ya que ello es evidente en la demanda, que, en el libelo no se expresan con claridad los presuntos factores salariales que pretende la actora se tomen en cuenta para efectos de la reliquidación que pretende, lo que necesariamente impedirá proferir una condena en tal sentido.

1. LA IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN CABEZA DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL

Es reconocido por doctrina y jurisprudencia que la legitimación en causa no es un presupuesto del proceso. No obstante, aunque se reúnan los presupuestos procesales (demanda, capacidad y competencia), si no existe legitimación por activa o por pasiva, es claro que se deba dictar una sentencia absolutoria, pues mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado o a quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que se reclama.

Se entiende entonces que la legitimación en causa es un fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama, y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa (CSJ, Sentencia del 2 de febrero de 1990, MP Dr. José Alejandro Bonivento Fernández).

Ahora, este reconocimiento puede ser oficioso conforme al inciso 1º del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil que es principio que analógicamente es permitido tenerlo en cuenta al tenor del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sobre este particular son varios los pronunciamientos de las altas cortes en tal sentido:

"(...) Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de hecho por pasiva- y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores. En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra.

Y también se ha reconocido que:

"(...) Si bien, la decisión de segunda instancia en general debe ceñirse a los argumentos expuestos en el recurso impetrado, dicho imperativo procesal no opera en el rastreo de la legitimación en la causa, porque esta constituye un exigencia de la sentencia independiente de la conducta procesal que asuman las partes, debiendo el juez en ese caso, aún de oficio, verificar si

efectivamente los convocados en la relación jurídica procesal, corresponden a los sujetos de la relación jurídica sustancial que dio origen a la obligación, como bien lo ha señalado la jurisprudencia:

"La legitimación en la causa, o sea, el interés directo, legítimo y actual del titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico" (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360). Tiene sentado la reiterada jurisprudencia de la Sala: "es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste" (Cas. Civ. sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), en tanto, "según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la 'legitimatío ad causam' consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)" (CXXXVIII, 364/65). por lo cual, "el juzgador debe verificar la legitimatío ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular" (Cas. Civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01)".

En el presente caso, mi representada la Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha transferido la administración del fondo no puede entrar a variar los factores y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos referidos a aspectos pensionales, ya que los dineros no le pertenecen.

Al respecto hay que recordar que son numerosas las disposiciones que establecen en cabeza de un ente diferente a la Secretaría de Educación Distrital cualquier eventual pago por los conceptos aquí reclamados.

Es así como en la Ley 91 de 1989, Art. 2 numeral 5 se dispone:

"(...) Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)"

A su turno el Decreto 2831 de 2005 contempló:

"La Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

- 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.*
- Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme con los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicios y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 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, Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo

- Remitir 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 éste, junto con la constancia de ejecutoria para efecto de pago y dentro de los 3 días siguientes a que se encuentre en firme. (...)"

En consecuencia, y al no estar encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio, no es viable proferir condena en contra de la Secretaria de Educación Distrital.

DE LA GESTION DE LOS ENTES TERRITORIALES EN EL TRAMITE DE PRESTACIONES SOCIALES

Al respecto es necesario señalar que con ocasión de la expedición de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se indicó en su artículo 15, lo siguiente:

"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.

[...]

3.- Cesantías:

Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

A su vez, el Decreto 2563 de 1990, por el cual se determinan las responsabilidades de pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado y se dictan otras disposiciones, estableció en sus artículos 10 y 26:

"Artículo 10°.- La deuda con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por concepto de las cesantías del personal docente nacionalizado, no causadas a 29 de diciembre de 1989, se liquidará teniendo en cuenta el régimen prestacional vigente en cada entidad territorial. En cada caso deberán deducirse los valores pagados por liquidaciones parciales de cesantías y realizarse los ajustes que resulten del estimativo actuarial sobre los efectos de su futura valorización por la retroactividad aplicable al tiempo servido hasta esa fecha.

Las responsabilidades de pago al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por este concepto serán a prorata del tiempo servido por el docente, las mismas señaladas en el Capítulo II para las prestaciones causadas, teniendo en cuenta que la valorización futura por efecto de la retroactividad es de cargo de la entidad responsable del período valorizado."

"Artículo 26°.- Si una vez realizado el corte de cuentas con las entidades territoriales y sus cajas de previsión seccional o las entidades que hagan sus veces, el Fondo Nacional de Ahorro y la Caja Nacional de Previsión Social, se presentare déficit entre el monto estimado de las deudas a 29 de diciembre de 1989 y su costo efectivo de liquidación, este faltante será cubierto por la Nación."

Además, téngase en cuenta lo previsto en el Art 53 de la Ley 962 de 2005 "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos

administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, al respecto:

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Así las cosas, teniendo en citado Fondo (según el artículo 4º de la referida ley) la función de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados ninguna obligación podrá recaer en cuanto a este tema en cabeza de la Secretaria de Educación del Distrito.

DEL CASO EN CONCRETO

Analizada en conjunto la normatividad referida anteriormente, es claro para esta parte que la entidad que represento carece de legitimación en la causa por pasiva en el caso que nos ocupa, no sólo porque la que está llamada a responder respecto al eventual reconocimiento de la prestación pensional de la demandante sería el Fondo de Prestación Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial y la entidad territorial solo estaría obligada de acuerdo con la Ley anti tramites a la elaboración y remisión del acto administrativo que en conto caso debe aprobarse por el Fonpremag quien es en ultimas que hace el análisis de la norma para conceder la prestación pensional.

Además, como se dejó plasmado en líneas anteriores, la actora no le asiste derecho a lo pretendido teniendo en cuenta que mediante la Resolución por medio de la cual la entidad resolvió el reconocimiento de la prestación pensional lo hizo aplicando la norma vigente para el caso en concreto estando ajustada a derecho.

III EXCEPCIONES

Como consecuencia de los presupuestos expuestos en el capítulo que precede, me permito proponer las siguientes excepciones de fondo:

1. EXCEPCIONES DE PREVIAS

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.-

Excepción que tiene como fundamento los siguientes argumentos:

Si bien es cierto la excepción de la legitimación en la causa por pasiva, en este tipo de procesos no constituye excepción de fondo solicito se tenga en cuenta que la Secretaria de Educación Distrital no es quien autoriza ni determina a quien ni cómo debe reconocerse las prestaciones pensionales. Es la Fiduciaria la Previsora S.A.

Legitimación de hecho en la causa se entiende como la relación procesal. La cual establece que se entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de está al demandado. Quien cita a otro y endilga a otro la conducta causante de la demanda, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se atribuya acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado:

La falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva no enerva la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. Sin mas, si la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo, porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable, al ser una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, **cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.**

La Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, no puede entrar a variar los factores y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, y aquellos dineros no le pertenecen.

A continuación se citan las normas pertinentes que refuerzan el planteamiento anterior:

- **Ley 33 de 1985.** Art.1. *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.*
- **Ley 91 de 1989.** Art. 2 numeral 5. *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...*
- **Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.** *El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados en*

la ley para tal fin.

Decreto 2831 de 2005. La Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

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.

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

Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 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.

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

Remitirá 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 éste, junto con la constancia de ejecutoria para efecto de pago y dentro de los 3 días siguientes a que se encuentre en firme."

2. EXCEPCIONES DE FONDO.-

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS:

Fundo la presente excepción en los siguientes motivos:

El artículo 88 del C.P.A.C.A contempla:

Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Conforme ha sido reiterado en numerosas oportunidades por las Altas Cortes se entiende que la presunción de legalidad del acto administrativo, hace referencia a "la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de "legalidad", de "validez", de "juridicidad" o pretensión de legitimidad.

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es "la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción"

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo.

Al respecto vale la pena finalizar reiterando lo expresado en el acápite de razones y fundamentos de derecho en el sentido de que las normas aplicables al caso concreto de la demandante son aquellas que en efecto ha contemplado la entidad demandada.

PRESCRIPCION:

La cual aplicaría conforme a las disposiciones legales y sobre aquellas solicitudes que han sobrepasado el término máximo legal para su reclamación.

LA GENÉRICA O INNOMINADA.-

Solicito al señor Juez que se sirva declarar probada cualquier otra excepción que resulte demostrada en el curso del proceso.

IV. PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas a favor de la parte que represento las aportadas con la demanda

V. NOTIFICACIONES.

Para efectos de notificaciones a la entidad que represento o al suscrito suministro los siguientes datos:

A la entidad en la represento, SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA, en la Av. El Dorado No. 66 - 63 de Bogotá.

Al suscrito en la Carrera 18 No. 137-53 Tercer piso de la ciudad de Bogotá o al Correo electrónico del apoderado: chepelin@hotmail.fr

Señor Magistrado,



CARLOS JOSE HERRERA CASTAÑEDA

C.C. No. 79.954.623 de Bogotá

T.P. No. 141.955 del C.S.J.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Señor Magistrado
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCION B.

E S D.

Ref. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO 2019-01466
ID: 627239
Demandante: 19451506 POVEDA SANCHEZ FABIO ARCENIO (1))
Demandado: BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DEL DISTRITO

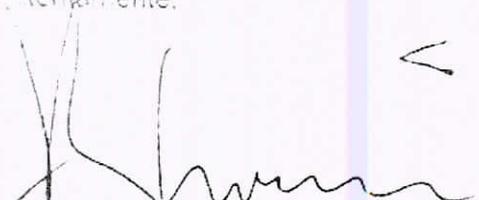
FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.330.053 en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, según resolución de nombramiento No. 0020 del 03 de enero de 2020, acta de posesión No. 0049 del 08 de enero de 2020 y conforme a la Escritura Pública No. 858 del 03 de mayo de 2018 y el Decreto 212 del 05 de Abril 2018, "Por medio del cual se establecen disposiciones para el ejercicio de representación judicial y extrajudicial de las de las entidades del Nivel Central de Bogotá D.C., se efectúan unas delegaciones y se dictan otras disposiciones", manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente, al Abogado CARLOS JOSÉ HERRERA CASTAÑEDA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.954.623 de Bogotá, abogado en ejercicio, con la Tarjeta Profesional No. 141.955, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de Representante Legal de la Firma HERRERA & JIMENEZ CONSULTORES LEGALES SAS, para que represente a Bogotá Distrito Capital - Secretaría de Educación del Distrito, ante ese Despacho, en el proceso de la referencia.

El apoderado queda ampliamente facultado para actuar en las diligencias, notificarse, interponer recursos, sustituir, reasumir, desistir y en general todo lo relacionado con las actuaciones a que hubiere lugar para el cumplimiento del mandato y la defensa de los intereses del Distrito Capital - Secretaría de Educación del Distrito.

Por lo anterior, respetuosamente sirvase Señor Magistrado reconocer personería para actuar en los términos y para los efectos de este mandato.

Atentamente,

Acepto.


FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ
C.C. No. 79.330.053
T.P. 45260 del C.S. de la J.


CARLOS JOSÉ HERRERA CASTAÑEDA
C.C. No. 79.954.623
T.P. 141.955 del C.S. de la J.

Av. El Dorado No. 66 - 63
Código postal: 111321
PBX: 324 1000 - Fax: 315 34 48
www.educacionbogota.edu.co
Info: Línea 195

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**

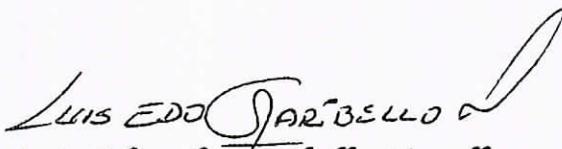
**CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE
LAS EXCEPCIONES**

Bogotá, D.C., 3 DE DICIEMBRE DE 2020

**EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01129**

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.


Luis Eduardo Garibello Matallana.

OFICIAL MAYOR
TAC – SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"



Magistrado

ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

rmemorialessec02sbtadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Expediente	25000234200020190112900 (Rad. Interno 4209)
Medio Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	MARISOL DAZA GARZON
Demandada	MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

JESÚS RODRIGO GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.430.249 expedida en Madrid-Cundinamarca, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional Número 193.725 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL en el proceso de la referencia, conforme al poder otorgado, me permito presentar CONTESTACION DE LA DEMANDA en los siguientes términos:

I. IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada en el presente caso es la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –ARMADA NACIONAL, cuyo representante legal es el Dr. CARLOS HOLMES TRUJILLO GARCÍA, con sede principal en la Calle 26 N° 69-76 Torre 4 "Agua" Piso 9, de la ciudad de Bogotá D.C., PBX 3150111 y NIT 899999003-1.

La señora Directora de Asuntos Legales del MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, ostenta la delegación judicial y es la doctora SONIA CLEMENCIA URIBE RODRIGUEZ, con domicilio ubicado en la Calle 26 N° 69-76 Torre 4 "Agua" Piso 9 de la ciudad de Bogotá D.C.

Trámites y correspondencia: Puerta 8 carrera 57 No. 43-2; correo electrónico de la entidad: notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co

II. DE LAS PRETENSIONES

Las pretensiones del demandante, se concretan en las siguientes:

1. Que se declare la nulidad del oficio No. 20183171610751 del 27-agosto-2018, notificado el 12-sep-2018 por medio del cual el Ejército Nacional negó la reliquidación y reajuste de los salarios, primas, vacaciones, prestaciones sociales, con base en el IPC.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto por medio del cual el Ejército Nacional no resolvió la petición sobre la reliquidación y reajuste de la asignación de, con base en el IPC.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se condene al Ejército Nacional el reajuste de la asignación básica, primas, cesantías y prestaciones sociales desde 01 enero de 1997 hasta el retiro del militar, en razón al Índice de Precios al Consumidor – IPC, para los años 1997 al 2004.



4. Como consecuencia de lo anterior se condene el reajuste de la asignación de retiro en razón al Índice de Precios al Consumidor – IPC, para los años 1997 al 2004.

III. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES

Mi representada, por falta de sustento jurídico y probatorio del libelo demandatorio, se opone a todas y cada una de las solicitudes de declaraciones y condenas impetradas por el apoderado de la demandante, con fundamento en las razones sustanciales legales que se expondrán respecto de los hechos narrados en el escrito de demanda, desprendiéndose que la entidad que represento no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, razón por la que su actuación está ajustada a derecho, por tanto solicito desde ahora se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV. DE LOS HECHOS

HECHO 1 y 2: Es cierto que la señora MARISOL DAZA GARZON CC. 51.969.906 ingresó al Ejército Nacional el 05-diciembre/96 en la categoría como oficial, su último grado en la carrera militar fue Coronel y mediante **Resolución No. 675 del 18-abril-2018** es retirada del servicio activo de las Fuerza Militares por "llamamiento a calificar servicio", con novedad fiscal del 18-abril-2018 y tiene reconocida asignación de retiro mediante **Resolución No. 15053 del 20-junio-2018**.

PUNTO 3, 4, 5, 6, 7, 9: Son apreciaciones del apoderado de la demandante.

PUNTO 13, 14, 15: Es el centro del debate probatorio, dentro del presente asunto y tendrá que ser demostrado por parte del actor los presuntos actos omisivos o positivos causantes del perjuicio imputable a la Entidad que represento.

V. EXCEPCIONES PREVIAS

Es muy importante en este momento procesal que nos ocupa, dejar en claro los fundamentos de las pretensiones de la demanda, debemos partir del estudio del factor temporal del caso que se debate ante ese honorable Despacho.

Por ello hago énfasis, en que las pretensiones se fundamentan según la parte actora, en dos (02) lapsos de tiempo, uno el reajuste salarial para los años 1997 al 2004 y dos pretender la nulidad de un acto administrativo proferido por la Armada Nacional en el año 2019.

1. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO INVOCADO

Es importante indicar que la señora CR. (RA) MARISOL DAZA GARZON, reclama el reajuste del salario y consecuentemente el reconocimiento del derecho de reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor, para los años (1997 a 2004), situación que no es jurídicamente viable como quiera que para la fecha en que solicita el reconocimiento y reajuste de salarios y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro, **la señora MARISOL DAZA GARZON SE ENCONTRABA EN SERVICIO ACTIVO, TAL HECHO ESTA DEMOSTRADO EN EL DECRETO No. 675 DE 18-ABRIL-2019, POR MEDIO DE LA CUAL ES RETIRADO DEL SERVICIO ACTIVO DE LAS FUERZA MILITARES POR "LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERIVIO"**.

LA PARTE DEMANDANTE DURANTE LOS AÑOS 1997 A 2004 EN NINGÚN MOMENTO MANIFESTÓ SU INCONFORMIDAD CON LA APLICACIÓN DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL, FRENTE AL AUMENTO SALARIAL, DEJANDO TRANSCURRIR EL TIEMPO Y EN CONSECUENCIA LA INACTIVIDAD PARA EL EJERCER LAS ACCIONES



LEGALES, PARA LUEGO INSTAURAR DEMANDA DESPUÉS DE SU RETIRO.

Como un modo de **extinción de derechos particulares contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990¹, la prescripción cuatrienal**, es decir, que ellos prescriben en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles. Para que dicha figura opere, es indispensable que concurren todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad, frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en lograr su cumplimiento.

En efecto, la pre-citada norma contempla la prescripción especial de las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, como son las que perciban los miembros de la Fuerza Pública. Conforme a lo anterior, **haciendo uso de la analogía** es dable acudir a la regla prescriptiva que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que la postura de la parte actora implicaría admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley serían imprescriptibles, aserto que no es de recibo dado que solamente los derechos laborales de tracto sucesivo de orden vitalicio, salvo excepciones legales, quedan amparados por esta prerrogativa.

Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado: (C.S.J. SALA LABORAL, Sentencia del 17 de marzo del 2009. Expediente 34251)

"Ahora bien, que ciertos estados o, en mejores términos, "situaciones jurídicas" como el estado civil de las personas, las derivadas de las relaciones de familia, en materia laboral, el status de pensionado, etc., sean imprescriptibles, no desconoce que los derechos crediticios surgidos de éstas o de cualquiera otra clase de obligación correlativa si lo son. Al punto, importa recordar que las acciones surgidas de la relación de trabajo son de carácter personal, que entrañan créditos de carácter económico, como los salarios y prestaciones sociales, las cuales se pueden extinguir por no haber sido ejercidas por su titular en el tiempo que para el efecto concede la ley laboral.

(...) "Y ya en fecha más reciente, en la sentencia del 18 de febrero de 2004, radicación 21.231, en un proceso en el que fungió como demandado el Banco de la República, en asunto similar al presente, asentó:

"si para el caso se estimaba tener derecho a que se incluyera como factor salarial para establecer el salario base para tasar la pensión de jubilación lo pagado al demandante por prima de vacaciones en el último año de servicios, la exigibilidad de esa obligación empezaba desde la fecha en que se reconoció y, por consiguiente, se cuantificó por la demandada la mesada pensional de éstos, y respecto a los aumentos anuales a partir de la fecha en que los preceptos que lo regulan lo ordenan. Esto porque en uno y otro caso, es a partir de esa data que el interesado tenía la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el reajuste pertinente ante el desconocimiento por parte del obligado al pago íntegro de la prestación. (Subrayado fuera de texto)"

El Derecho a exigir las pretensiones esbozadas por el actor en esta demanda, se configuró desde el momento en que se expidieron los decretos del Gobierno Nacional, es decir a partir del momento en que se fijaron los aumentos a los salarios del personal activo de la Fuerza Pública, y consideró que era ese el momento procesal para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

¹ Decreto 1211 de 1990 Art. 174 Prescripción de Derechos " Los derechos consagrados en este estatuto prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El Derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares



La Honorable Corte Constitucional en sentencia C- 072 de 1994 señaló:

"La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.

No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo."

De esta forma se tiene que, el fundamento que sustenta el señalamiento de una prescripción de corto plazo para las acciones laborales radica en la efectividad del principio de la **seguridad jurídica**, que evita la configuración de controversias laborales indefinidas, a través de mecanismos que faciliten el tránsito por las vías legales y del entendimiento racional su correspondiente resolución.

2. CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL.

Ahora bien, en los documentos allegados al proceso entre ellos el acto administrativo proferido por la Armada Nacional (**oficio No. 20183171610751**) el cual pretende que se declare la nulidad, claramente está probado que dicho documento es de fecha **27 de AGOSTO de 2019**, no allegan prueba que dicho acto administrativo hubiese sido notificado hasta el 12-sep-2018.

Así mismo, **el 16 de noviembre de 2018** (después de 02 meses y medio) es radicada solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial II Para Asuntos Administrativos y en audiencia del 04-febrero-2019 es declarada fallida esta etapa de conciliación, emitiendo la respectiva **certificación el 13-febrero-2019; la demanda es radicada el 26-julio-2019 (5 meses y 13 días).**

Nótese entonces su señoría, que a simple vista se evidencia que transcurrieron CASI 11 MESES desde que se profirió el acto administrativo aquí demandado hasta la radicación de la demanda y solo se configura una INTERRUPCIÓN DE CASI DE 03 MESES mientras se surtía trámite de conciliación extrajudicial; lo cual genera la excepción propuesta: CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL.

Por tanto, centrándonos en la excepción propuesta: **CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**", es condición sine qua non ATERNOS A LA NORMATIVIDAD QUE RIGE EN



MATERIA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, LEY No. 1437/2011, art. 138 y art. 164, No. 2 – Lit. d, ASÍ:

“ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, **dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación.** Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

..” **ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada...”...

” 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:...”

...” d) **Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales:**” (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO)

Si atendemos la fecha del acto administrativo demandado y la interrupción del término prevista, la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ha debido entablarse a más tardar el 28 de marzo de 2019; pero se tiene que la demanda ante la jurisdicción administrativa fue radicada en la oficina de apoyo para los juzgados administrativos el día 26 julio de 2019.

SE EVIDENCIA CLARAMENTE QUE TRANCURRIERON 11 MESES (interrupción legal del término 2 meses 27 días), DESDE QUE SE PROFIRIÓ EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO A LA FECHA QUE RADICÓ LA DEMANDA, ES DECIR 8 MESES DE INACTIVIDAD POR PARTE DEL ACTOR, POR TODO LO ANTERIOR COMEDIDAMENTE SOLICITO A SU SEÑORÍA, SE **SIRVA DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.**

VI. FUNDAMENTOS DE DEFENSA

En primer término y en aras de dar claridad al despacho para dar solución al presente asunto, me permito hacer las siguientes precisiones; revisando en su integridad las normas que regulan el tema objeto de la pretensión:

En el año 1990 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1211 el cual en su artículo 169 determinó el sistema de oscilación para salvaguardar las asignaciones del personal militar en retiro y pensiones de los beneficiarios.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 279 excluyó, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional del Sistema de Seguridad Social Integral por tratarse de regímenes especiales.

Posteriormente se expidió la Ley 238 de 1995, que adicionó la norma mencionada



indicando que el reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor, consagrado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, le era aplicable a los beneficiarios de los regímenes exceptuados.

El artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 prescribe que los Oficiales y Suboficiales no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública salvo que la ley lo establezca expresamente, como ocurre en este caso.

Por otro lado el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala que **las pensiones** para que mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. **Disposición que no es inaplicable para los salarios que se reciben en servicio activo.**

Entendido es, que la ley 100 de 1993 es **para pensiones y no salarios**, pues éste como lo establece la ley 4 de 1992 para el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública será determinado por el Gobierno Nacional anualmente con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa ley.

Como quiera que el demandante solicita se le reajusten los salarios que percibía en actividad, con base en el IPC podemos manifestarle sin temor a equivocarnos que:

El actor solicita que se le paguen las sumas de dinero desde el año 1997 hasta el 2004, lo que repercutiría en el incremento de salarios hasta la fecha de su retiro, por concepto del incremento o reajuste salarial, tomando como base el IPC y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro, hasta la fecha del pago efectivo.

La entidad mediante Acto administrativo hoy atacado (oficio No. 20183171610751), le da respuesta negativamente y le da las razones de derecho que le asiste mi representada, argumentando que:

"...me permito comunicar que no es posible atender de forma favorable su solicitud por conducto de ésta dependencia, debido a que la sección de nómina del Ejército presupuesta las partidas incluidas en el Sistema de Informática del Ministerio de Defensa Nacional, las cuales de acuerdo al Decreto anual de sueldos expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, no contempla el reconocimiento de dicho incremento bajo los parámetros solicitados en su petición"

Siendo importante aclarar a su señoría que los lapsos que se presentaron las diferencias entre el porcentaje del IPC y el principio de oscilación, fue entre los años 1997 y 2004, fecha en los cuales el **demandante se encontraba en servicio activo** y por lo tanto **no devengaba pensión o asignación de retiro.**

Sumado a ello, los integrantes de la Fuerza Pública en su condición de servidores públicos están sujetos al régimen salarial y prestacional que determine la ley, sin que pueda predicarse la aplicación extensiva de normas especiales, cuya vigencia está condicionada por mandato constitucional al ejercicio de las atribuciones confidadas a través del ordenamiento legal al Gobierno Nacional.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior tenemos lo siguiente:

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y



prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 indican que la ley determinara los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determine que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Relacionado con la especialidad del régimen bajo estudio, la Corte Constitucional (C-432/04), sostuvo:

"Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza Pública, no solo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del texto superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad".

De otra parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social al personal de la Fuerza Pública:

"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".

La anterior disposición fue adicionada por la Ley 238 de 1995 en los siguientes términos:

"Parágrafo 4: Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Concordante con lo anterior y sobre el punto que se debate en este proceso, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prescribe:

"Artículo 14.- Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario



mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno."

Se reitera entonces que la garantía establecida en la Ley 238 de 1995 cubre por entero a las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, es decir, que las asignaciones de retiro son susceptibles de incrementarse con el IPC de acuerdo con los artículos 14, 142 y 238 de la Ley 100 de 1993, al efecto el Consejo de Estado ha sostenido:

"En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse con forme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.

A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública."

Ahora bien, el demandante solicita conforme a lo ordenado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se se le reajuste los salarios y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro, desde el año 1997 hasta la fecha del pago efectivo.

Al respecto, se hace hincapié en que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala que **las pensiones para que mantengan su poder adquisitivo constante**, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. **Disposición que es inaplicable para los salarios que se reciben en servicio activo.**

En esa medida, se observa que el actor fue retirado del servicio activo con efectos fiscales a partir del **18 de abril de 2018**², razón por la cual para los años solicitados en la demanda, la señora Marisol Daza se encontraba en servicio activo y es por esto que el artículo 14 de la referida Ley 100 no le es aplicable en el sentido de que hace referencia al reajuste de pensiones y no al reajuste de salario básico, pues este, como lo establece la Ley 4 de 1992 para el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública será determinado por el Gobierno Nacional anualmente con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa ley.

JURISPRUDENCIA

Pretender aplicar la figura del IPC, para buscar obtener el reajuste de los salarios de un miembro de la Fuerza Pública, sería desconocer el Sistema Normativo y la Constitución Política en sí misma, la cual fija las competencias y el procedimiento dado al Legislador y al Ejecutivo para reajustar tanto los sueldos básicos, como las pensiones o asignaciones de retiro, en uno y otro caso, lo cual a todas luces no es dable jurídicamente, como quiera que nos encontramos ante dos supuestos de hecho y normativos distintos.

De otra parte, la pensión del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se reajusta de conformidad con las normas especiales, en atención a lo dispuesto en la ley 4 de 1.992, en concordancia con el decreto 1211 de 1990, que se encontraba vigente para la época en que se solicitan los reajustes, junto con los decretos de incrementos de sueldo decretados anualmente por el Gobierno Nacional; razón por la cual no hay lugar a reajuste ni reliquidación pensional, toda vez que a la misma se le aplicó el principio de

² Decreto No. 714 675 del 18-04-2018.



oscilación previsto en artículo 169 del decreto 1211 de 1.990, que señala lo siguiente:

"Artículo 169. - Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley. (Resaltado fuera de texto)

Por otro lado, se pretende gozar de las ventajas del sistema de seguridad social excepcional que contempla el principio de oscilación y al mismo tiempo recibir los beneficios del sistema general de pensiones, mediante el reajuste con base en el I.P.C., para unos años determinados; al respecto cabe traer a colación lo expresado por la Honorable Corte Constitucional:

*"...las personas vinculadas a los regímenes especiales deben someterse íntegramente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general. En efecto, **no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica**" Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Así las cosas, se encuentra que las para el personal uniformado se han reconocido y reajustadas en la forma prevista en la norma especial que regula el Principio de Oscilación, sin que se pueda pretender que se apliquen normas prestacionales más favorables del régimen especial y al mismo tiempo se le aplique las más favorables del régimen general, quebrantando con ello el ordenamiento jurídico colombiano y el principio de Inescindibilidad de la norma.

Por lo anteriormente dicho, el régimen general no le es aplicable al personal integrante de la Fuerza Pública, como en forma reiterada lo ha señalado insistentemente la Corte Constitucional en diferentes sentencias de acción de constitucionalidad (C-890-99, C-835/02, C-1032 de 2002 y C-970/03).

En el mismo sentido La Subsección "E"- Sección Segunda, del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 03 de mayo de 2012, con ponencia del Magistrado JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA, negó las pretensiones de la demanda por hechos similares, con fundamento en el análisis normativo hecho en el texto del presente escrito de contestación.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

- Sentencia Corte Constitucional C-781 de 2001, MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia Corte Constitucional C-432 de 2004, MP. Dr. Rodrigo escobar Gil.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 17 de mayo de 2007, MP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Sentencia del Consejo de Estado No. 25000-23-25-000-2007-0267-01 del 12 de febrero de 2009, MP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Sentencia del Consejo de Estado No. 250002325000201000511101 del 15 de noviembre de 2012, MP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 23 de octubre de 2014.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B No. 250002323000201100710 01 del 29 de noviembre de 2012, MP. Victor Hernando



La seguridad
es de todos

Mindefensa

Alvarado Ardila.

Acorde a lo anterior, en reiteradas sentencias de segunda instancia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA han negado pensiones como en el caso que nos ocupa:

- Expediente **No. 1100133350262016-00177-01**
Demandante: ZAMIRT TRUJILLO MEJÍA
Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
MP. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON - SECCION SEGUNDA
- Expediente **No. 11001333502520160035501**
DEMANDANTE: JUAN CARLOS SANTA SCARPETTA
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
MP. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO - SECCION SEGUNDA
- Expediente **No. 11001334204820160063401**
DEMANDANTE: JOSÉ JAVIER GONZÁLEZ DÍAZ
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AEREA.
MP. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA - SECCION SEGUNDA

VII. CONCLUSIÓN

El reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, jubilación, o ASIGNACIÓN DE RETIRO COMO ES EL CASO DEL HOY DEMANDANTE MARISOL DAZA GARZÓN, se debe ajustar a las **normas vigentes al momento de la causación de la prestación** como parte de la manifestación del derecho fundamental, por ser ese el desarrollo que le ha dado el legislador, o en su defecto el ejecutivo.

En ese sentido, en principio, a la persona se le aplican las normas vigentes al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión, que determina el tiempo de servicios y la edad mínima, requisitos a partir de los cuales se entiende que ha de cubrir la contingencia de la vejez para que la persona descanse al final de su vida productiva, de allí que la identificación de los factores a partir de los cuales se ha de determinar el ingreso base de liquidación y el porcentaje de dicho ingreso que le corresponderá como mesada pensional, hace parte del régimen vigente al momento de volverse la persona acreedora de la prestación.

Lo anterior por cuanto, la regla general de la aplicación de la ley en el tiempo dispone que si durante la vigencia de una determinada norma se configura el supuesto jurídico consagrado en ella, es claro que se aplica la consecuencia jurídica allí dispuesta. Así las cosas, cuando la persona cumpla la edad y el tiempo de servicios requeridos para pensionarse bajo un régimen, el mismo deberá aplicarse integralmente a su pensión, por ser la norma vigente al momento de la consolidación de los hechos.

En otras palabras, el derecho a la reliquidación de una pensión se supedita a la verificación de la aplicación de la legislación vigente en la liquidación ya hecha de una pensión; dado que si bien se considera que la persona tiene derecho a una prestación económica que cubre la contingencia de su vejez, se puede solicitar que la señora juez verifique que la liquidación de la prestación corresponda efectivamente a la que se le debe al actor según el régimen vigente a la acusación del derecho.

Para el **caso en concreto**, está debidamente acreditado en la con **Decreto No. 675 del 18 de abril de 2018**, por medio del cual autoriza el retiro del servicio activo "por llamamiento a calificar servicios", a la señora **CR. (RA) MARISOL DAZA GARZÓN**, se realizó con fundamento legal establecido en los artículos 99, 100 literal a, numeral 1, artículo 101



del decreto 1790 de 2000³ y Decreto No. 4433 de 2004, con novedad fiscal del 18-ABRIL-2018.

De igual manera, mediante Resolución No. 15053 del 20-JUNIO-2018 la Caja de Retiro de las FF.MM **ordena reconocimiento y pago de la asignación de retiro.**

Por lo anterior no es de recibo jurídicamente admitir el reajuste de salarios para 1997 a 2004, con fundamento en el índice de precios al consumidor por dos razones a saber:

- 1- Los reajustes de los sueldos para el personal activo de las FF.MM, se realizó conforme a los decretos expedidos por el gobierno nacional para los 1997 a 2004, fecha en las cuales la parte demandante se encontraba activo.
- 2- Los **REAJUSTES DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CON FUNDAMENTO EN EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR APLICA PARA AQUEL PERSONAL, QUE CONSOLIDÓ SU DERECHO ANTES DEL PERIODO CORRESPONDIENTE A 1997 Y 2004⁴**, supuesto de hecho que no corresponde al caso sub iudice como quiera que la parte actora consolidó el derecho de asignación de retiro a partir del año 2018. es decir no es dable subsumir ese supuesto de hecho como quiera que esta fuera del rango de aplicación.

De acuerdo con la posición jurisprudencial expuesta en los argumentos señalados consideramos que no debe aplicarse al caso en estudio, los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, y, en consecuencia, el demandante no tiene derecho a que se le reajuste su asignación de retiro con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, esto es, con base en el IPC del año inmediatamente anterior certificado por el DANE.

Finalmente y no menos importante, considera mi representada que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad en el medio de control invocado, aunado a la prescripción de derechos invocados en razón a los argumentos expuestos al inicio de estos escritos, para lo cual reiteramos la solicitud a la Honorable Magistrado que se decreten las excepciones propuestas.

VIII. DE LAS PRUEBAS

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el párrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A., me permito allegar el expediente administrativo y/o prestacional con los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

IX. ANEXOS

³ ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitan de Navio, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación. llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.-Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:-> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación: a) Retiro temporal con pase a la reserva

⁴ Sentencia del Consejo de Estado No. 250002325000201000511101 del 15 de noviembre de 2012, MP. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 23 de octubre de 2014 y Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B No. 250002323000201100710 01 del 29 de noviembre de 2012, MP. Victor Hernando Alvarado Ardila.



1. Poder para actuar y sus respectivos soportes.
2. Copia del expediente administrativo y/o prestacional del actor.

X. PERSONERÍA

Respetuosamente solicito al Despacho, reconocermé personería para actuar en el presente proceso, en los términos del poder que me ha sido conferido.

XI. NOTIFICACIONES

La Entidad las recibirá en la Carrera 57 No. 43-28, Puerta 8, CAN - Ministerio de Defensa Nacional, Bogotá D.C., adicionalmente al correo electrónico de la entidad: **notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co**

De igual manera las notificaciones al suscrito en el correo **jrgutierrez.abogado@gmail.com**; **jesus.gutierrez@mindefensa.gov.co**; Cel. 3212625375.

De su señoría con toda consideración y aprecio,

JESÚS RODRIGO GUTIÉRREZ JIMÉNEZ
C.C. 80.430.249 de Madrid - Cund.
T.P. 193.725 del H.C.S.J.

24-08-2020

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**

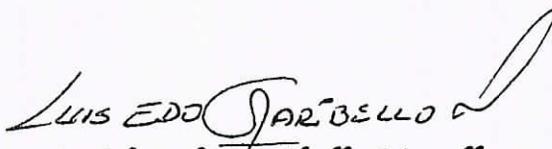
**CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE
LAS EXCEPCIONES**

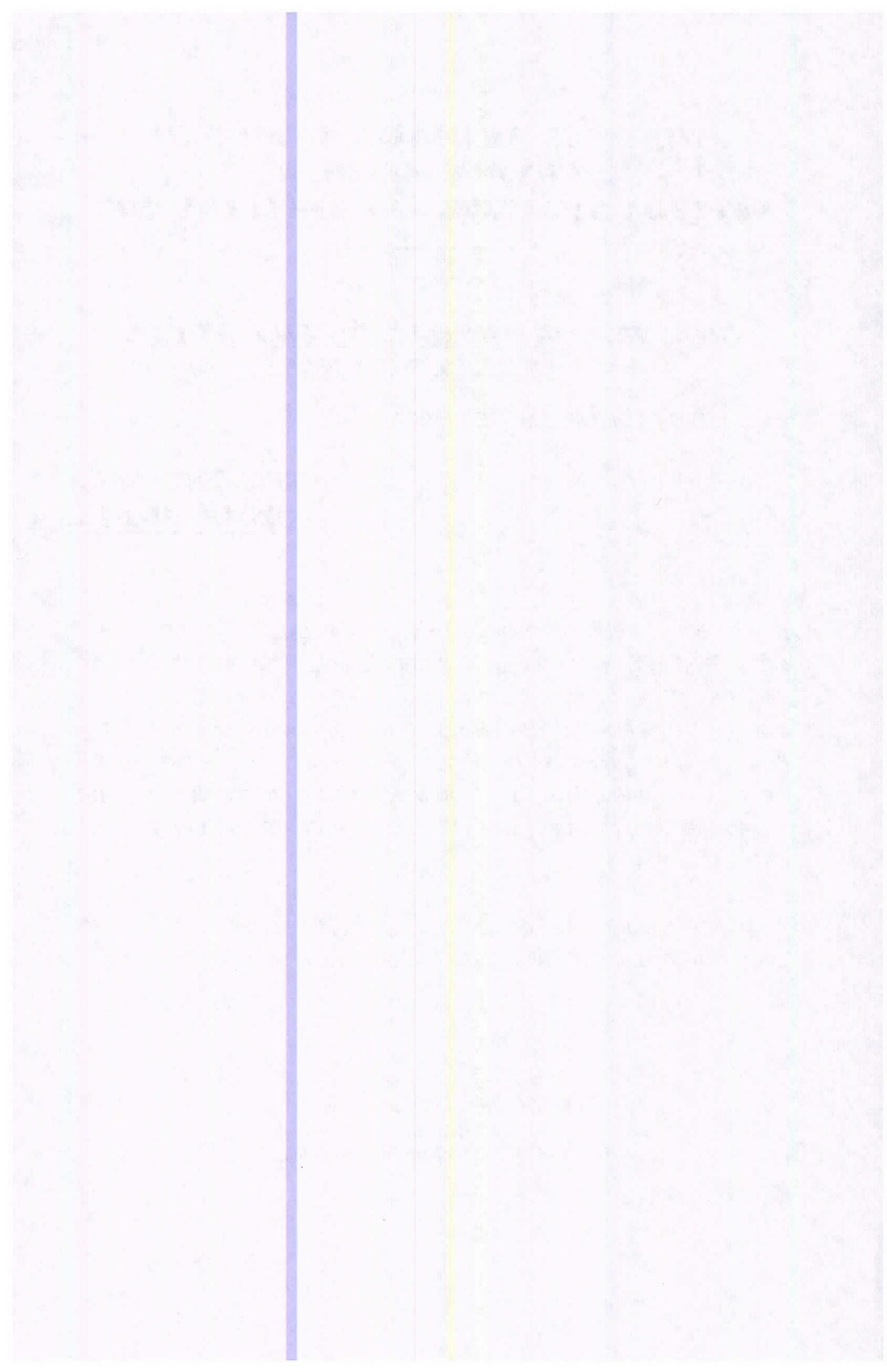
Bogotá, D.C., 3 DE DICIEMBRE DE 2020

**EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01617**

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.


Luis Eduardo Garibello Matallana.
OFICIAL MAYOR
TAC – SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"





Señor

MAGISTRADO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCION SEGUNDA SUB-SECCION B.
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARGARITA GALLO ROA
DEMANDADO: SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E
RADICADO: 25000274200020190161700
ASUNTO: CONTESTACION DEMANDA

GUILLERMO BERNAL DUQUE, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No.80.411.214, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 98.138 del Consejo Superior de la Judicatura obrando en calidad de apoderado especial de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., con domicilio en esta ciudad, identificada con NIT 900958564-9, según poder otorgado por la doctora NORA PATRICIA JURADO PABON, en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica por medio del presente escrito, me permito dar contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

FRENTE A LOS HECHOS

PRIMERO: ES CIERTO.

SEGUNDO: NO ES CIERTO. Para la fecha de la subrogación a que se refiere la norma en cuestión, no existía entre la hoy demandante y el hospital del Tunal hoy Subred Sur, ningún derecho u obligación correlativo, pues lo existía para dicha fecha era un acuerdo de voluntades definido en un contrato de prestación de servicios regido por las normas del derecho privado, conforme con lo autorizado por el artículo 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: Me atengo a lo que se prueba de acuerdo a lo dispuesto literalmente en los contratos celebrados entre las partes, los que se rigen por el derecho privado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993, la legislación civil y comercial.

CUARTO: ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE, esto de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Creación de la Subred Sur.

QUINTO: La primera parte de lo expresado por la apoderada de la demandante, no se trata de un hecho, sino una apreciación personal suya. Respecto de las obligaciones y actividades desempeñadas por la demandante en desarrollo de los contratos, me atengo a lo dispuesto a su tenor literal.

QUINTO: ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE

SEXTO: ES PARCIALMENTE CIERTO, lo es en cuanto la suscripción de los contratos por las partes es uno de los requisitos de perfeccionamiento, no lo es frente a la manifestación de que dichos contratos fueron sucesivos, razón por la cual me atengo a lo que se prueba.

SEPTIMO: ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE

OCTAVO: ES CIERTO, respecto a que con posterioridad a la expedición del Acuerdo 641 de 2016, los contratos fueron celebrados con la SUBRED SUR, con anterioridad a su expedición se celebraban con cada uno de los hospitales de la red pública bogotana.

NOVENO: ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE. Sin embargo es necesario indicar desde ahora, que entre la demandante y los HOSPITALES hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., no existió un vínculo laboral sino una relación netamente contractual. Tampoco es cierto que a la demandante se le hubiere impuesto un horario de trabajo, o tuviera jefes o superiores jerárquicos, lo



que si existía era la coordinación de actividades y de supervisión, pues los contratistas e inclusive el personal de planta no pueden ser una rueda suelta en el andamiaje del Hospital, por tal razón frente a las demás afirmaciones de la apoderada de la demandante me atengo a lo que se pruebe.

DÉCIMO: NO ES CIERTO, según se presenta el hecho. La parte actora pretende involucrar en el hecho, al personal de planta de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., intentando crear una similitud entre el contrato de prestación de servicios y nombramiento en calidad de empleado público, o trabajador oficial, regidos por una relación legal, reglamentaria o por un contrato de trabajo, vinculación que no es asimilable y que por sus razones se diferencian frente a las prerrogativas y remuneraciones, lo cual no es ilegal por ser autorizado por la ley.

UNDÉCIMO: NO ME CONSTA. Toda vez que en el año 2018 la demandante celebros con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. dos contratos de prestación de servicios, razón por la cual no existe claridad a cual pertenece la suma que fue manifestada por la apoderada de la demandante. En sentido me atengo a lo que se pruebe.

DUODÉCIMO: NO ES UN HECHO. Corresponde a una apreciación personal de la apoderada de la demandante, en la cual expone argumentos que corresponden al objeto en litigio dentro del proceso. Además se trata de la transcripción de los apartes de un fallo del Consejo de Estado.

DÉCIMO TERCERO: ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE.

DÉCIMO CUARTO: ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE.

DÉCIMO QUINTO: NO ES CIERTO. De acuerdo con la manifestación realizada por la apoderada en los hechos Décimo Tercero y Décimo cuarto, ya que si el último contrato suscrito entre la señora MARGARITA GALLO ROA y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., tenía como fecha de terminación el 31 de octubre del año 2018, es contradictorio que se manifieste como fecha de terminación unilateral el 30 de septiembre de 2019. Ahora bien, respecto a la respuesta negativa dada a la solicitud elevada por la accionante contenida en el oficio OJU-E-1975-2019, me atengo a la fecha de expedición y a su contenido literal.

DECIMO SEXTO: ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE. Como la apoderada de la demandante hace alusión al contenido de una disposición normativa, me atengo al contenido dispuesto en la misma.

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Me opongo a la prosperidad de todas y cada una de ellas, por las razones de derecho que expondré más adelante.

RAZONES DE LA DEFENSA

Vale recordar que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 641 de 2016 expedido por el Consejo de Bogotá, es una entidad pública descentralizada con categoría especial, del orden Distrital. Con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá. En desarrollo de su misión institucional la SUBRED SUR contribuye con el fortalecimiento de la calidad de vida de los usuarios y al impacto favorable en el entorno social y ambiental de las respectivas Localidades.

Atendiendo a su naturaleza, las personas naturales o jurídicas vinculadas a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. mediante un contrato de prestación de servicios, realizan las actividades con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; no se les imparten órdenes, simplemente se supervisa y controla el resultado de acuerdo con las obligaciones



Guillermo Bernal Duque
Abogado, especialista en Seguridad Social y Derecho Contencioso Administrativo.
Guillermobd1922@hotmail.com
Tel. 3114510447
Bogotá D.C.

específicas que se plasmaron en el contrato suscrito por el contratista y frente a los objetivos de la entidad, y no el cómo se realiza; existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio y tienen derecho al pago de los honorarios expresa y previamente convenidos en los respectivos contratos.

Los contratos de prestación de servicios adosados con la demanda, son de aquellos que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, le están permitidos celebrar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD S.J.F. E.S.E., evidencia que se encuentra en el cuerpo de los mismos, al pactarse de forma expresa su objeto, obligaciones generales y específicas, actividades, plazo y condiciones de pago.

En este sentido el numeral 6 el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 expresa:

*"ARTICULO. 195.-Regimen juridico. Las empresas sociales de salud se someterán a las reglas generales de contratación de la ley 80 de 1993.
6. En materia contractual, se regirán por el derecho privado, pero con la discrecionalidad para incluir las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública."*

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, establece que las Entidades Estatales que por disposición legal cuenten con régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal.

Es del caso mencionar que el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 27 de agosto de 1998, radicación N° 1.127 Magistrado Ponente: Javier Henao Hidrón, ha señalado que en materia contractual las Empresas Sociales del Estado-ESE, se regirán por el derecho privado, pero tienen la facultad de utilizar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes (hoy cláusulas excepcionales), previstas en el estatuto general de la contratación pública, aparte que cito a continuación:

"(...)

1.1 Aplicación de las reglas de derecho privado en materia de contratación. Discrecionalidad para incluir cláusulas excepcionales. Al disponer el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, la ley 100 de 1993 señaló en el numeral 6 de su artículo 195 que, en materia contractual, se regirán "por el derecho privado", pero con la facultad para utilizar discrecionalmente "las cláusulas exorbitantes" previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

"(...)

*El estatuto general de contratación de la administración pública, expedido mediante la ley 80 de 1993, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1º); para este efecto hace una enumeración de las que denomina **entidades estatales**, entre las cuales se encuentran, además de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades descentralizadas, los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos, "las demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles" (artículo 2º).*

"(...)

Para las ESE, por tanto, la legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato.



Con todo, esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que las ESE resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato. Y en segundo lugar porque, al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la ley 80, a esta regulación deberán atenerse. Estos contratos son precisamente los que define su artículo 32, y que ya han sido mencionados, o sea el de obra, el de consultoría, el de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, el de concesión, el encargo fiduciario y la fiducia pública, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de subjetividad. (Resaltado y entrelinado nuestro).

Las anteriores razones, son suficientes para que nos opongamos a que se declare la existencia de un contrato ficto o presunto, por cuanto la demandante suscribió sendos contratos de prestaciones de servicios, sin continuidad entre algunos de ellos, en los cuales repito, se han pactado de forma expresa su objeto, obligaciones, actividades, plazo, condiciones de pago y demás aspectos de orden contractual.

Obsérvese que el legislador autoriza la celebración de este tipo de contratos cuando determinada actividad, relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad, no pueda realizarse con personal de planta y esa es la situación que se ha presentado en el presente caso, tal y como se dejó expreso en las CONSIDERACIONES de los contratos celebrados, para el caso de la demandante como **MÉDICA ESPECIALIZADA EN GINECOLOGÍA** al indicar que: "El contratante requiere la ejecución de actividades adicionales asistenciales y teniendo en cuenta que con el personal de planta existente no se alcanza a cubrir la totalidad de los servicios requeridos y necesarios para el normal y continuo funcionamiento."

La Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de marzo 19 de 1997 (M.P. Hernán Herrera Vergara) al declarar la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que en nuestro sentir es aplicable a lo dispuesto por el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, en lo que no le sea contrario, cuando precisó:

"En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada la entidad. Por esta razón, el contrato de prestación de servicios tiene también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la



Constitución Política, según el cual: "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las ramas en las que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y solo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellas atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinaria y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y previsiones pertinentes a fin de que se dé total cumplimiento a lo previsto en el artículo 127 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de este quedara desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo".

Conforme al pronunciamiento jurisprudencial, antes transcrito, resulta que los contratos celebrados por la SUBSRED SUR, con la demandante, lo han sido para una obligación de hacer, en razón de su experiencia; entonces, la persona natural así contratada, tiene autonomía e independencia en el desarrollo de su labor, sin que ello implique que no exista una coordinación entre las partes, y una supervisión para lograr el objetivo buscado.

INEXISTENCIA DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA DE LA DEMANDANTE

En cuanto a la subordinación y/o dependencia, como requisito fundamental para que se declare la existencia de una relación laboral, el H. Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

"En decisión de Sala Plena de esta Corporación, adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación U 0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, se indicó que el trabajo desempeñado por determinados contratistas no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación no de subordinación:

¹ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-060 de 2007, C-282 de 2007, C-386 de 2000, C-397 de 2006, C-154 de 1997, 0-236 de 1997, 1-214 de 2003, 0-124 de 2004, T-1109 de 2005.



"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

"El presente caso es similar a los supuestos facticos del decidido en Sala Plena, por lo que, siguiendo el precedente judicial, se aplicara la misma tesis que niega la existencia de relación de trabajo."

"Ahora bien, en el caso resuelto en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, anteriormente mencionado, se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico. A continuación, y teniendo en cuenta que el presente cuenta con las mismas características, se harán las siguientes precisiones:

"Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación."

"Es decir, que, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales." (Negrillas y Subrayas fuera del texto).

Se destaca que la sentencia a la que me he referido anteriormente, cita la Sentencia de Sala Plena de 18 de noviembre de 2003, que es una **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**, según lo dispuesto en el artículo 270 del CPACA, pues la misma fue proferida por la **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** por importancia jurídica y la misma constituye precedente jurisprudencial según lo dispuesto en la Sentencia C-34 de 2011.

Conforme a la **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL** transcrita en precedencia, tenemos que las relaciones de coordinación entre el contratante SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E y la contratista, no implican la existencia del elemento subordinación, propio de las relaciones laborales, pues lo que se busca con la coordinación, es garantizar la efectiva prestación de los servicios contratados, y en muchas ocasiones como en el presente caso, se requiere que el servicio sea prestado en determinado horario, y en las instalaciones del HOSPITAL; el hecho de que el contratista deba rendir una serie de informes para verificar el cumplimiento de las actividades a su cargo, de ninguna manera puede entenderse como una subordinación o dependencia, pues de darle dicho alcance, tendría como consecuencia la desnaturalización de cualquier contrato de prestación de servicios, ello según la tesis expuesta por el apoderado del actor.

Ahora bien, en el caso en concreto, la parte demandante aduce que la labor prestada en virtud de los contratos de prestación de servicios no fue autónoma y por el contrario fue subordinada entre otras porque: i) desarrolló funciones propias de un funcionario de planta; ii) lo hizo con la dotación, elementos y sitio de trabajo proporcionado por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E; iii) estuvo sometido al horario laboral iv) Presentó los informes solicitados.

Guillermo Bernal Duque
Abogado, especialista en Seguridad Social y Derecho Contencioso Administrativo.
Guillermobd1922@hotmail.com
Tel. 3114510447
Bogotá D.C.



Frente a tales argumentos con los cuales el demandante pretende acreditar la existencia de una presunta subordinación, vale la pena reiterar que el hecho de que el contratista hubiese prestado sus servicios en horarios laborales de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E y siguiendo los parámetros dispuestos en el contrato, no implica como lo ha reiterado la jurisprudencia, que exista una subordinación como elemento estructural de una relación laboral.

Esta posición ha sido reiterada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "D" y "C" en los Expedientes radicados No. 2008-01040-01 y No. 2008-00085 en los cuales se afirmó lo siguiente:

"[...] En estos casos, en que el horario constituye un elemento necesario para el cumplimiento de la finalidad propuesta con la ejecución del objeto contractual, pues dicha actividad no se puede desarrollar de manera desorganizada, inconsulta o aislada dentro de una institución de salud, o en horarios diferentes a los que establezca la entidad, ello en razón a la necesidad de racionalizar el recurso humano respecto de los servicios asistenciales que se demanden. En tal sentido, entiendo la sala que para nada infiere en la autonomía del contratista, el establecimiento de turnos u horarios, pues, tratándose de personas que cumplen labores como profesionales de la salud en una institución hospitalaria, ello apenas resulta natural o inherente al desarrollo del objeto contractual." (Resaltado fuera del texto).

Reitero que este tema ya fue definido en **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN** del Consejo de Estado citada en precedencia:

"Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación." (Resaltado fuera del texto).

En el mismo orden, tampoco puede pretenderse que el hecho de ejecutar las obligaciones contractuales **en las instalaciones de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E**, se convierta en un argumento válido para probar la existencia de una relación laboral.

El apoderado de la contratista, omite o quiere ignorar las cláusulas contenidas en los contratos celebrados que tiene que ver con la "SUPERVISIÓN" que suponen por parte de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, de una vigilancia para el control del cumplimiento del contrato, cuyas funciones se encuentran manifiestamente claras, así como también las "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA", pues pretender ser una rueda suelta resulta absurdo a la luz de las responsabilidades que tiene en temas como el contratado.

Resulta claro que La SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E —, no puede simplemente dejar hacer lo que los contratistas quieran y suponer que ello puede ser así, lo que estaría en contravención a la función social de la institución y sus intereses tanto misionales como financieros, pues se trata de unos acuerdos celebrados entre las partes para el cumplimiento del contrato, y lo que en el se acordó. Las actividades, para el caso de los **médicos ginecólogos** merecen necesariamente una articulación con el Hospital, no puede algo menos que establecer un canal de comunicación claro, expreso y ajustado a requerimientos, pues repito, no sería acorde permitirle a cada **médico ginecólogo** que hiciera lo que a bien tengan, por el prurito de garantizar una "independencia", la cual debe analizarse de forma diferente teniendo en cuenta la actividad que este cumple conforme a lo contratado, que tiene que ver con el apoyo a la gestión de los hospitales para la atención a la población paciente que en la mayoría de los casos desborda la capacidad de atención de los hospitales que integran la La SUB-RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, teniendo en cuenta que en la planta de personal no existe el personal suficiente para atender las mismas.



Respecto de los elementos constitutivos del contrato de prestación de servicios y del elemento diferencial con el contrato de trabajo, resulta relevante hacer mención a la jurisprudencia del Consejo de Estado e incluso a la de la misma Corte Constitucional, que en forma reiterada han resaltado, que ese elemento de distinción, radica en la subordinación, siempre y cuando no se trate de la simple coordinación que debe existir entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada.

En sentencia Expediente No. 2204-11 nuevamente hizo énfasis en que las relaciones de coordinación entre contratante y contratista no implica la existencia del elemento subordinación. Se dijo en esta oportunidad:

"Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, la cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación."
(Resaltado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, podemos inferir que no existe pues subordinación en la relación contractual por contrato de prestación de servicios, entre las partes contratantes en el presente proceso.

Finalmente, resalto para concluir que en cuanto a la subordinación y/o dependencia, como requisito fundamental para que se declare la existencia de una relación laboral, el H. Consejo de Estado, en **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA**, proferida por la Sala Plena Rad 11-0039 Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zúñiga Ramírez Orozco, se indicó que el trabajo desempeñado por determinados contratistas no se puede considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, no de subordinación:

"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ella puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público: situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales." (Subrayas fuera del texto)

CONFIGURACION DE UNA FICCIÓN "CONTRA LEGEM"

Otro de los elementos a través de los cuales encontramos que las demandas y las diversas decisiones de la justicia, al hallar configurada la relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, descansan en el hecho de "forzar" la ley, escindiría de manera acomodaticia para lograr comedios estrictamente económicos alejados de la juridicidad que deben rodear las demandas y las decisiones, como pasa a verse:

De otra parte la declaratoria de un contrato realidad y aquí es importante destacar, no implica que la persona del demandante obtenga *per se*, y como consecuencia directa de ello, la condición de trabajador oficial o de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter contractual laboral o legal y reglamentaria



Guillermo Bernal Duque
 Abogado, especialista en Seguridad Social y Derecho Contencioso Administrativo.
 Guillermbd1922@hotmail.com
 Tel. 3114510447
 Bogotá D.C.

Consciente de ello, la demandante en apoyo de alguna jurisprudencia, que se ha ocupado de "acomodar" esta situación ligada únicamente al aserto de la **subordinación**, ha querido dejar de lado el cumplimiento de precisas obligaciones contractuales como consecuencia natural de haber acudido, en desarrollo del principio de AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD a celebrar un contrato específico.

En efecto, la jurisprudencia inicialmente concedió el REINTEGRO como efecto de la declaratoria del contrato realidad; luego en posteriores decisiones, entendió que resultaba imposible legalmente conceder el reintegro a título de restablecimiento del derecho como resultaría natural, si se desenmascara un contrato realidad sin tratara. Posteriormente se pronuncia acerca de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA para luego pasar de reconocerla y así fue llegando al momento actual en el que solamente se reduce el *thema decidendum* a ir por un "botín", porque no se le puede tener como trabajador oficial o como empleado público, no se le puede otorgar el reintegro ni mucho menos salarios dejados de percibir, pero sí a recibir unas prestaciones derivadas de una relación (contractual), que no se puede declarar sin transgredir la ley, que soporta la existencia de las mismas.

Elo convierte a casos como el que nos ocupa, en un intento de ir por lo que no le corresponde, pues de manera alguna puede decirse que la demandante cumpliera con alguno, de los requisitos establecidos las normas especiales sobre la vinculación de personal a las entidades del estado, y por el contrario, teniendo en cuenta las disposiciones contractuales y el acuerdo de voluntad entre el demandante y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.F., hacen presumir que su calidad de contratista no puede ni debe alterarse so pena de incurrir en un claro ejemplo de una aplicación de ficción "contra legem".

EXCEPCIÓN PREVIA

1. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL PRETENDIDO

En relación con el término de caducidad en el medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, la ley 1437 de 2011, en su artículo 138 de 2011 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causas establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

Ahora bien, por sabido se tiene que la solicitud de conciliación prejudicial tiene la virtud de suspender el término de caducidad, según las previsiones consagradas en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001. Sobre este particular y dada la naturaleza de la acción, el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA dispone:

"ARTICULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del termino de cuatro (4) meses contado a partir del día siguiente al de la comunicacion, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo (...)"



En el presente proceso, la demandante pretende que se declare la nulidad, entre otros, del oficio OJU-E-1975-2019 de fecha 10 de abril de 2019, notificado el día 11 de ese mismo mes y año, a través del cual la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. le negó a la actora su solicitud de reconocimiento de prestaciones sociales e indemnizaciones a los que, en su sentir, tenía derecho.

De otro lado, conforme la documental allegada, se tiene que la solicitud de conciliación extrajudicial se elevó el día 05 de agosto de 2019, y la audiencia de conciliación ante la Procuraduría 129 Judicial II para Asuntos Administrativos fue realizada el 29 de octubre del 2019 en donde fue expedida constancia de conciliación fallida.

Así las cosas la demandante presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E el 15 de noviembre de 2019 razón por la cual habiendo realizado el análisis temporal de los hechos, con base a lo dispuesto por la ley 1447 del 2011, se tiene que la demanda fue presentada de manera extemporánea, pues desde la notificación del acto administrativo demandado hasta la presentación de la demanda transcurrieron 4 meses y 10 días.

Con base a lo anterior y acorde con lo señalado en Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, sobre la caducidad como un fenómeno jurídico procesal a través del cual:

"(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."

Solicito al señor magistrado se decrete la terminación del proceso, por haber operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretendido por la demandante.

EXCEPCIONES DE FONDO:

1. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES:

No existe en el presente caso un vínculo laboral, legal o reglamentario entre la señora MARGARITA GALLO ROA y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., toda vez que no se demuestra o acredita por parte de la accionante la suscripción de un contrato de trabajo, una resolución de nombramiento, acta de posesión que le otorgue estatus de trabajador oficial o empleado público. Además de no existir estas pruebas documentales, tampoco existen los presupuestos fácticos en favor de la demandante que le permitan acceder al reconocimiento de tal estatus, por lo que, en consecuencia, y de acuerdo a las consideraciones jurídicas establecidas en las razones de la defensa, no es posible constitucional y legalmente que la demandada satisfaga las pretensiones de la demanda.

2. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tal y como se ha planteado legal y jurisprudencialmente, no es posible acceder a lo pretendido por la demandante, en el entendido que en el presente caso no se encuentran presentes la totalidad de los elementos constitutivos del contrato de trabajo. En otras palabras, se encuentra ausente el elemento SUBORDINACIÓN, pues se pretende establecer equivocadamente que los informes presentados (pactados contractualmente), el presunto cumplimiento de horarios, el desarrollo del objeto contractual en las instalaciones del hospital de Usme de la SUBRED SUR, y el suministro de elementos para el cometido de sus obligaciones contractuales son elementos de la coordinación y supervisión necesarios para el desarrollo y cumplimiento del contrato celebrado entre las partes.

La falta de este requisito, así como las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, serán demostradas a través del desarrollo de las etapas procesales.



Guillermo Bernal Duque
 Abogado, especialista en Seguridad Social y Derecho Contencioso Administrativo.
 Guillermbd1922@hotmail.com
 Tel. 3114510447
 Bogotá D.C.

3. COBRO DE LO NO DEBIDO

Al no existir un contrato laboral celebrado entre las partes, sino un contrato de prestación de servicios autorizado por la ley, es palpable que no le asiste a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., el deber legal de reconocer a los empleados prestacionales o aportes a la seguridad social, en el entendido que los honorarios pactados le fueron cancelados en su totalidad a la demandante.

4. PRESCRIPCIÓN

En caso de no ser atendidas las razones expuestas dentro del presente proceso, deberá tenerse en cuenta que acorde con las normas que gobiernan la materia, a saber, artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 que reglamenta el primero, que prevén 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, disponen:

ART. 41 "Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este Decreto, prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho a prestación debidamente determinado, interrumpe a prescripción pero solo por un lapso igual."

ART. 102. "Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto (1848 de 1969), prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible."

"El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho a prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual."

En providencia del H. Consejo de Estado, se precisó el alcance de la prescripción de derechos laborales en materia de reconocimiento de prestaciones derivadas del contrato realidad.

Al respecto dijo lo siguiente:

"En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir que si finalizó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia transcrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración." (Negritas y subrayas fuera del texto)



De igual manera, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección "A" en relación con la prescripción señaló lo siguiente:

"Así entonces, de un lado se analiza la prescripción trienal que ocurre entre la finalización de la relación contractual y la respectiva reclamación de existencia de la relación laboral, y de otro lado, la que ocurre una vez se profiere la sentencia constitutiva de derechos derivados del contrato realiaad.

En ese orden de ideas, el término para contar la prescripción trienal, en cuanto a la reclamación del derecho tendiente al reconocimiento de la indemnización a título de reparación del daño, empieza a correr a partir del día siguiente a la terminación del plazo fijado en la orden de prestación de servicios, so pena, de que opere dicho fenómeno.

En el presente caso, la demandante elevó la reclamación administrativa el 6 de agosto de 2013, y se encuentra que en la mayoría de las vinculaciones hubo interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Art. 10 Decreto 1045 de 1978) es decir, con solución de continuidad por lo que tales tiempos no se puden tener en su integridad sino cada uno en forma independiente, razón por la cual se declarara la prescripción del derecho a que se declare la existencia de la relación laboral respecto al pago de las prestaciones sociales en cuanto a las vinculaciones contractuales que culminaron antes del 6 de agosto de 2010, por lo que para el presente caso hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral para los siguientes contratos de prestación de servicios (Adición al contrato 00307 del 12 de noviembre de 2010, 00280 de 14 de febrero de 2011, 000723 del 12 de julio de 2011, 00325 del 31 de enero de 2012 y 001149 del 9 de julio de 2012 y su adición), puesto que culminaron con posterioridad a la anterior fecha, y entre su culminación y la reclamación administrativa no transcurrieron más tres años."

De conformidad con la tesis jurisprudencial, la solicitud de declaración de existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes a la finalización del vínculo contractual, y que cuando existe solución de continuidad entre uno y otro vínculo contractual, la prescripción debe analizarse de forma independiente para cada contrato.

En reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado reitero que el término de prescripción del derecho a declarar la existencia de una relación laboral es de tres (3) años contados a partir de la finalización del último vínculo contractual, y a su vez precisó que la excepción de prescripción extintiva en los casos de contrato realidad se debe resolver en la sentencia como excepción de mérito y no en la audiencia inicial como excepción previa. Al respecto señala lo siguiente:

"Acorde con lo previsto por el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, una de sus finalidades es resolver todas las situaciones que se constituyan en deficiencias formales que puedan inhibir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, por lo que, en la audiencia inicial el funcionario judicial deberá decidir tan sólo las excepciones que tengan la calidad de previas, es decir, aquellas que se encaminen a atacar la forma del proceso, en procura de evitar decisiones inhibitorias; también podrá resolver, como lo anuncia la norma, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, pero, en todo caso, encaminadas a atacar el ejercicio de la acción, mas no de la pretensión, pues frente a esta fueron previstas las excepciones de mérito cuyo objeto es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por la parte demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado.

Es pertinente señalar que la prescripción extintiva surge cuando transcurre de forma ininterrumpida todo el periodo de tiempo que dicta la legislación pues es fruto de la prolongada inactividad del reclamante o acreedor, por lo que, la idea central es que el acreedor puede evitar que prescriba su derecho antes de que el plazo se haya agotado, al realizar ciertos actos que interrumpen la prescripción y mantienen vigente



el derecho de cobro y la acción que lo ampara. En conclusión, la prescripción se refiere a la extinción de los derechos cuando aquellos no son reclamados durante un periodo de tiempo señalado por la ley, que para el caso de las obligaciones laborales y de seguridad social es de 3 años.

"(...)"

Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral."

Como se evidencia de los documentos aportados como pruebas y aquellos que reposan en el expediente administrativo, al haberse presentado el derecho de petición por parte la aquí demandante el 08 de julio de 2019, encontramos, que se interrumpió la prescripción de los presuntos derechos laborales reclamados del demandante que superen los tres años a que hacen referencia las normas transcritas, para lo cual se debe tener en cuenta cada contrato de forma independiente para efectos de verificar, como evidencia más que verifica, que ha operado el fenómeno prescriptivo de los contratos, en la forma pretendida por la demandante, lo anterior, sin que ello implique el reconocimiento de las pretensiones pretendidas.

5. EXCEPCIÓN GENÉRICA

Solicito de manera respetuosa al señor Juez, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso- CGP, en concordancia con el artículo 306 del C de P.C, y 187 de la ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA, se sirva reconocer las excepciones que se llegaren a encontrar probadas, aunque no hubieren sido alegadas expresamente.

PRUEBAS

Solicito se tengan y decreten como tales las siguientes:

PETICIÓN ESPECIAL

Respetuosamente solicito a su despacho se sirva otorgar un tiempo prudencial a la parte que represento con el fin de llegar a este proceso copia de la carpeta administrativa de la demandante y se tenga como prueba para los fines pertinentes.

DOCUMENTALES A SOLICITAR:

1. Respetuosamente solicito al Despacho requerir a la demandante para que aporte las planillas de pago a salud y pension donde conste el valor sobre el cual cotizó, correspondientes, en los años en que tuvo contratos de prestación de servicios con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, esto con el fin de verificar si además de cotizar como independiente, cotizaba también con otras empresas, o con otros empleadores o mediante otros contratos además de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, con lo cual desvirtuaría el tema de la subordinación, exclusividad y dependencia.
2. Se libre oficio a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, con el fin de que se alleguen al plenario como pruebas, los informes de supervisión de los contratos celebrados con la demandante.
3. Se libre oficio a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, donde se deponga si las señoras NANCY GUARIN, DIANA MONCADA y el señor ROBERTO GALLO, en su condición de testigos citados por la parte demandante, prestaron servicios a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E o a sus Hospitales en calidad de contratistas de prestación de servicios y en que periodos, lo anterior con el fin de establecer la confiabilidad de los testigos.

Guillermo Bernal Duque
Abogado, especialista en Seguridad Social y Derecho Contencioso Administrativo.
Guillermobd1922@hotmail.com
Tel. 3114510447
Bogotá D.C.



INTERROGATORIO DE PARTE

Respetuosamente solicito a su Despacho se sirva decretar de conformidad con los artículos 198 y ss., del C.G.P., el interrogatorio de parte de la demandante MARGARITA GALLO ROA, con C.C. No. 40.043.773, en la calle 12 A No. 71B-40 Torre 10 Apartamento 803 o al correo dayraconcicion_abogada@hotmail.es por intermedio de su representante judicial.

Esta prueba tiene como finalidad, indagar a la parte demandante sobre los hechos relacionados con el presente proceso, a través del interrogatorio de parte que personalmente le formularé.

ANEXOS

- 1 Poder debidamente diligenciado con el que actúo, junto con sus anexos.

NOTIFICACIONES

La Institución que represento y el suscrito las recibirá en la secretaría de su despacho, en la CARRERA 20 No. 47 B - 35 Sur, en esta ciudad o en los correos electrónicos: notificacionesjudiciales@redsjudicial.gov.co y judicial@redsjudicial.gov.co.

Del Señor Juez,

Atentamente,

GUILLERMO BERNAL DUQUE

C.C. No. 80.411.214

C.P. No. 98.138 del C. S. de la J.

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**

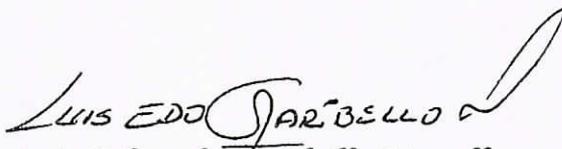
**CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE
LAS EXCEPCIONES**

Bogotá, D.C., 3 DE DICIEMBRE DE 2020

**EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01049**

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.


Luis Eduardo Garibello Matallana.

OFICIAL MAYOR
TAC – SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"

Bogotá D.C.

Señor Magistrado
DR ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección B
E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: LUIS ALFREDO RAMÍREZ ORJUELA
DEMANDADA: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FNPSM,
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA
EXPEDIENTE: 2019-01049-00

CONTESTACION DEMANDA

CARLOS JOSE HERRERA CASTAÑEDA, identificado con la C.C. No. 79.954.623 de Bogotá y T.P. No. 141.955 del C.S.J., obrando en calidad de apoderado de la parte demandada **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** conforme al poder que me fuera conferido, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda promovida en los siguientes términos:

I
A LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho en los siguientes términos:

1. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, toda vez que los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora. argumentos que se expondrán en otro aparte de este escrito. Además, en gracia de discusión que tengan vocación de prosperidad téngase en cuenta que si bien el acto administrativo fue suscrito por un funcionario de la entidad que represento, ello ocurre en virtud de que la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, y en esa medida no puede entrar a reconocer lo pretendido y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, ya que los dineros no le pertenecen. Aclarase que la única obligación que tiene la Secretaria de Educación es la elaboración del acto administrativo que en ultimas es aprobado por el Fondo de Prestaciones del Magisterio, entidad que fue quien reconoció las cesantías a la parte actora.
2. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, toda vez que los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora. argumentos que se expondrán en otro aparte de este escrito. Además, en gracia de discusión que tengan vocación de prosperidad téngase en cuenta que si bien el acto administrativo fue suscrito por un funcionario de la entidad que represento, ello ocurre en virtud de que la

ley no le la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, y en esa medida no puede entrar a reconocer lo pretendido y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, ya que los dineros no le pertenecen. Aclarase que la única obligación que tiene la Secretaria de Educación es la elaboración del acto administrativo que en ultimas es aprobado por el Fondo de Prestaciones del Magisterio, entidad que fue quien reconoció las cesantías a la parte actora.

3. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, en la medida que al no existir condena alguna en contra de la entidad a la cual represento, no hay lugar a pago alguno como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A., como equivocadamente lo pretende el libelista.

4. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, en la medida que al no existir condena alguna en contra de la entidad a la cual represento, no hay lugar a pago alguno como lo solicita la parte actora.

5. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, en la medida que al no existir condena alguna en contra de la entidad a la cual represento, no hay lugar a pago de costas además en la medida que no se evidencian por parte de la entidad que represento conductas dilatorias o de mala fe dentro del proceso que den lugar a ello.

II A LOS HECHOS

Doy respuesta a cada uno de los hechos de demanda en el mismo orden de su formulación así:

AL PRIMERO. - Es cierto de acuerdo a la documental aportada.

AL SEGUNDO. - Es cierto de acuerdo a la documental aportada.

AL TERCERO. - Es cierto de acuerdo a la documental aportada.

AL CUARTO. - Es cierto de acuerdo a la documental aportada.

AL QUINTO. - Es cierto de acuerdo a la documental aportada.

AL SEXTO. - No le consta a la entidad tal y como se propone. Las condiciones que señala la parte actora deberán ser demostradas por ella, además, teniendo en cuenta que se hace referencia otra entidad que esta llamada en juicio y deberá ser esta quien acredite o desvirtúe el dicho de la demandante en este hecho.

AL SEPTIMO. - No le consta a la entidad tal y como se propone. Las condiciones que señala la parte actora deberán ser demostradas por ella, además, teniendo en cuenta que se hace referencia otra entidad que esta llamada en juicio y deberá ser esta quien acredite o desvirtúe el dicho de la demandante en este hecho.

AL OCTAVO. - Es cierto de acuerdo a la documental aportada.

AL NOVENO. - Es cierto, de acuerdo a la documental aportada.

AL DECIMO. - Es cierto, de acuerdo a la documental aportada.

AL DECIMO PRIMERO. - Es cierto, de acuerdo a la documental aportada.

AL DECIMO SEGUNDO. - Es cierto, de acuerdo a la documental aportada.

III RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PRESTACIONES DE LOS DOCENTES.

Desde la expedición de la Ley 812 de 2003 por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003, se consagró en su artículo 81 lo siguiente:

"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.

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

Por su parte el artículo Art 2º y 3º de la Ley 91 de 1989 a través de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, refiere a la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes, entre la nación y los entes territoriales, de la siguiente manera:

Artículo 2º.- *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

(...)

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

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. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad." (Subrayado fuera de texto).

En el Art 5º ibidem por su parte se establecen los objetivos de esta entidad de la siguiente manera:

Artículo 5º.- *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

- 1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
- 2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
- 3.- Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
- 4.- Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
- 5.- Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones

DE LAS CESANTIAS

Sobre el particular la Ley 91 de 1989 en su Art 15 prevé la forma en la que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio debe cancelar las cesantías al personal docentes, el cual señala lo siguiente:

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:

(...)

3.- Cesantías:

- A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.
- B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

DE LA INTERVENCION EN DE LA SECRETARIA DE EDUCACION EN EL TRAMITE DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS CESANTIAS

Téngase en cuenta que en el Decreto 2831 de 2005 previó la gestión que estaba a cargo de las Secretarías de Educación respecto a las prestaciones sociales de los docentes de la siguiente manera:

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. 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.

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

3. 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.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración 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.

5. Remitir 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 éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

PARAGRAFO PRIMERO: Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARAGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

ARTÍCULO 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

ARTÍCULO 5º. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

Así mismo el Art 56 de la Ley 962 de 2005, "Ley Anti trámites" previo lo que referente a la racionalización de tramites respecto al Fonpremag:

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*

DEL CASO EN CONCRETO

Analizada en conjunto la normatividad referida anteriormente, es claro para esta parte que la entidad que represento si bien interviene en la elaboración o proyección del acto administrativo en este caso del reconocimiento de las cesantías ya sea parciales o definitivas, es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio quien aprueba el mismo y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial y a quien compete el análisis sobre el pago de las cesantías, en esa medida la única intervención que efectúa la entidad territorial llamada a juicio de acuerdo con la Ley anti tramites es en la elaboración y remisión del acto administrativo que en ultimas es aprobado como en el caso de autos por el Fondo quien tiene a su cargo el pago de estas prestaciones sociales de los docentes.

Aunado a lo anterior, bajo el anterior marco normativo es forzoso concluir que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, para efectos del reconocimiento de cesantías, serán destinatarios del sistema de reconocimiento anualizado sin retroactividad de esta prestación. En consecuencia, como la norma en comento prohibió expresamente el régimen de retroactividad de las cesantías de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, entonces la demandante no puede pretender tal reconocimiento bajo este régimen o sistema, habida consideración a que fue vinculada a partir del mes de junio de 1991 (resolución de nombramiento No. 318 de junio 1991).

III EXCEPCIONES

Como consecuencia de los presupuestos expuestos en el capítulo que precede, me permito proponer las siguientes excepciones de fondo:

FALTA DE LEGITIMACIÓN LA CAUSA POR PASIVA.-

Excepción que tiene como fundamento los siguientes argumentos:

Si bien es cierto la excepción de la legitimación en la causa por pasiva, en este tipo de procesos no constituye excepción de fondo solicito se tenga

en cuenta que la Secretaría de Educación Distrital no es quien autoriza ni determina a quien ni cómo debe reconocerse la cesantías parciales o definitivas de manera retroactiva, es la Fiduciaria la Previsora S.A.

Legitimación de hecho en la causa se entiende como la relación procesal. La cual establece que se entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de está al demandado. Quien cita a otro y endilga a otro la conducta causante de la demanda, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se atribuya acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado:

La falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. Sin más, si la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo, porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable, al ser una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, **cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.**

La Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, no puede entrar a variar los factores y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, ya que los dineros no le pertenecen.

A continuación se citan las normas pertinentes que refuerzan el planteamiento anterior:

- **Ley 33 de 1985.** Art. 1. *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.*
- **Ley 91 de 1989.** Art. 2 numeral 5. *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la*

presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...

- **Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.** El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados en la ley para tal fin.
- **Decreto 2831 de 2005.** La Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado docente deberá:

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.

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

Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 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.

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

Remitir 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 éste, junto con la constancia de ejecutoria para efecto de pago y dentro de los 3 días siguientes a que se encuentre en firme."

1. EXCEPCIONES DE FONDO.-

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS:

Conforme ha sido reiterado en numerosas oportunidades por las Altas Cortes se entiende que la presunción de legalidad del acto administrativo, hace referencia a "la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de "legalidad", de "validez", de "juridicidad" o pretensión de legitimidad.

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es "la suposición de que el acto fue emitido conforme

a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción”

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo.

Al respecto vale la pena finalizar reiterando lo expresado en el acápite de razones y fundamentos de derecho en el sentido de que las normas aplicables al caso concreto de la demandante son aquellas que en efecto ha contemplado la entidad demandada.

PRESCRIPCION:

La cual aplicaría conforme a las disposiciones legales y sobre aquellas solicitudes que han sobrepasado el término máximo legal para su reclamación.

LA GENÉRICA O INNOMINADA.-

Solicito al señor Juez que se sirva declarar probada cualquier otra excepción que resulte demostrada en el curso del proceso.

**IV
PRUEBAS**

Solicito se tengan como pruebas a favor de la parte que represento las aportadas con la demanda

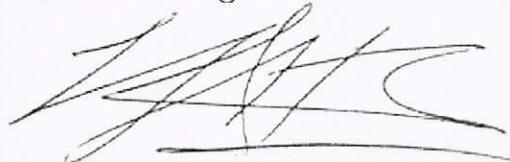
**V
NOTIFICACIONES.**

Para efectos de notificaciones a la entidad que represento o al suscrito suministro los siguientes datos:

A la entidad en la represento, SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA, en la Av. El Dorado No. 66 - 63 de Bogotá.

Al suscrito en la Carrera 18 No. 137-53 Tercer piso de la ciudad de Bogotá o al Correo electrónico del apoderado: chepelin@hotmail.fr

Del Señor Magistrado,



CARLOS JOSE HERRERA CASTAÑEDA
C.C. No. 79.954.623 de Bogotá
T.P. No. 141.955 del C.S.J.



Señor Magistrado
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCION B
E S D

Ref. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO 2019-01049
ID. 627262
Demandante: 19459236 RAMIREZ ORJUELA LUIS ALEJANDRO (1))
Demandado: BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DEL DISTRITO

FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79 330 053, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación del Distrito, según resolución de nombramiento No. 0020 del 08 de enero de 2020, acta de posesión No. 0049 del 08 de enero de 2020, y conforme a la Escritura Pública No. 858 del 03 de mayo de 2018 y el Decreto 212 del 05 de Abril 2018, "Por medio del cual se establecen disposiciones para el ejercicio de representación judicial y extrajudicial de las de las entidades del Nivel Central de Bogotá D.C., se efectúan unas delegaciones y se dictan otras disposiciones", manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente al **Abogado CARLOS JOSÉ HERRERA CASTAÑEDA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79 954 623 de Bogotá, abogado en ejercicio, con la Tarjeta Profesional No. 141 955, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de Representante Legal de la Firma **HERRERA & JIMENEZ CONSULTORES LEGALES SAS.**, para que represente a Bogotá Distrito Capital - Secretaría de Educación del Distrito, ante ese Despacho, en el proceso de la referencia.

El apoderado queda ampliamente facultado para actuar en las diligencias, notificarse, interponer recursos, sustituir, reasumir, desistir y en general todo lo relacionado con las actuaciones a que hubiere lugar para el cumplimiento del mandato y la defensa de los intereses del Distrito Capital - Secretaría de Educación del Distrito.

Por lo anterior, respetuosamente sírvase Señor Magistrado reconocer personería para actuar en los términos y para los efectos de este mandato.

Atentamente,

Acepto,


FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ
C.C. No. 79.330.053
T.P. 45260 del C.S. de la J.


CARLOS JOSÉ HERRERA CASTAÑEDA
C.C. No. 79.954.623
T.P. 141.955 del C.S. de la J.

Av. El Dorado No. 66 - 63
Código postal: 111321
PBX: 324 1000 - Fax: 315 34 48
www.educacionbogota.edu.co
Info: Línea 195

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE
LAS EXCEPCIONES**

Bogotá, D.C., 3 DE DICIEMBRE DE 2020

**EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01010**

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.


Luis Eduardo Garibello Matallana.

OFICIAL MAYOR
TAC – SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"

BOGOTÁ D.C., junio de 2020

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA.
MP. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS**

SUBSECCION: B

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: TOMAS MARTINEZ TRIANA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 25000234200020190101000**

JULIAN ENRIQUE ALDANA OTALORA mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 80.032.677 de Bogotá D.C, Abogado Titulado y en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional No. 236.927 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderado Sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de conformidad con el poder a mi conferido, cordialmente solicito al Despacho reconocermé personería para actuar y estando dentro del término de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito dar contestación a la demanda propuesta dentro del proceso de la referencia contra mi representada judicial, para que mediante Sentencia que haga tránsito a Cosa Juzgada se ABSUELVA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio y en consecuencia se condene en costas al demandante.

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN
LEGAL Y DOMICILIO**

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, para que ejerza las funciones señaladas en el Decreto 309 del 24 de febrero de 2017 y en las disposiciones legales vigentes, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

47.

2010-2011

Dr. James Matthews



De conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial.

La representación legal la ejerce el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, identificado con la cédula de ciudadanía número 12435765, o quien haga sus veces.

El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11, No. Telefónico: 217-0100.

1. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en vista de que las mismas no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal, como se demostrará en el momento procesal oportuno. En consecuencia, respetuosamente le solicito al Despacho que se abstenga de fallar de manera condenatoria en mérito del asunto, por las razones que a continuación se esgrimen en el capítulo de la oposición, hechos y razones de la defensa y fundamentos de las excepciones que se enuncian en este escrito.

A la pretensión DECLARATIVA 1: Me opongo a que prospere la pretensión dirigidas a declarar la nulidad de los actos administrativos No 4514 de 01 de septiembre de 2010, Proferido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, por medio del cual se negó la prestación económica al demandante bajo los presupuestos de la ley 797 de 2003 de 2003, por no cumplir con los requisitos legalmente establecidos para acceder a la misma, como quiera que tales actos administrativos se encuentran ajustados a derecho y fueron debidamente notificados.

A la pretensión DECLARATIVA 2: Me opongo a que prospere la pretensión dirigidas a declarar la nulidad de los actos administrativos Resolución No 0070 del 25 de enero de 2012, proferido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, por medio del cual se confirma en todas sus partes el acto recurrido, como quiera que tales actos administrativos se encuentran ajustados a derecho y fueron debidamente notificados.

A la pretensión DECLARATIVA 3: Me opongo a que prospere la pretensión dirigidas a declarar la nulidad de los actos administrativos Resolución GNR 128472 del 15 de abril de 2014, proferido por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, negó el reconocimiento de una pensión de vejez al señor MARTINEZ TRIANA TOMAS, identificado con CC No. 10,164,117, por no





acreditar los requisitos de la Ley 797 de 2003, como quiera que tales actos administrativos se encuentran ajustados a derecho y fueron debidamente notificados.

A la pretensión DECLARATIVA 4: Me opongo a que prospere la pretensión dirigidas a declarar la nulidad de los actos administrativos Resolución GNR 68851 del 03 de marzo de 2016 se reconoció una pensión de vejez especial por alto riesgo al señor MARTINEZ TRIANA TOMAS, en una cuantía de \$1.236.254.00; liquidada con 1802 semanas, con un IBL de \$1.557.583.00 al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 79.37%. Prestación que fue reconocida bajo Decreto 2090 de 2003, dejando su ingreso a nomina en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio público., como quiera que tales actos administrativos se encuentran ajustados a derecho y fueron debidamente notificados.

A la pretensión DECLARATIVA 5: Me opongo a esta pretensión, toda vez que debemos indicar que no es tema de discusión el derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, por cuanto mediante resolución GNR 175771 DEL 17 de junio de 2016, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, resolvió Modificar la Resolución GNR 68851 del 03 de marzo de 2016, y procedió a reliquidar la pensión de vejez especial por alto riesgo y ordenar su ingreso a nómina a favor del señor MARTINEZ TRIANA TOMAS, con una mesada a 30 de junio de 2016 de \$1,242,610, con un retroactivo de 1,284,030.00, la cual fue ingresada en la nómina del periodo 201607 que se paga en el periodo 201608.

A la pretensión DECLARATIVA 6: Me opongo a esta pretensión dirigida a obtener el pago por concepto de retroactivo, ello en atención a que al demandante no le asiste derecho a que se declare la nulidad de las resoluciones acusadas y como consecuencia de ello la reliquidación de la prestación pensional, motivo por el cual se deduce que mi representada no adeuda suma alguna en favor de la parte actora, como quiera que la prestación pensional se encuentra ajustada a derecho y debidamente liquidada, pues al momento de efectuarse el correspondiente calculo aritmético se tomaron los factores taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994, devengados y certificados por la demandante.

se observa que el reconocimiento de la prestación se reconoció al 30 de junio de 2016, es decir a partir del día siguiente a la separación del servicio, tal como consta en la Resolución No. 047 de 2016 emitida por la E.S.E. HOSPITAL DIOGENES TRONCOSO DE PUERTO SALGAR CUNDINAMARCA encontrándose la misma ajustada a derecho, de conformidad con la legislación vigente y con los postulados de la Honorable Corte Constitucional.

A la pretensión DECLARATIVA 7: Por otro lado, tampoco es posible acceder al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, toda vez que:



Colpensiones

Que respecto de los intereses moratorios solicitados en la demanda, los mismos no proceden dado que no ha operado por parte de la entidad un retraso injustificado para el pago de la prestación económica, Así pues la Ley 100 de 1993 en su artículo 141 dispone que: "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. "

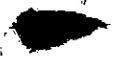
Que de lo anterior se puede establecer que para que proceda el pago de los intereses moratorios, es menester que concurren dos requisitos a saber; el primero que exista una pensión legalmente reconocida y el segundo que la administradora encargada de efectuar el pago haya incurrido en mora injustificada en el pago de la mesada pensional. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-281/11 dispuso: " El mínimo vital de los pensionados no sólo resulta vulnerado por la falta de pago de las mesadas pensionales sino, también, por el retraso injustificado en la cancelación de las mismas".

Se puede concluir entonces, que con base en lo plasmado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se establece que por mandato legal, es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios que se han causado cuando existe mora o retardo en el pago de las respectivas mesadas pensionales ya reconocidas, de lo que se infiere que proceden los aludidos intereses, única y exclusivamente, a partir de la fecha en que ha sido expedido el acto administrativo mediante el cual se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones, obviamente en el evento en que no se cumpla lo ordenado en el mismo, situación que evidentemente no es la del demandante.

A la pretensión condenatoria 8: Me opongo a esta pretensión como quiera que al no proceder condena principal respecto a la nulidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, no es procedente condena alguna respecto a indexación.

Así mismo, respecto a la indexación pensional es necesario indicar que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispone:

"ART. 14: Reajustes de Pensiones. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año según la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. NO obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno"*





De lo anterior se desprende que COLPENSIONES al momento de efectuar los correspondientes pagos de prestaciones, procede a indexar los valores a pagar, conforme la ley lo ordena, motivo por el cual resulta improcedente e innecesaria tal condena.

A la pretensión condenatoria 9: Respecto a esta pretensión dirigida a obtener el pago de costas, debe tenerse en cuenta que mi representada carece de legitimación en la causa por pasiva, sin embargo, en el hipotético caso de que su señoría considere procedente condena en costas respecto a mi representada, me permito indicar lo siguiente:

El Consejo de Estado,¹ en la Subsección A de la Sección Segunda, adoptó una postura frente a la condena en costas ordenando que ellas se deben generar luego de efectuar un análisis *objetivo valorativo*, en ese sentido dispuso:

*“el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, **que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP9**, y que **no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado** los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007.*

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no¹². Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

[...]

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente 13001-23-33-000-2013-00022-01, actor: José Francisco Guerrero. Demandada UGPP. Providencia de 7 de abril de 2016.

The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions. It emphasizes that every entry should be supported by a valid receipt or invoice to ensure transparency and accountability.

Furthermore, it is noted that regular audits are essential to identify any discrepancies or errors in the accounting process. This helps in maintaining the integrity of the financial data and ensures compliance with relevant regulations.

In addition, the document highlights the need for clear communication between all stakeholders involved in the financial operations. Regular meetings and reports should be conducted to keep everyone informed about the current financial status and any upcoming challenges.

It is also stressed that the financial team should always stay updated with the latest market trends and economic indicators. This knowledge is crucial for making informed decisions and developing effective financial strategies.

The document concludes by stating that a strong financial foundation is key to the long-term success of any organization. By adhering to these principles, the company can ensure its financial health and sustainable growth.

Finally, it is recommended that the company should consider seeking professional advice from accountants or financial consultants to further optimize its financial performance and address any complex issues.

The document is intended to serve as a guide for the financial management team and all employees who are involved in the company's financial operations. It is hoped that these guidelines will help in achieving the organization's financial goals and maintaining its overall stability.

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) **El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA a uno “objetivo valorativo” –CPACA–.**
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) **Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.**
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887*
- e) *de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- f) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- g) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- h) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”*

De lo anterior se logra evidenciar, que no basta con que una de las partes solicite la condena en costas, sino que debe sustentar su generación, pues la nueva postura de la Sección Segunda, cuya jurisprudencia es vinculante, a más de ser objetiva, es valorativa y exige la causación y respectiva prueba de las costas exigidas para que el operador de justicia pueda proceder a imponer la respectiva condena.

En síntesis, no basta con solicitar la condena en costas y con el solo hecho de la generación de las agencias en derecho el juez proceda a tal condena, pues nada obsta para que quien representó a la parte demandante lo haya ejercido de forma gratuita, de caridad o pro bono.

En razón a que la relación entre el abogado representante y la parte representada no se puede presumir como laboral por el simple acto de la representación, es necesario que por lo menos se anexe al expediente copia del contrato de prestación de servicios o el acuerdo de contraprestación al que hayan llegado las partes, para que así el juez derive una verdadera generación de agencias en derecho que concluya con una posible condena en costas.



Finalmente, me opongo a las demás pretensiones requeridas por la parte actora, en atención a que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos certeros para su prosperidad.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda, los contesto así:

1. **ES CIERTO**, de conformidad con la documentación de identificación obrante en el expediente.
2. **ES CIERTO**, de conformidad con el contenido de la historia laboral del demandante se registra ingreso al servicio desde el 01 de marzo de 1980, al servicio del Hospital Diógenes Troncoso.
3. **ES CIERTO PARCIALMENTE**, únicamente en cuanto el demandante realizo solicitud 28 de noviembre de 2008 acudió al I.S.S, las demás son consideraciones subjetivas hechas por el apoderado de la parte demandante, y por lo tanto deberá ser probado en el momento procesal oportuno.
4. **ES CIERTO**, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS (EN LIQUIDACION), mediante resolución No 4514 de 01 de septiembre de 2010, negó la prestación económica al demandante bajo los presupuestos de la ley 797 de 2003, por no cumplir con los requisitos legalmente establecidos para acceder a la misma.
5. **ES CIERTO**, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS (EN LIQUIDACION), mediante resolución, No 0070 del 25 de enero de 2012, se confirma en todas sus partes el acto recurrido.
6. **NO ME CONSTA**, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso con el material obrante en el expediente.
7. **ES CIERTO**, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante resolución GNR 128472 del 15 de abril de 2014 se negó el reconocimiento de una pensión de vejez al señor MARTINEZ TRIANA TOMAS, por no acreditar los requisitos de la Ley 797 de 2003.
8. **ES CIERTO**, El demandante radica solicitud ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el 12 de febrero de 2016

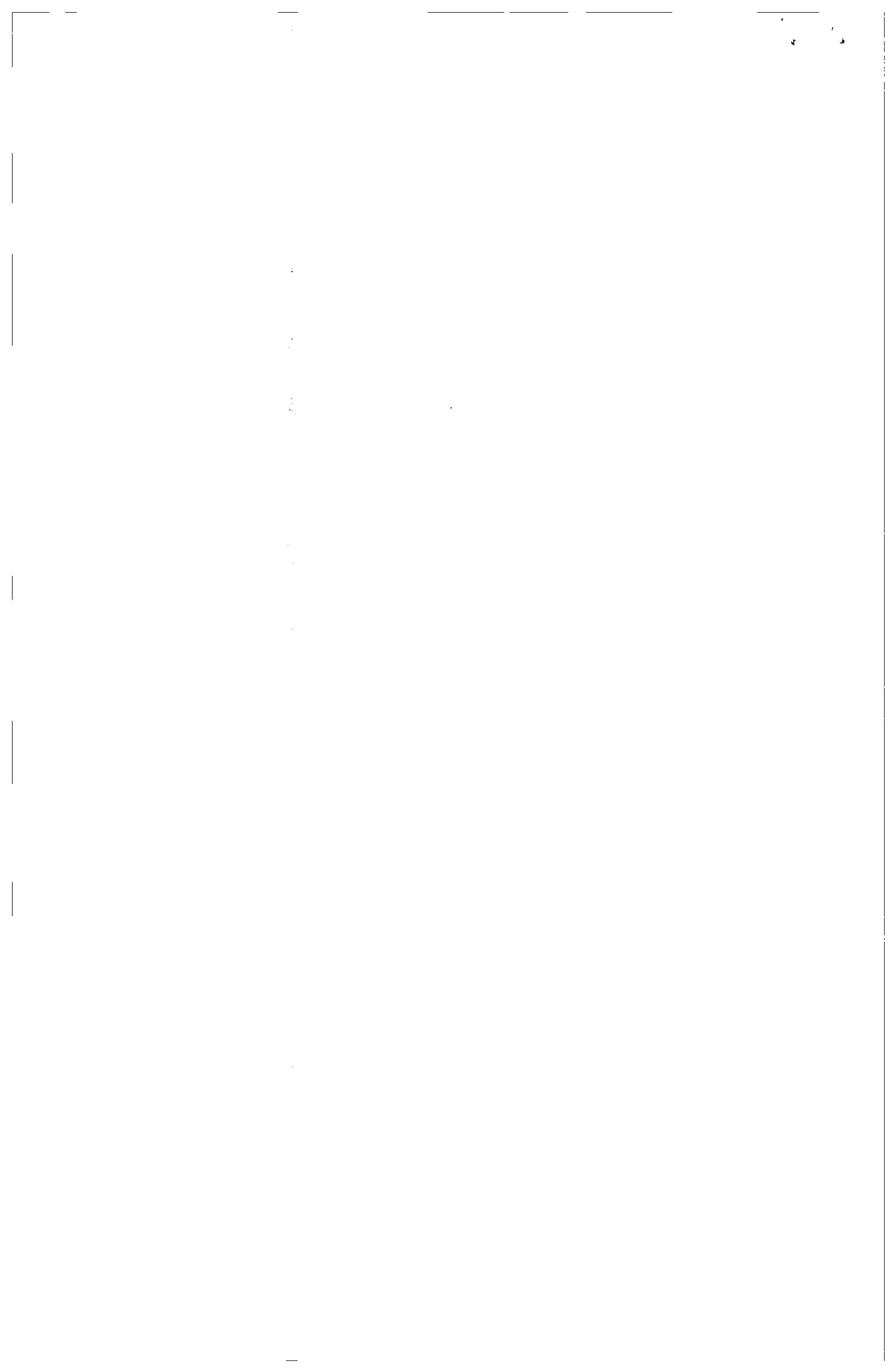


9. **ES CIERTO**, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante resolución GNR 68851 del 03 de marzo de 2016 le reconoció una pensión de vejez especial por alto riesgo al señor MARTINEZ TRIANA TOMAS, en una cuantía de \$1.236.254.00; liquidada con 1802 semanas, con un IBL de \$1.557.583.00 al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 79.37%. Prestación que fue reconocida bajo Decreto 2090 de 2003, dejando su ingreso a nomina en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio público.
10. **ES CIERTO**, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante resolución GNR 175771 DEL 17 DE JUNIO DE 2016, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, resolvió Modificar la Resolución GNR 68851 del 03 de marzo de 2016, y procedió a reliquidar la pensión de vejez especial por alto riesgo y ordenar su ingreso a nómina a favor del señor MARTINEZ TRIANA TOMAS, con una mesada a 30 de junio de 2016 de \$1,242,610, con un retroactivo de 1,284,030.00, la cual fue ingresada en la nómina del periodo 201607 que se paga en el periodo 201608.
11. **NO ES UN HECHO**, son consideraciones subjetivas hechas por el apoderado de la parte demandante por lo que deberán probarse en el momento o etapa procesal oportuna.
12. **NO ES UN HECHO**, son consideraciones subjetivas hechas por el apoderado de la parte demandante con la finalidad de argumentar sus pretensiones, por lo que deberán probarse en el momento o etapa procesal oportuna.
13. **NO ES UN HECHO**, son consideraciones subjetivas hechas por el apoderado de la parte demandante con la finalidad de argumentar sus pretensiones, por lo que su conducencia y pertinencia en el presente proceso deberán probarse en el momento o etapa procesal oportuna.

3. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, al realizar el análisis del caso que nos ocupa dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda resuelve que no es posible acceder a las pretensiones por no ser procedentes y no tener sustento.

El debate se centra en determinar si el demandante señor Martínez Triana le asiste el derecho o no al reconocimiento y pago retroactivo de la pensión especial de vejez





por actividades de alto riesgo en consideración a las mesadas causadas y no pagadas desde el 06 de julio de 2010; No obstante, lo anterior es menester indicar que no hay lugar a acceder a las suplicas invocadas en la demanda, esto de conformidad con las siguientes consideraciones:

Como primer punto, debemos indicar que no es tema de discusión el derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo que actualmente devenga la parte demandante por cumplir con los requisitos contenidos en el Decreto 2090 de 2003.

Mediante Resolución GNR 68851 del 03 de marzo de 2016 se reconoció una pensión de vejez especial por alto riesgo al señor TOMAS MARTINEZ TRIANA, en una cuantía de \$1.236.254.00; liquidada con 1802 semanas, con un IBL de \$1.557.583.00 al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 79.37%. Prestación que fue reconocida bajo Decreto 2090 de 2003, dejando su ingreso a nomina en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio público.

Posteriormente, a través del acto administrativo GNR 175771 del 17 de junio de 2016 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, MODIFICA LA RESOLUCION GNR 68851 del 03 de marzo de 2016 y procede a reliquidar la pensión de vejez especial por alto riesgo y ordenar su ingreso a nómina a favor del señor TOMAS MARTINEZ TRIANA, a 30 de junio de 2016 en una cuantía de \$1,284,030.

Ahora bien, en cuanto a lo referente al retroactivo pensional, debe ponerse de presente lo contenido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1998 el cual establece lo pertinente en materia de causación y disfrute de la pensión de vejez así:

*“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. **Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.**” (Negrita fuera de texto).*

*“ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen**, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.” (Negrita fuera de texto).*



Colpensiones

De igual forma se hace necesario señalar lo dispuesto en la Sentencia T-626 de 2 de septiembre de 2014 emitida por la Corte Constitucional, que frente a la fecha de disfrute de las pensiones de vejez señaló:

“En primer lugar, deben diferenciarse 2 circunstancias temporales planteadas en las normas, a saber:

- i) la causación del derecho pensional y (*
- ii) el disfrute de las mesadas pensionales. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute.*

La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez”

En el mismo sentido, Sala de Casación Laboral de la C.S.J, del 1º de febrero de 2011. Radicación No. 38776, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, reiteró que:

“Tanto la causación como el disfrute de la pensión de vejez son dos figuras jurídicas que no se confunden, porque tienen identidad y efectos propios. En el primer caso, la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella, y en el segundo, que supone el cumplimiento del primero, se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen”

Esta regla ha sido utilizada de manera reiterada por el Alto Tribunal Ordinario, quien siempre ha distinguido el concepto de causación de la pensión de vejez del disfrute de la misma. En este orden, al conocer del recurso de casación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales contra la decisión proferida en segunda instancia en el curso de un proceso laboral interpuesto en su contra, en el que se discutía el momento en el que debía reconocerse el retroactivo pensional, precisó la Corte Suprema que la causación de la pensión de vejez se “refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas”, mientras que para el disfrute de la misma “se requiere la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento”

Aunado a lo anterior, es importante precisar que la Circular Interna 24 de 2018, emitida por la Oficina Asesora de Asuntos Legales por la cual se modificó el numeral 1.6.5 de la Circular Interna 01 de 2012, en su literal f), señala respecto a la efectividad de la prestación para los cotizantes dependientes al servicio público cuando no obra la novedad de retiro del servicio público, que “si el afiliado no radicó



Colpensiones

dentro de sus documentos el retiro del servicio público indicando que sigue vinculado, la prestación pensional se reconocerá a partir de la nómina siguiente a la expedición del acto administrativo (...).

Sobre este tema la **Sentencia T-626 de 2 de septiembre de 2014** emitida por la Corte Constitucional, frente a la fecha de disfrute de las pensiones de vejez señaló:

“En primer lugar, deben diferenciarse 2 circunstancias temporales planteadas en las normas, a saber:

- iii) la causación del derecho pensional y*
- iv) el disfrute de las mesadas pensionales. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute.*

La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez”

En el mismo sentido, Sala de Casación Laboral de la C.S.J, del 1º de febrero de 2011. Radicación No. 38776, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, reiteró que:

“Tanto la causación como el disfrute de la pensión de vejez son dos figuras jurídicas que no se confunden, porque tienen identidad y efectos propios. En el primer caso, la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella, y en el segundo, que supone el cumplimiento del primero, se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen”

Esta regla ha sido utilizada de manera reiterada por el Alto Tribunal Ordinario, quien siempre ha distinguido el concepto de causación de la pensión de vejez del disfrute de la misma. En este orden, al conocer del recurso de casación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales contra la decisión proferida en segunda instancia en el curso de un proceso laboral interpuesto en su contra, en el que se discutía el momento en el que debía reconocerse el retroactivo pensional, precisó la Corte Suprema que la causación de la pensión de vejez se “refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas”, mientras que para el disfrute de la misma “se requiere la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento”

CASO CONCRETO





Teniendo en cuenta lo anterior, a través del acto administrativo GNR 175771 del 17 de junio de 2016, se plasma que por medio del radicado 2015_1207950_6 reposa Resolución No. 047 de 2016 emitida por la E.S.E. HOSPITAL DIOGENES TRONCOSO DE PUERTO SALGAR CUNDINAMARCA por medio de la cual **se retira del servicio** activo a partir del 30 de junio de 2016 al señor TRIANA TOMAS MARTINEZ, el cual desempeñaba el cargo de Técnico Imágenes Diagnosticas (RX) Código 323 de la Planta de Personal.

Teniendo en cuenta la fecha de retiro definitivo del servicio público de la parte actora, se dio a conocer que la **efectividad** de la prestación sería a partir del 30 de 2016. Por lo que las decisiones de la entidad se encuentran ajustadas a derecho, de conformidad con la legislación vigente, las circulares de la entidad y con los postulados de la Honorable Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

4. EXCEPCIONES DE MERITO

Con el debido respeto formulo las siguientes excepciones a la demanda formulada.

PRIMERA: COBRO DE LO NO DEBIDO

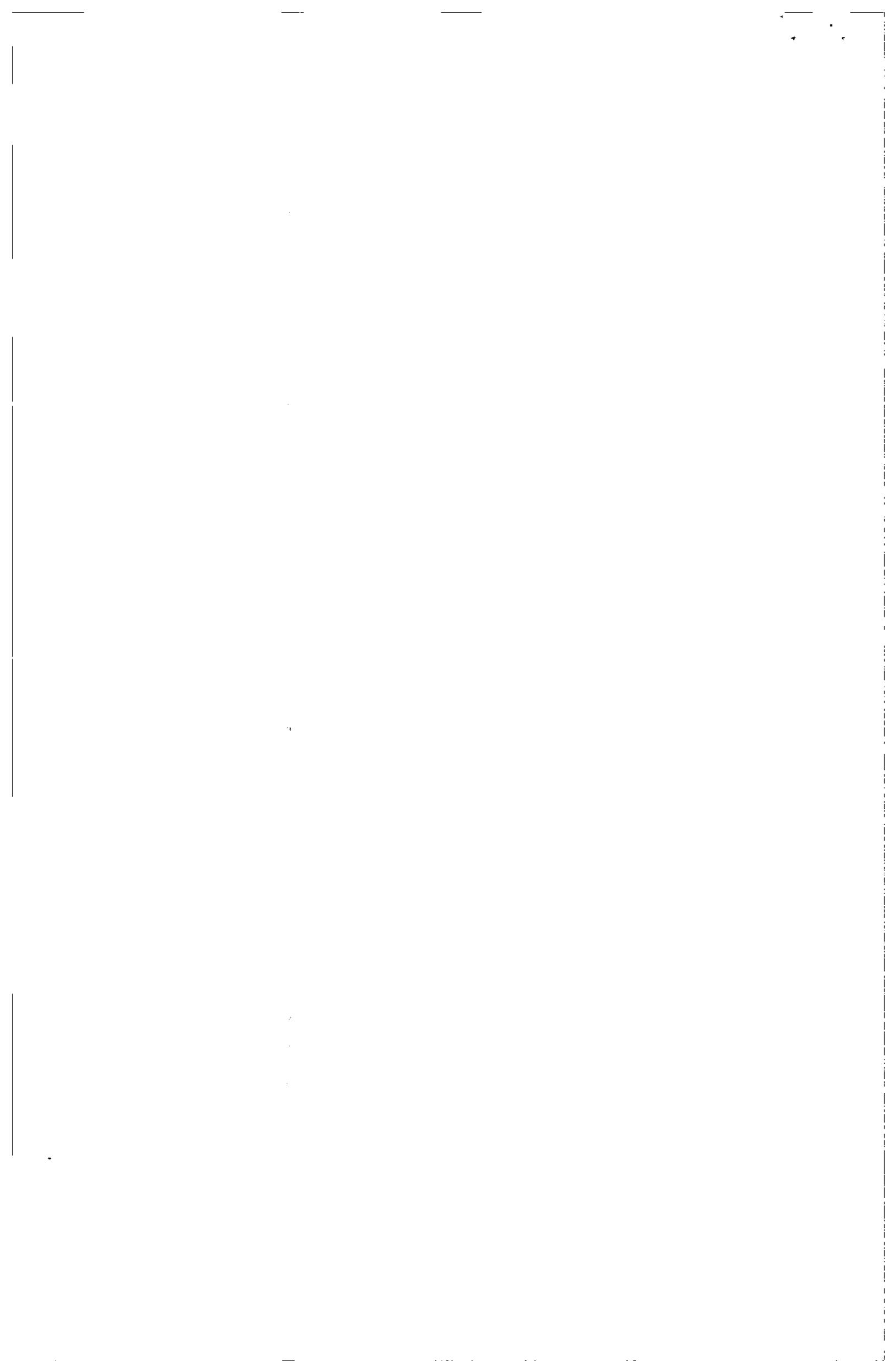
La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, como administrador del Régimen de Prima Media al reconocer y pagar una pensión, lo realiza con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas de cotizaciones y monto pensional., por lo cual, cuando el demandante sin asidero jurídico o fáctico reclama una prestación distinta incurre en un cobro de lo no debido.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO

Consiste en que no ha nacido obligación contra COLPENSIONES y en favor del accionante, toda vez que la entidad reconoció el derecho de conformidad con lo establecido en la ley, como quiera que la prestación de vejez fue reliquidada por la entidad pensional mediante resolución GNR 175771 del 17 de junio de 2016; en dicho acto administrativo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, resolvió Modificar la Resolución GNR 68851 del 03 de marzo de 2016, y procedió a reliquidar la pensión de vejez especial por alto riesgo y ordenar su ingreso a nómina a favor del señor TOMAS MARTINEZ TRIANA, con una mesada a 30 de junio de 2016 de \$1,242,610, con un retroactivo de 1,284,030.00, la cual fue ingresada en la nómina del periodo 201607 que se paga en el periodo 201608.

Conforme a lo anterior, se hace importante indicar que mi representada procedió a

105





Colpensiones

reliquidar la pensión reconocida al demandante como quiera que, una vez efectuado el correspondiente estudio aritmético, la entidad determinó que se generaban valores en favor del demandante. De conformidad a lo anterior, ha de establecerse que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho como quiera que se encuentra debidamente motivado en aplicación a las normas procedentes para tal fin.

En consecuencia de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que se evidencia la existencia de la Resolución No. 047 del 28 de marzo de 2016 en el que se certifica que el retiro del servicio público de la parte actora fue el 30 de junio de 2016, por lo tanto y siguiendo los parámetros anteriormente mencionados se observa que el reconocimiento de la prestación se reconoció al 30 de junio de 2016, es decir a partir del día siguiente a la separación del servicio, tal como consta en la Resolución No. 047 de 2016 emitida por la E.S.E. HOSPITAL DIOGENES TRONCOSO DE PUERTO SALGAR CUNDINAMARCA encontrándose la misma ajustada a derecho, de conformidad con la legislación vigente y con los postulados de la Honorable Corte Constitucional.

TERCERA: PRESCRIPCIÓN

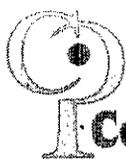
La presente excepción de prescripción se propone, sin que con ello se reconozca derecho alguno al demandante. Se propone prescripción sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante, de conformidad con las normas legales, sobre las reclamaciones aducidas por la parte actora.

CUARTA: BUENA FE

COLPENSIONES en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la constitución Nacional y de la Ley, conforme lo prescriben entre otros los Artículos 121, 122 y 128 de la Carta Política, siendo esto lo que ha acatado hasta el momento.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella". Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: "De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo".



Colpensiones

"El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: "El principio de la buena fe, que no es nuevo sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo". Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino la mala fe, en los siguientes términos:"

"La mala fe –ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz, que mostrara un aprovechamiento inhonesto del estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso"

Según lo anterior, la buena fe en la labor misional de COLPENSIONES surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, por lo cual, existiendo la presunción de legalidad del acto que garantiza seguridad jurídica en la decisión prestacional, tal circunstancia permite revestir además bajo la égida de la buena fe el reconocimiento o negación pensional por lo que es de carga exclusiva del demandante controvertir tanto la presunción legal del acto como la buena fe en la decisión.

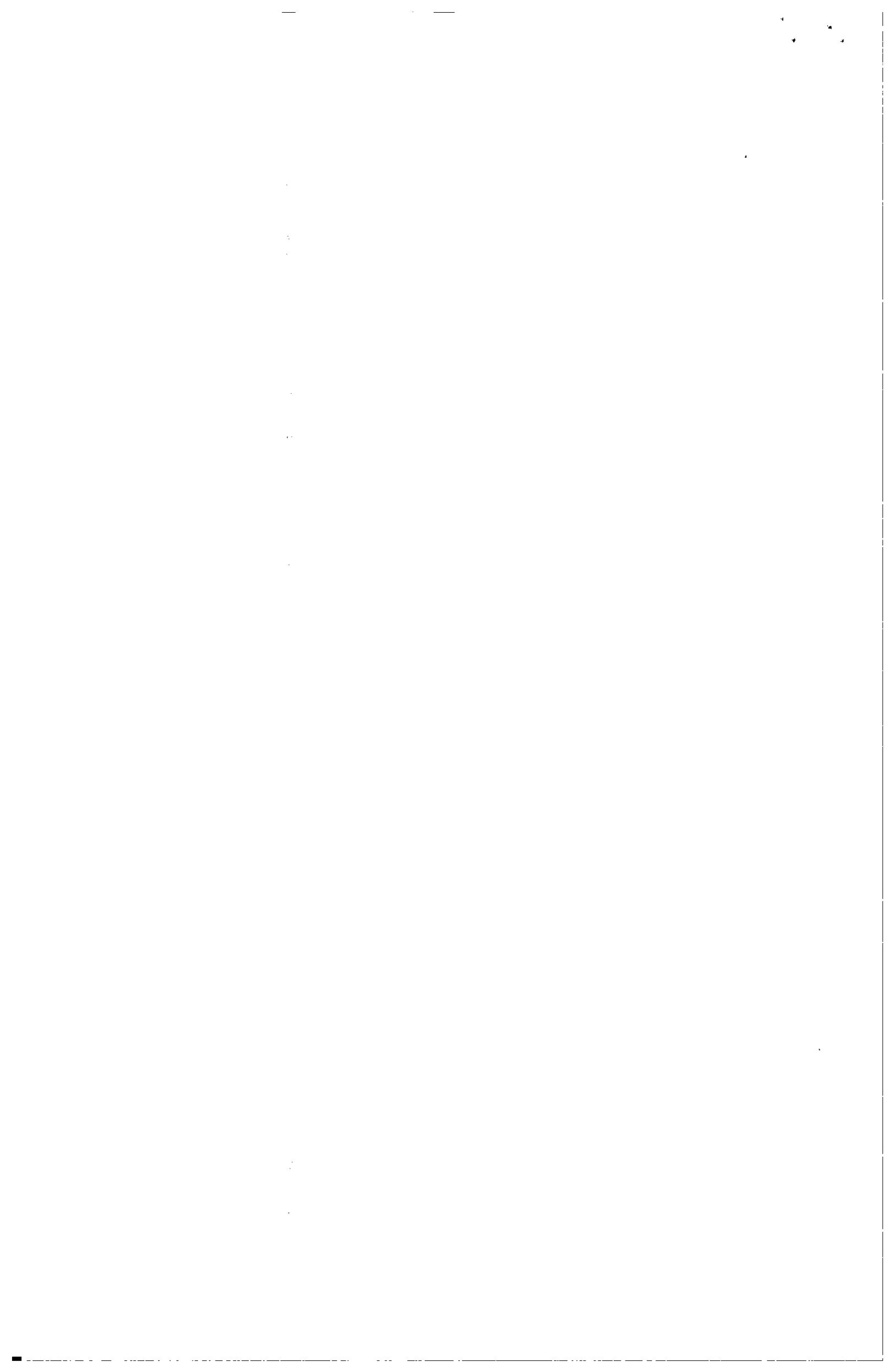
QUINTA: GENÉRICA O INNOMINADA

De manera respetuosa se presenta esta excepción con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada, en ese sentido se declaren las demás excepciones que resulten dentro del procesos

MEDIOS DE PRUEBAS

1. Solicito de manera respetuosa se tengan como pruebas las siguientes:

- Expediente Administrativo.
- Las solicitadas por la actora son conducentes para el proceso, pero no otorgan nuevos juicios de valor que sean suficientes como para que el señor(a) juez efectúe declaración o condena alguna en contra de mi defendida.



ANEXOS

1. Poder General debidamente otorgado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la firma CONCILIATUS S.A.S., representada legalmente por el Dr. JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.
2. Poder de sustitución debidamente otorgado por el Abogado JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.
3. Expediente administrativo e Historia laboral en medió magnético.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Carrera 11 No. 73-44 Edificio Monserrat, oficina 708.
- julian.conciliatus@gmail.com.
- CEL: 3042415087

Atentamente,



JULIÁN ENRIQUE ALDANA OTÁLORA

C.C. 80.032.677 de Bogotá D.C.

T.P. 236.927 del C.S. de la J

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE
LAS EXCEPCIONES**

Bogotá, D.C., 3 DE DICIEMBRE DE 2020

**EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01579**

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.


Luis Eduardo Garibello Matallana.

OFICIAL MAYOR
TAC - SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"

Bogotá D.C.

Señor Magistrado
DR ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección B
E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO FORERO
DEMANDADA: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FNPSM,
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA
EXPEDIENTE: 2019-01579-00

CONTESTACION DEMANDA

CARLOS JOSE HERRERA CASTAÑEDA, identificado con la C.C. No. 79.954.623 de Bogotá y T.P. No. 141.955 del C.S.J., obrando en calidad de apoderado de la parte demandada **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** conforme al poder que me fuera conferido, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda promovida en los siguientes términos:

I
A LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho en los siguientes términos:

DECLARATIVAS

1. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, toda vez que los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora. Además, en gracia de discusión que tengan vocación de prosperidad téngase en cuenta que si bien el acto administrativo fue suscrito por un funcionario de la entidad que represento, ello ocurre en virtud de que la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, y en esa medida no puede entrar a variar los factores y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, ya que los dineros no le pertenecen. Aclarase que la única obligación que tiene la Secretaria de Educación es la elaboración del acto administrativo que en últimas es aprobado por el Fondo de Prestaciones del Magisterio, entidad que fue quien reconoció la prestación pensional de la demandante.
2. Me abstengo de realizar pronunciamiento alguno respecto a esta declaración teniendo en cuenta que va dirigida a que se restablezca el derecho por la nulidad de un acto proferido por el MINISTERIO DE EDUCACION - FONPREGAM respecto de una reliquidación pensional, entes autónomos e independientes de la entidad que represento.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. Me abstengo de realizar pronunciamiento alguno respecto a esta declaración teniendo en cuenta que va dirigida a que se restablezca el derecho por la nulidad de un acto proferido por el MINISTERIO DE EDUCACION - FONPREGAM respecto de una reliquidación pensional, entes autónomos e independientes de la entidad que represento.
2. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, toda vez que los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora. Además, en la medida que va dirigida a otra entidad que esta llamada en juicio y en todo caso la entidad que represento no se encuentra legitimada materialmente por pasiva conforme a los argumentos que se expondrán en otro aparte de este escrito.
3. Me abstengo de realizar pronunciamiento alguno respecto a esta declaración teniendo en cuenta que va dirigida a que se restablezca el derecho por la nulidad de un acto proferido por el MINISTERIO DE EDUCACION - FONPREGAM respecto de una reliquidación pensional, entes autónomos e independientes de la entidad que represento.
4. Me abstengo de realizar pronunciamiento alguno respecto a esta declaración teniendo en cuenta que va dirigida a que se restablezca el derecho por la nulidad de un acto proferido por el MINISTERIO DE EDUCACION - FONPREGAM respecto de una reliquidación pensional, entes autónomos e independientes de la entidad que represento.
5. Me abstengo de realizar pronunciamiento alguno respecto a esta declaración teniendo en cuenta que va dirigida a que se restablezca el derecho por la nulidad de un acto proferido por el MINISTERIO DE EDUCACION - FONPREGAM respecto de una reliquidación pensional, entes autónomos e independientes de la entidad que represento.
6. Me abstengo de realizar pronunciamiento alguno respecto a esta declaración teniendo en cuenta que va dirigida a que se restablezca el derecho por la nulidad de un acto proferido por el MINISTERIO DE EDUCACION - FONPREGAM respecto de una reliquidación pensional, entes autónomos e independientes de la entidad que represento.
7. Me opongo, teniendo en cuenta que el acto mencionado en este aparte porque no siendo procedente la declaratoria de nulidad no es dable que se acceda a lo solicitado por la parte actora.

II A LOS HECHOS

Doy respuesta a cada uno de los hechos de demanda en el mismo orden de su formulación así:

AL PRIMERO.- Es cierto de acuerdo a la documental aportada.

AL SEGUNDO.- No le consta la entidad que represento tal y como se propone. Y teniendo en cuenta que se hace referencia a un reporte de semanas de un administradora de pensiones ajena a la entidad que represento, la parte actora deberá demostrar su dicho.

AL TERCERO.- Es cierto.

AL CUARTO.- No le consta la entidad que represento tal y como se propone. Y teniendo en cuenta que se hace referencia a que se

reconoció la prestación pensional la entidad que esta llamada en juicio deberá ser quien acredite o desvirtúe el dicho de la demandante en este hecho.

AL QUINTO.- No le consta la entidad que represento tal y como se propone. Y teniendo en cuenta que se hace referencia a que se reconoció la prestación pensional la entidad que esta llamada en juicio deberá ser quien acredite o desvirtúe el dicho de la demandante en este hecho.

AL SEXTO.- No le consta la entidad que represento tal y como se propone. Y teniendo en cuenta que se hace referencia a que se reconoció la prestación pensional la entidad que esta llamada en juicio deberá ser quien acredite o desvirtúe el dicho de la demandante en este hecho.

AL SEPTIMO.- No es un hecho sino una referencia jurisprudencial que efectúa el apoderado de la parte demandante.

AL OCTAVO.- No es un hecho sino una referencia sobre las condiciones particulares que efectúa el apoderado de la parte demandante respecto de su representado.

III

RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PRESTACIONES DE LOS DOCENTES.

Desde la expedición de la Ley 812 de 2003 por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003, se consagró en su artículo 81 lo siguiente:

"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.

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

Por su parte el artículo Art 2º y 3º de la Ley 91 de 1989 a través de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, refiere a la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes, entre la nación y los entes territoriales, de la siguiente manera:

Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...)

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Artículo 3°.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad." (Subrayado fuera de texto).

RELIQUIDACION DE LA PRESTACION PENSIONAL SOLICITADA

Se debe señalar que las peticiones de la presente demanda no deben prosperar, ya que al expedirse los actos administrativos demandados, mi representada no incurrió en ninguna violación de orden jurídico que implique acceder a la nulidad de los mencionados actos, ni mucho menos a un restablecimiento del derecho, como equivocadamente lo pretende la parte demandante, advirtiendo al Despacho que mediante la Resolución por medio de la cual la entidad resolvió el reconocimiento de la prestación pensional lo hizo aplicando la norma vigente para el caso en concreto estando ajustada a derecho.

Téngase en cuenta que la Ley 812 de 2003 fue reglamentada por los Decreto 2341 de 2003 y 3752 de 2003, normas que establecen claramente la base de cotización de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que plasman que no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente

El Art 15 de la Ley 91 de 1989, prevé las reglas para proceder al reconocimiento de las pensiones en este caso de los docentes y la normatividad aplicable, de la siguiente manera:

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.

2.- Pensiones:

(...)

- A. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Téngase en cuenta, que el Parágrafo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, previo lo siguiente respecto a las prestaciones pensional es de los docentes:

Parágrafo transitorio 1º. *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".*

El Art 81 de la Ley 812 de 2003 fue reglamentada por los Decreto 2341 de 2003 y 3752 de 2003, plasma lo siguiente respecto a estas prestaciones pensionales:

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.*

Al respecto también vale la pena traer a colación la sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Radicación 2004-00220-01(4582-04) y 2005-00234-00(9906-05) ACUMULADOS, se concluyó lo siguiente:

REGIMEN PENSIONAL DE DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Lo determina la fecha de vinculación La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente, en particular; Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (régimen de transición). ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 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 de 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, pues mantiene e introduce modificaciones al régimen pensional general.

De los hechos de la demanda, se establece que los factores dentro del periodo que pretende la demandante se reconozcan como parte de la

base para reliquidar la pensión otorgada con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios no es procedente y carece de fundamentos facticos y legales.

Adicional a lo anterior, se debe traer a colación el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia **SU-230 de 2015**, por medio de la cual, se establecieron los lineamientos de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Se expresa en esta providencia que el régimen de transición cobijó los elementos de edad, monto pensional o tasa de reemplazo y tiempo o semanas de cotización, sin embargo, en cuanto al Ingreso Base de Cotización, expresamente dispuso que debe ser aplicado el contemplado en la Ley 100 de 1993 artículo 21.

FALTA DE LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA EN RELACION CON LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Al respecto es necesario señalar que con ocasión de la expedición de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se indicó en su artículo 15, lo siguiente:

"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.

[...]

3.- Cesantías:

Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

A su vez, el Decreto 2563 de 1990, por el cual se determinan las responsabilidades de pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado y se dictan otras disposiciones, estableció en sus artículos 10 y 26:

"Artículo 10°.- La deuda con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por concepto de las cesantías del personal docente nacionalizado, no causadas a 29 de diciembre de 1989, se liquidará teniendo en cuenta el régimen prestacional vigente en cada entidad territorial. En cada caso deberán deducirse los valores pagados por liquidaciones parciales de cesantías y realizarse los ajustes que resulten del estimativo actuarial sobre los efectos de su futura valorización por la retroactividad aplicable al tiempo servido hasta esa fecha.

Las responsabilidades de pago al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por este concepto serán, a prorrata del tiempo servido por el docente, las mismas señaladas en el Capítulo II para las prestaciones causadas, teniendo en cuenta que la valorización futura por efecto de la retroactividad es de cargo de la entidad responsable del período valorizado."

"Artículo 26°.- Si una vez realizado el corte de cuentas con las entidades territoriales y sus cajas de previsión seccional o las entidades que hagan sus veces, el Fondo Nacional de Ahorro y la Caja Nacional de Previsión Social, se presentare déficit entre el monto estimado de las deudas a 29 de diciembre de 1989 y su costo efectivo de liquidación, este faltante será cubierto por la Nación."

Además, téngase en cuenta lo previsto en el Art 53 de la Ley 962 de 2005 "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos

administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, al respecto:

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Así las cosas, teniendo en citado Fondo (según el artículo 4º de la referida ley) la función de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados ninguna obligación podrá recaer en cuanto a este tema en cabeza de la Secretaria de Educación del Distrito.

DEL CASO EN CONCRETO

Analizada en conjunto la normatividad referida anteriormente, es claro para esta parte que la entidad que represento carece de legitimación en la causa por pasiva en el caso que nos ocupa, no sólo porque la que está llamada a responder respecto al eventual reconocimiento de la prestación pensional de la demandante sería el Fondo de Prestación Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial y la entidad territorial solo estaría obligada de acuerdo con la Ley anti tramites a la elaboración y remisión del acto administrativo que en conto caso debe aprobarse por el Fonpremag quien es en ultimas que hace el análisis de la norma para conceder la prestación pensional.

Además, como se dejó plasmado en líneas anteriores, la actora no le asiste derecho a lo pretendido teniendo en cuenta que mediante la Resolución por medio de la cual la entidad resolvió el reconocimiento de la prestación pensional lo hizo aplicando la norma vigente para el caso en concreto estando ajustada a derecho.

**III
EXCEPCIONES**

Como consecuencia de los presupuestos expuestos en el capítulo que precede, me permito proponer las siguientes excepciones de fondo:

1. EXCEPCIONES PREVIAS.-

FALTADA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.-

Excepción que tiene como fundamento los siguientes argumentos:

Si bien es cierto la excepción de la legitimación en la causa por pasiva, en este tipo de procesos no constituye excepción de fondo solicito se tenga en cuenta que la Secretaria de Educación Distrital no es quien autoriza ni determina a quien ni cómo debe reconocerse la cesantías parciales o definitivas. Es la Fiduciaria la Previsora S.A.

Legitimación de hecho en la causa se entiende como la relación

procesal. La cual establece que se entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y endilga a otro la conducta causante de la demanda, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se atribuya acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado:

La falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. Sin más, si la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo, porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable, al ser una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, **cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.**

La Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, no puede entrar a variar los factores y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, y aquellos dineros no le pertenecen.

A continuación se citan las normas pertinentes que refuerzan el planteamiento anterior:

Ley 33 de 1985. Art.1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

- *Ley 91 de 1989. Art.2 numeral 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...*

- *Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados en la ley para tal fin.*

- **Decreto 2831 de 2005.** La Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

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.

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

Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 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.

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

Remitir 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 éste, junto con la constancia de ejecutoria para efecto de pago y dentro de los 3 días siguientes a que se encuentre en firme."

EXCEPCIONES DE FONDO.-

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS:

Conforme ha sido reiterado en numerosas oportunidades por las Altas Cortes se entiende que la presunción de legalidad del acto administrativo, hace referencia a "la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de "legalidad", de "validez", de "juridicidad" o pretensión de legitimidad.

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es "la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción"

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo

importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo.

Al respecto vale la pena finalizar reiterando lo expresado en el acápite de razones y fundamentos de derecho en el sentido de que las normas aplicables al caso concreto de la demandante son aquellas que en efecto ha contemplado la entidad demandada.

PRESCRIPCION:

La cual aplicaría conforme a las disposiciones legales y sobre aquellas solicitudes que han sobrepasado el término máximo legal para su reclamación.

LA GENÉRICA O INNOMINADA.-

Solicito al señor Juez que se sirva declarar probada cualquier otra excepción que resulte demostrada en el curso del proceso.

IV PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas a favor de la parte que represento las aportadas con la demanda

V NOTIFICACIONES.

Para efectos de notificaciones a la entidad que represento o al suscrito suministro los siguientes datos:

A la entidad en la represento, SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA, en la Av. El Dorado No. 66 - 63 de Bogotá.

Al suscrito en la Carrera 18 No. 137-53 Tercer piso de la ciudad de Bogotá o al Correo electrónico del apoderado: chepelin@hotmail.fr

Señor Magistrado,



CARLOS JOSE HERRERA CASTAÑEDA
C.C. No. 79.954.623 de Bogotá
T.P. No. 141.955 del C.S.J.