

Cartagena de Indias, 03 de septiembre de 2018

Señores

JUZGADO DECIMO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA



Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicada referencia: 13001333301420170026700

Demandante: CLARA ROSA CACERES CASTRO

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL

JUAN ALFONSO ECHENIQUE VIZCAINO, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado judicial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, según poder que me viene conferido por el JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, en ejercicio de la facultad que le fue conferida en el Decreto 0228 de 2009, documentos que allego con el presente escrito. Con el debido respeto procedo a dar contestación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, lo cual hago en los siguientes términos:

TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia fue notificada electrónicamente al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el día 12 de Junio de 2018, por lo que la contestación es presentada dentro del término legal, es decir dentro de los 30 días de conformidad con lo expuesto en el artículo 172 del CPACA, termino el cual comienza a correr luego del vencimiento del termino común de 25 días después de surtirse la última notificación de conformidad con los artículos 199 y 200 del mismo código.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO DE LOS HECHOS

HECHO PRIMERO: Es cierto de conformidad con información que reposa en resolución adjunta mediante la cual se reconoce y ordena el pago de pensión vitalicia, así como a través de las demás pruebas obrantes del expediente.

HECHO SEGUNDO: No es cierto, Toda vez que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena de Indias no omitió factores adicionales en la liquidación de la pensión de jubilación otorgada mediante Resolución N° 6827 de 09 de octubre de 2014, toda vez que la misma se expidió de conformidad con los parámetros legales que rigen la materia.

HECHO TERCERO: No es cierto el Distrito de Cartagena de Indias no está llamada a restablecer derechos pues se dio la liquidación conforme a las normas legales vigentes.

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Nos oponemos a todas y cada una de las pretensiones formuladas en esta acción, por cuanto carecen de cualquier fundamento de orden legal y factico por no tener asidero jurídico, ni encontrarse demostrado ni probadas dentro de la acción que se adelanta,

Históricamente la prestación pensional ha tenido diversas regulaciones normativas. Desde la expedición de la ley 6ª de 1945 se han establecido 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 el mismo sentido la ley 4ª de 1966 dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos. La ley 6ª de 1945, fue aplicable en un comienzo para los servidores públicos nacionales y luego para los territoriales. Se dejó de aplicar a los primeros con la aparición de la ley 3135 de 1968 y a los segundos con la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985.

A partir de estas normatividades se ingresa a un concepto de pensión que involucra los aportes como parámetro atendible para el establecimiento del monto de las pensiones, así como la determinación de un tiempo sobre el cual calcular el mismo. 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 artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- * Asignación básica*
- * Gastos de representación*
- * Prima técnica*
- * Dominicales y feriados*
- * Horas extras*
- * Bonificación por servicios prestados*
- * Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

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

Esta prescripción fue modificada parcialmente por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableciendo que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial del orden nacional, estaría constituida por los siguientes factores:

“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.”

Pero en este artículo se mantuvo el concepto de la ley 33 de 1985 en que 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. Se observa entonces que la ley señaló los factores salariales que tienen incidencia pensional, respecto de los cuales se deben hacer los aportes.

Mas adelante, la Ley 71 de 1998 en su artículo 9º hace otro importante avance, dando una nueva orientación a la liquidación pensional en el sentido de que conduce la liquidación pensional sobre los salarios del último año de servicios, lo cual se venia interpretando y aplicando en el ya existente y llamado reconocimiento pensional definitivo. Pero, se aclara que con esta disposición no se pretendió derogar lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 respecto de los factores salariales, sino que se entiende que con la ley 71 de 1988 se ha pretendido, como ya se había hecho en la práctica que la reliquidación pensional se haga teniendo en cuenta un tiempo determinado (un año laborado) y respecto de los factores sobre los cuales se haya aportado que ya se encontraban establecidos en la legislación anterior (Ley 62 de 1985). Se concluye de este régimen que para efectos pensionales los factores computables son los señalados en las leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con la ley 71 de 1988 y su reglamentario.

El criterio desarrollado por las leyes 33 de 1983, 62 de 1988 y 71 de 1988, aun se mantiene, es más la ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, aplica estas directrices en su artículo 3º que reza:

“Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.”

De otro lado, el Decreto 2341 de 2003, también reglamentario de la Ley 812 de 2003, asumió para los docentes afiliados al Fondo los mismos ingresos bases de liquidación de aportes o de cotización tenidos en cuenta por el artículo 1º de la ley 62 de 1985.

El Honorable Consejo de Estado se pronunció en sentencia de fecha 20 de septiembre de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, Rad. 08001-23-31-000-2000-01858-01, en donde consideró:

"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 segundo 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:

[...]

"[la] 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".

[...]

A su turno, el artículo 1 Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación en los siguientes términos:

[...]

"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". (Subraya la Sala)

[...]

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.

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."

Así las cosas, se tiene que el acto acusado no viola las disposiciones invocadas por el actor y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debía fundarse. El actor no tiene derecho al reconocimiento de reliquidación de su pensión de jubilación por la no inclusión de otros factores salariales diferentes de la asignación básica. Según el certificado de salarios aportado, este devengó en el último año de servicio:

- Sueldo básico
- Prima de vacaciones
- Prima de Navidad
- Prima de servicios

Para la ley 62 de 1985 son factores salariales para liquidar la pensión de jubilación los siguientes: 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.

Del examen de los factores que trae consigo la Ley 812 y su Decreto Reglamentario 2341 de 2003, que son los mismos taxativamente señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, se concluye que solo la asignación básica o sueldo es factor común con relación a los que se observan en la certificación de salarios aportada, y sobre ella se debe hacer la liquidación, por lo tanto, no es procedente agregar otros factores diferentes a este.

Por los fundamentos expuestos en precedencia, solicito negar las pretensiones de la demanda que nos ocupa.

EXCEPCIONES PROPUESTAS

I. BUENA FE

la buena fe de la Administración Como fundamento de derecho de la presente sección traigo a colación las siguientes normas jurídicas la aplicación del artículo 83 de la Constitución Política de Colombia donde se establece como regla general la presunción de buena fe en todos los actos que se realizan entre la administración y los particulares, la cual deberá tenerse en cuenta por el despacho al momento de dictar Sentencia , de igual manera la consignada en el artículo 769 del Código Civil la cual establece que la buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria, en todos los otros La Mala Fe debe probarse.

II. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

El Distrito de Cartagena de Indias , no es el sujeto llamado a responder por las pretensiones de la demanda, toda vez que es al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al mismo; entonces como el mencionado Fondo se rige como una cuenta especial que es administrada por el Ministerio de Educación, es esta entidad quien detenta la legitimación y por lo tanto la obligación de reconocer el derecho pensional demandado.

De otra parte de acuerdo con las disposiciones que consagran el trámite para el reconocimiento de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al mentado Fondo; a las respectivas Secretarías de Educación Territoriales no se les atribuyó la competencia para ejercer la representación judicial del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los eventos en que se cuestionara la legalidad de los actos administrativos que resolvieran sobre tales derechos. Los fundamentos jurídicos que sustentan la actuación del Distrito de Cartagena, para emitir a través del Secretario de Educación Distrital el reconocimiento y pago de las Pensiones de Jubilación del personal docente nacionalizado afiliado al Fondo de Prestaciones, Sociales del Magisterio son:

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es el regulado por el artículo 4 ibídem, que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

Al respecto el numeral I o del artículo 5 de la normativa en estudio consagra el de "Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado

Artículo de la Ley 91 de 1989, textualmente dispone:

"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 correspondiente Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelar a la sociedad fiduciaria, tal cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrados que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministerio 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 unidad". (Cursivas propias).

El artículo 56 de la Ley 956, que el representante del Fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el Secretario de Educación Territorial certificado, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

"ARTICULO 56: RACIONALIZACION 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".

La Ley que crea el Fondo de Prestaciones, Sociales del Magisterio estipula que éste debe estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad. El artículo 180 de la Ley 115 de 1994, reitera que las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones, Sociales del Magisterio, serán reconocidas por este a través del representante del ministerio en la entidad territorial, disposición que es repetida y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998. El anterior artículo fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005.

De las normas citadas se colige, que aun cuando los secretarios de Educación de los entes territoriales, son quienes proyectan y firman los actos administrativos que reconocen o niegan prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia o autónoma, si no que se adoptan en virtud de la desconcentración de funciones de este último. Por tanto, al actuar el ente territorial como un simple agente de la entidad del orden nacional, no está llamado a responder por las prestaciones que le competen a aquél.

Al respecto se remite el Despacho a lo sostenido en la sentencia de fecha 14 de febrero de 2013, proferida por la Sección Segunda Subsección "B" del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, radicado interno (1048-12). ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL Sentencia de fecha ocho (08) de septiembre de dos mil catorce (2014), Magistrado Ponente: Luis Miguel Villalobos Álvarez. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento. Radicación: 33-33-01-2013-00124-01. Demandante: Raquel Alicia Hernández Herrera. Demandado: Ministerio de Educación Nacional y Otros.

III. INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO POR EL DEMANDANTE

El actor no tiene derecho al reconocimiento de reliquidación de su pensión de jubilación por la no inclusión de otros factores salariales diferentes de la asignación básica. Según el certificado de salarios aportado, este devengó en el último año de servicio:

- Sueldo básico
- Prima de vacaciones
- Prima de servicios
- Prima de navidad

Para la ley 62 de 1985 son factores salariales para liquidar la pensión de jubilación los siguientes: 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.

Del examen de los factores que trae consigo la Ley 812 y su Decreto Reglamentario 2341 de 2003, que son los mismos taxativamente señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, se concluye que solo la asignación básica o sueldo es factor común con relación a los que se observan en la certificación de salarios aportada, y sobre ella se debe hacer la liquidación, por lo tanto no es procedente agregar otros factores diferentes a este.

IV. EXPEDICIÓN REGULAR DEL ACTO CUYA NULIDAD SE IMPETRA

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, expidió la Resolución No. 7431 de 29 de octubre de 2014, por la cual se reconoció y se ordenó el pago de una pensión de jubilación, conforme a las disposiciones normativas vigentes, por lo que el acto acusado no viola las disposiciones invocadas por el actor.

V. EXCEPCIONES INNOMINADAS.

Solicito se declare cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con el artículo 164 del C.C.A. y artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO RESPECTO AL CASO CONCRETO

La Alcaldía de Cartagena, no puede ser condenada por ninguna de las pretensiones planteadas por el demandante, debido a que los actos administrativos objeto de la acción de nulidad, provienen de resoluciones principales y en firme, expedido por la alcaldía de Cartagena- Secretaria de Educación, no puede ser declarado nulo, teniendo en cuenta que:

Primero porque son actos administrativos fictos negativos

Segundo porque no se encuentran inmersos en ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, es decir, en violación de normas superiores; falta de competencia; expedición irregular; falsa motivación; desviación de poder o vulneración del derecho de defensa y en consecuencia, no se desvirtúa la presunción de legalidad que recae sobre el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 Ibídem.

En ese sentido, el acto administrativo enjuiciado, no ha vulnerado las normas superiores que alega la parte actora, teniendo en cuenta que el Distrito de Cartagena – Secretaria de Educación, motivó de manera suficiente y conforme al ordenamiento jurídico, los oficios Demandados.

Por su parte, los argumentos esbozados en la demanda, mediante los cuales pretende demostrar la violación de las normas invocadas en el libelo, carecen de fundamento debido a que se efectuó el pago de los emolumentos salariales en su totalidad quedando en firme la resolución que ordena el pago.

Teniendo en cuenta lo expuesto, las pretensiones carecen de fundamentos legales y respaldo probatorio, que permitan la condena en contra de mi representada, y acuerdo a las razones de hecho y de derecho planteadas.

PRUEBAS Y ANEXOS.

EL poder para actuar se encuentra debidamente adjuntado al expediente en data anterior

NOTIFICACIONES

Al Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, en el centro Plaza de la Aduana- palacio Municipal

al suscrito en su oficina ubicado en el centro Plazoleta Benkos Bioho, Edificio Comodoro piso 9 oficina 904 y a través del correo electrónico jechetu@hotmail.com

Atentamente,


JUAN ALFONSO ECHENIQUE VIZCAINO

C.C. No. 1.047.396.600 de Cartagena

T.P. No. 215.558 del C.S.J.