



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRASLADO DE EXCEPCIONES

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN	: 13001-33-33-002-2014-00371-00
DEMANDANTE	: ANTONIO CUESTA JARAMILLO
DEMANDADO	: NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

El Suscrito Secretario del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por la parte de la entidad demandada NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL (FOLIOS 64-85), por el término de tres (3) en la Secretaria de este Despacho y en la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co. Hoy quince (15) de julio de dos mil quince (2015).

EMPIEZA TRASLADO	: 15 DE JULIO DE 2015 A LAS 7:00 A.M.
VENCE TRASLADO	: 17 DE JULIO DE 2015 A LAS 2:00 P.M.

RICARDO AUGUSTO PEÑA SIERRA
Secretario Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

RECIBIDO 20 ABR 2015 22:51:00
64
22/4/15
9:38M

Señor:

Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena.

E.

S.

D.

Expediente Radicado. No. 2014-00371-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: ANTONIO CUESTA MURILLO

Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Referencia: Contestación de demanda

Ana Raquel Miranda De La Hoz, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando como apoderada especial de la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, según poder debidamente otorgado, respetuosamente me permito presentar **contestación a la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho** dentro del proceso de la referencia que cursa en su Despacho, atendiendo los argumentos jurídicos que a continuación se exponen:

1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos que motivaron la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la cual hoy se descorre el traslado de rigor, se circunscriben a que se declare la nulidad de la Resolución No2696 DEL 25 del Julio de .007, por medio de la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación a favor del actor; y a título de restablecimiento del derecho se revise la pensión reconocida teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año status de Pensión.

Ahora bien, sobre los supuestos fácticos señalados por el demandante me permito manifestar lo siguiente:

- A los hechos No. 1, 2, 3 y 4. Son ciertos, de acuerdo a lo aportado a la demanda.
- Al hecho No.5. Son ciertos, de acuerdo a lo aportado a la demanda sin embargo, es válido afirmar que efectivamente para la liquidación de la pensión de jubilación no se tuvieron en cuenta todos los factores que aduce el demandante, ello con base en el ordenamiento jurídico pertinente para el asunto objeto de la litis.
- Al hecho No. 6. Es cierto, de acuerdo a lo aportado en la demanda.

Consultorías y Gestiones en Derecho

- A los hechos No. 7. Es cierto. Tal como consta en la resolución objeto de la Litis.
- Al hecho No. 8. No es un hecho, son apreciaciones jurídicas incoadas por el apoderado del demandante respecto del agotamiento de la vía gubernativa.
- Al hecho No. 9. Es cierto.

2. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

Nos oponemos a todas las pretensiones formuladas por la parte demandante por carecer éstas del sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad; habida cuenta que la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Del análisis exhaustivo de los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión del señor ANTONIO CUESTA MURILLO, no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley re liquidar su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año status de pensión, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, entre otros.

La liquidación de la pensión contenida en la resolución objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, *"por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."*, que en su artículo primero dispone:

"Artículo Primero: El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio..." (Negrillas Nuestras).

El señor ANTONIO CUESTA MURILLO, al acreditar los presupuestos señalados en el artículo transcrito, a saber, tiempo de servicio (20 años) y la edad (55 años), se procedió a reconocérsele pensión mensual vitalicia de jubilación, tal como consta en la Resolución No. 2696 DEL 25 DE Julio de 2.007, la cual fue notificada, sin que el accionante interpusieran ninguna clase de recurso.

Consultorías y Gestiones en Derecho

En este sentido, queda claro que si el señor ANTONIO CUESTA MURILLO, no estaba de acuerdo con la decisión tomada por la administración debía demandar el acto administrativo contenido en las precitadas resoluciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro del término establecido en el literal d) numeral 2° del Artículo 164 de la Ley 1437 del 2011, esto es, cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución que reconoció y ordenó el pago de una PENSION DE JUBILACION, solicitando se declare la nulidad del mismo y consecuencia de ello se le restablezca el derecho que consideraba conculcado.

Así pues, se determina que hasta ese momento no hubo inconformidad del actor, o si fue así no lo manifestó a la administración, para que le re-liquidaran la PENSION DE JUBILACION reconocidas dentro de los términos previstos por la ley, decisión que no le facilita sus reclamaciones a futuro, pues el acto administrativo que definió la actuación goza de presunción de legalidad y no fue demandado dentro del término de ley, por esto, una petición posterior no tiene la virtud de revivir los términos.

Desde esta óptica, teniendo en cuenta que las resoluciones de reconocimiento y pago de PENSION DE JUBILACION al docente ANTONIO CUESTA MURILLO, tal como consta en la Resolución No. 2696 del 25 de julio de 2007, se advierte que el término concedido para presentar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se encuentra vencido en exceso, es decir, sin lugar a dubitación se tiene que en el presente caso operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Al respecto, la sentencia del Consejo de Estado proferida el veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009), radicado número: 25000-23-25-000-2001-06288-01(4204-05), Magistrada Ponente, Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, señala:

"Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo."

La consecuencia del incumplimiento de dicho requisito en la demanda, es la declaratoria de inepta demanda lo que obliga al Juez a inhibirse para conocer el fondo del asunto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la discrepancia del accionante radica en que la entidad demandada no tuvo en cuenta para la liquidación de su pensión vitalicia de jubilación los factores salariales de prima de navidad, prima de vacaciones, entre otros, que a su parecer debieron ser incluidos, solicita en esta instancia judicial la reliquidación de la misma, por lo que, se hace necesario precisar que no es ajustado a derecho que se tuviera en cuenta los aludidos factores, y demás factores generados durante el año status de pensión, en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo primero de la norma ibídem que señala:

"...PARÁGRAFO 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley."

Consultorías y Gestiones en Derecho

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro..."

De acuerdo con lo anterior, se advierte que para la aplicación de un precepto diferente al contenido en el artículo primero de la Ley 33 de 1985, se hace necesario que el empleado oficial acredite que a la fecha de entrada en vigencia de la citada ley, esto es, al 29 de enero de 1985, contaba con 15 años continuos o discontinuos de servicio, o en su defecto, que al momento de expedición de esa ley se encontrara retirado del servicio, habiendo prestado 20 años de labor continua o discontinua.

En el sub lite, se observa la inexistencia de los presupuestos señalados en el párrafo en comento, pues para la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985 el señor ANTONIO CUESTA MURILLO no completaba 15 años de servicios continuos o discontinuos, y muchos menos se encontraba retirada del servicio por haber cumplido 20 años de labor continua, razones por las cuales es obvio que, no pueden aplicárseles otros parámetros legales para el reconocimiento de su pensión de jubilación, sino exclusivamente el previsto en la Ley 33 de 1985.

En tal sentido el Honorable Consejo de Estado¹, ha precisado:

"...reliquidación pensional. El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señala que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 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 servicio. En su artículo 3 señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio..."

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez De Páez. Expediente No. 250002325000200304619 01.

Consultorías y Gestiones en Derecho

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Posteriormente, ésta disposición fue modificada por el artículo primero de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

En otra sentencia, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa² al estudiar un caso con similares fundamentos fácticos jurídicos, se pronunció así:

"....En orden a resolver el asunto, se hacen necesarias las siguientes precisiones:

El actor inició labores en la docencia para el Departamento del Atlántico el 25 de febrero de 1971 y nació el 27 de agosto de 1944.

Para el 29 de enero de 1985, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el actor no cumplía con los requisitos del régimen de transición para que le fueran aplicables las normas del régimen pensional anterior en materia de edad, pues, en primer término, no gozaba de un régimen prestacional de carácter especial y, en segunda lugar, no tenía 15 años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 33. En consecuencia, el régimen aplicable al actor para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985.

Así pues, en lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 en su artículo 3 previó como factores:

(...)

De la normativa transcrita, la Sala encuentra que las primas de navidad y exclusividad reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la Ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación. Por consiguiente, dichas primas no podían ser objeto de la base de liquidación del actor, tal como lo expresaron los actos acusados.

En ese orden, los actos que negaron al actor la reliquidación de su pensión con inclusión de las primas de navidad y exclusividad se ajustaron a derecho.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad. No 08001-23-31-000-2000-01858-01 (7873-05).

Consultorías y Gestiones en Derecho

Ahora bien, en cuanto al argumento del Tribunal y el actor, según el cual, al monto de la pensión cuestionada se debió incluir la prima de navidad, por cuanto el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 así lo dispuso; la Sala hace la siguiente reflexión:

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 previó que para efectos de prestaciones económicas y sociales de los docentes que a 31 de diciembre de 1989 estuvieran vinculados mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Y más adelante la norma refirió que:

"Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto 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.

(...)

De la lectura del precepto anterior, la Sala encuentra que si bien la Ley 91 de 1989 precisó que los docentes en materia de prestaciones económicas y sociales les era aplicable el Decreto 1045 de 1978, también es verdad que el mismo precepto jurídico señaló que además les serían aplicables las normas que se expidan en el futuro, dentro de las cuales encontramos las Leyes 33 y 62 de 1985, que como ya se dijo son el marco jurídico aplicable al presente asunto..."

En estas condiciones la pensión de jubilación del señor ANTONIO CUESTA MURILLO debía ser liquidada con los factores establecidos en el artículo primero de la Ley 62 de 1985, tal como lo hizo la entidad demandada en resolución No.2696 del 25 de Julio de 2.007 al incluir la asignación básica, y excluir lo devengado por primas de alimentación especial, vacaciones y navidad, al no estar contemplada en el listado del artículo primero ibídem.

Establecidos los antecedentes legales que precedieron a los actos administrativos demandados, en este punto resulta necesario puntualizar algunas consideraciones sobre la legalidad de los mismos:

i) Desde la expedición de la Ley 6ª de 1945 se han estipulado los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En este mismo sentido, la Ley 4ª de 1966 en sus artículos 2º y 4º dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

ii) Los factores salariales para pensión, quedaron establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978; no obstante lo anterior, mediante la Ley 33 de 1985 (Norma posterior), se determinó en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores, sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Consultorías y Gestiones en Derecho

iii) Dada la calidad de servidores públicos que poseen los docentes y al no estar cobijados por el régimen especial de pensiones tal y como lo ha determinado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la cual adicionalmente ha sido suficientemente clara al establecer que, la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985.

iv) En este sentido de aplicación, se debe hacer referencia al artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de 1985, que a su vez estableció los factores a tener en cuenta para efectos de la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, los cuáles deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

v) La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 por la cual *"Se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquellos y el régimen de la entidad territorial para estos.

vi) El artículo 15 de la citada ley, establece entre otras disposiciones que, para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o las normas que se expidan en el futuro.

vii) De igual forma y conforme a lo establecido en los artículo 2º, numeral 5 y artículo 4º de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a la fecha de promulgación de la misma ley, previo su reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional.

viii) En consecuencia, las normas aplicables según la calidad ostentada por el docente se encuentran así mismo contempladas en el manual unificado para el reconocimiento de las prestaciones económicas de los docentes afiliados al Fondo expedido por el Ministerio de Educación Nacional y aprobado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En los anexos técnicos de las actas se consagraron los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las diferentes prestaciones, las normas a aplicar y demás requisitos que a su vez son de obligatorio cumplimiento para las entidades comprometidas en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que para el caso que nos ocupa se trata de las oficinas regionales y la sociedad fiduciaria, esto es, Fiduciaria La Previsora S.A.

ix) Continuando con el contexto de interpretación de la Ley 91 de 1989, respecto a la aplicación de régimen aplicable para los docentes nacionales encontramos que, como parte de las normas que a futuro o posteriores a ésta fueron expedidas, se encuentra la Ley 812 de 2003 o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, en la cual en su artículo 81, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, disposición que condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales a partir de la fecha de la vigencia de la ley cotiza el educador al FNPSM. Así, esta ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicado que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

x) Por su parte el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: La asignación básica mensual y las horas extras.

xi) El Decreto 3752 de 2003 en su artículo 3º establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente. Indica además que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el decreto 688 de 2002, es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

xii) En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la fecha de publicación de la mencionada norma, para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

xiii) Por lo anterior, el decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes como pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez, reliquidaciones, pensiones post mortem) y auxilios sujetándolos al aporte que

Consultorías y Gestiones en Derecho

efectivamente realice el docente. En consecuencia, las regionales implementan la aplicabilidad del decreto 3752 de 2003.

xiv) Si bien el artículo del referido decreto fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de la presente controversia por cuanto al momento en que el demandante adquirió el estatus de pensionado, se encontraba vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables estas por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

Por otra parte, se debió insistir que los actos administrativos demandados gozan de la presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que éstos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

De todo lo expuesto, se puede concluir que los actos administrativos demandados no violan las disposiciones invocadas por el actor, y están estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse, toda vez que la docente para la fecha de entrada en vigencia la Ley 33 de 1985 no tenía 15 años o más de tiempo de servicio, por tanto no se beneficia con la excepción consagrada en la disposición legal.

Así pues, frente a la solicitud de condenas para la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, impetrada por el Demandante, solicitamos respetuosamente al Señor Juez, se **DENIEGUEN** en su totalidad las pretensiones de la demanda..

3. EXCEPCIONES

Con base en las razones y fundamentos de defensa expuestos, me permito formular las siguientes excepciones:

i.) Inepta demanda. Al examinar la demanda tenemos que no hay acto administrativo definitivo, entendido este como "*...Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*"³

³ Artículo 43 CPCA.

Consultorías y Gestiones en Derecho

Como quiera que no hay un pronunciamiento de fondo por parte de la administración, que niegue la pretensión del actor, no es posible que se declare la nulidad del acto demandado, ni que profiera alguna decisión sobre el mismo por parte de su despacho.

II.) No agotamiento vía gubernativa. La vía gubernativa, es un requisito indispensable para la presentación de la demanda, y su incumplimiento genera ineptitud sustantiva de la demanda. Frente a ello, el Consejo de Estado sostuvo:

"Estima la Sala que la actora debió provocar el pronunciamiento de la administración para que esta, mediante acto administrativo, fijara su posición en relación con los derechos de los que creía gozar para que, con base en tal manifestación, pudiera acudir a la acción judicial correspondiente.

*De otro lado doctrina reconocida sobre la materia coincide en la apreciación anterior al señalar que por regla general la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. Esto es lo que ocurre en el presente caso porque la administración no tuvo la oportunidad de pronunciarse previamente sobre las peticiones de la demandante, circunstancia que lleva a confirmar la decisión del Tribunal, que se declaró inhibido para fallar por ineptitud de la demanda, originada en la falta de agotamiento de la vía gubernativa."*⁴

En los hechos de la demanda, se puede establecer que no se realizó ninguna petición, ni mucho menos se ha presentado recursos, por lo que no se ha agotado la vía gubernativa.

iii) Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma.

Se estructura esta excepción, bajo el presupuesto de que el monto o cuantía de la mesada pensional reconocida, y ahora impugnada en esta sede judicial, ha sido liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales del docente demandante. De igual manera, para el efecto, se han atendido las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición del acto administrativo de reconocimiento.

Los derechos pensionales del docente se encuentran debidamente satisfechos, habida cuenta que mediante los actos administrativos censurados se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación con arreglo a lo dispuesto, entre otros, en la Ley 33 de 1985, Ley 238 de 1995, Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", sentencia del 03 de agosto de 2006, exp. 8633-05, C.P. Jesús María Lemus Bustamante. En este caso la actora no solicitó previamente a la administración el pago de salarios y prestaciones sociales, sino que demandó la comunicación del vencimiento del contrato de prestación de servicios.

Consultorías y Gestiones en Derecho

No corresponde, entonces, ordenar el reconocimiento y pago de la reliquidación pretendida y, por lo tanto, tampoco existe obligación pensional correlativa a cargo de la entidad demandada.

iv) Cobro de lo no debido.

Como quiera que no exista sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de la solicitud de reliquidación pensional incoada por la parte activa, la demandada no podría ordenar el pago de la misma, so pena de incurrir en pago de lo no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.

Debe recalcar que mi representada ha cancelado al demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo como base los factores salariales a tener en cuenta según lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

v) Buena fe.

En el caso concreto, se resalta que la entidad demanda ha actuado con buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por el demandante, y en cumplimiento de las normas que regulan el tema sub-judice, por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la Ley 33 de 1985 al pensionado como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esta forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.

Sobre este tema se destaca la sentencia T- 475 de 1992 de la H. Corte Constitucional, del M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se expresa que:

"... La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("virbonus").(...) La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción..."

vi) Prescripción de derechos.

Sin que la presente excepción de fondo implique reconocimiento alguno a las pretensiones de la demanda, solicitamos al Juzgador Contencioso Administrativo, en caso de ser procedente, que declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho pensional.

Consultorías y Gestiones en Derecho

Es pertinente señalar que si bien el derecho a la pensión no prescribe, no ocurre lo mismo tratándose del valor de la mesada, o la mesada misma, y las bases y factores sobre las que se calculó el monto o valor de la pensión, sobre los cuales si opera el fenómeno de la prescripción.

Este aspecto suele confundir en algunos casos, ya que se llega a creer que si el derecho a la pensión no prescribe, nada relacionado con ella prescribe, lo que naturalmente es incorrecto.

Teniendo en cuenta que el presente caso es materia del derecho laboral administrativo por cuanto conoce del mismo la justicia administrativa por tratarse de una pensión reconocida a un servidor público en este caso un docente del orden nacional pero a fin de dar solución a las controversias que al respecto se presenten es preciso integrar dichas normas con las previstas en el código sustantivo del trabajo en lo que se refiere al fenómeno de la prescripción en materia laboral.

Para ilustrar esta situación, traemos apartes de una sentencia de la sala laboral de la Corte suprema de justicia, que recoge toda una línea jurisprudencial sobre este tema:

"...Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí --debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio aparea la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la amplía a todas 'las acciones que emanen de las leyes sociales' del trabajo.

"Según lo dicho, como la época de causación del derecho pensional puede o no coincidir con la del establecimiento del monto de la pensión --no de su reconocimiento, que es cosa distinta--, por ser lo cierto que no necesariamente aquélla concuerda en el tiempo con el retiro del servicio del trabajador, que es el que permite, generalmente, fijar la época que cobijan los cálculos necesarios para determinar el monto de la prestación, habrá de distinguirse si los factores salariales que son objeto de reclamo por el pensionado fueron o no pagados por el empleador y, en caso de no haberlo sido, si hubo o no reclamación. En el primer evento, esto es, cuando fueron pagados los presuntos factores salariales base de liquidación, la acción personal del pensionado prescribirá transcurrido el

Consultorías y Gestiones en Derecho

término que para tal efecto prevén los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ello a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión; y en el segundo, es decir, cuando no fueron pagados los factores discutidos por el pensionado como no incluidos en la base de la liquidación, se torna vital el momento u oportunidad para que el acreedor durante el término hábil, contado a partir de la exigibilidad de éstos, exija los créditos no satisfechos, porque de lo contrario, si prescribió el derecho a ese pago como factor salarial autónomo, igual suerte tiene el reajuste pensional impetrado por esa causa.

"Y es que, se insiste, fijado el monto de la pensión surge para el pensionado el derecho a que éste sea reliquidado por desconocerse algunos de los componentes que constituyeron su base, pero tal reconocimiento está sujeto a la existencia del derecho de crédito que comporta; de tal suerte que, extinguido éste por prescripción no es posible volver a hacerle producir efectos jurídicos.

"si para el caso se estimaba tener derecho a que se incluyera como factor salarial para establecer el base para tasar la pensión de jubilación lo pagado al demandante por prima de 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.

"La Corte no ha confundido hechos con derechos, como equivocadamente cree el recurrente. Para la Corporación es indiscutible que son los derechos los que prescriben y no los hechos. Justamente, cuando a un trabajador se le liquida de manera errada una prestación, tal hecho es susceptible de ser discutido. Entonces, surge a partir de allí un derecho de reclamar contra la conducta irregular, como cuando se liquida mal el ingreso base de liquidación para fijar la mesada pensional. Y, correlativamente, emerge para la entidad de seguridad social, o para el empleador, según el caso, la obligación de corregirla. Pero no tiene ese específico derecho un rango de perpetuidad, que ninguna norma le otorga. Muy distinto al carácter vitalicio otorgado a la prestación jubilatoria propiamente tal, imprescriptibilidad que no se opone, sin embargo, a la extinción del derecho a disfrutar las mesadas de tres años hacia atrás por la inercia del beneficiario. Adviértase en todo caso que, no empieza la asimilación al salario de un trabajador, el ingreso mensual del pensionado se pierde por prescripción extintiva [26 de enero de 2006, expediente 35812. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón]."

En lo que respecta al caso en concreto, de ser procedente, solicito declarar la prescripción trienal de los derechos laborales del demandante aquí reclamados.

vii) Compensación.

Sin que esta excepción implique reconocimiento de derecho alguno, solicitamos al Juzgador Contencioso Administrativo, en caso de ser procedente, que declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por el Fondo Nacional de

Consultorías y Gestiones en Derecho

Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) a la parte demandante por concepto de prestaciones pensionales.

vii) Excepción genérica o innominada.

De conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso⁵, aplicable en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011⁶, solicitamos respetuosamente al Fallador de instancia reconocer y declarar oficiosamente en la sentencia las excepciones cuyos hechos se encuentren acreditados en el proceso.

4. PRUEBAS

Solicito señor Juez, se decreten, practiquen y tengan como tales las siguientes:

▪ Aportadas:

- 1) Poder otorgado a la suscrita para actuar dentro del proceso de referencia.
- 2) Certificado Ministerio de Educación Nacional

▪ Que se solicitan:

Documentales:

Solicito se oficie a la Secretaría de Educación para que envíe al juzgado con destino al expediente copia de los documentos correspondientes a la hoja de vida del actor para verificar los datos e información pertinentes que solo posee la entidad territorial respecto a la nominación de la accionante y entidad que, en principio, ordeno el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al accionante.

5. ANEXOS

Los documentos mencionados en el acápite de pruebas

6. NOTIFICACIONES

A los demandados **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en la Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional- CAN, en la ciudad de Bogotá D.C.

⁵ Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

⁶ Artículo 187. Contenido de la sentencia. (...) En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Consultorías y Gestiones en Derecho

A la apoderada de la parte demandada en la Secretaría de su Despacho o en la Carrera 60 # 76 – 79 de la ciudad de Barranquilla (Atlántico) o al e-mail castillosas.fiduprevisora@gmail.com

Del señor Juez,

Atentamente,

Ana R. Miranda De La Hoz

ANA RAQUEL MIRANDA DE LA HOZ

C.C. No. 55.225.842 de Barranquilla

T.P. No. 179.052 del C. S. de la J.

PROYECTÓ: K.M.