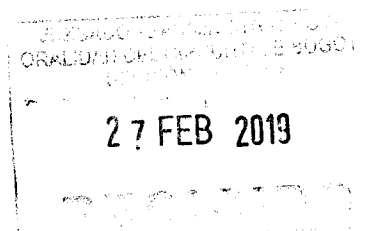


Bogotá D.C., Febrero de 2019



Señores

**JUEZ DIECISEIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA**

E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA DEL TRÁNSITO ZAMBRANO MARTÍNEZ
DEMANDADA: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - BOGOTÁ -
SECRETARÍA DE EDUCACION DE BOGOTÁ
EXPEDIENTE: 2018-00256-00

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:

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.

3.1. 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.

3.2. 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.

3.3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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. -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 TERCERO. -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.

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 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.

AL SEPTIMO. - 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 las 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 hicieren 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.

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.

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...

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:

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 (1°) 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 OTROSAS 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 realde 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 15º.- 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 10º.-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 26º.- 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 Secretaría de Educación Distrital no es quien autoriza ni determina a quien ni cómo debe reconocerse las pensiones. 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 reglamento general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o no y si son 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 y 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 ellos le pertenecen.

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

- **Ley 33 de 1985.** Art. 1. El empleado o oficial que sirva o haya servido veinteaños 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

- **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 o 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.

Previo a la 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 adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos 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."

2. EXCEPCIONES DE FONDO.-

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS:

Fundada 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 siguientes:

- Expediente Administrativo de la demandante

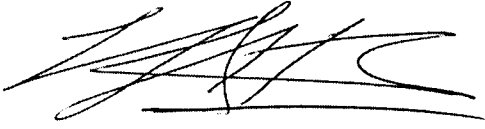
V NOTIFICACIONES.

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 Juez,

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name.

CARLOS JOSÉ HERRERA CASTAÑEDA
C.C. 79.954.623 expedida en Bogotá D.C
T.P. No. 141.955 expedida por el C. S. de la J.