

Señor Juez

GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO

JUZGADO ONCE (11) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

Referencia: 11001-33-35-011-2021-00247-00

Medio de Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

Demandante: Libardo Alirio Hoyos Pedroza

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Fiduciaria la Previsora S.A. – Bogotá D.C. – Secretaría De Educación Distrital

Asunto: Contestación de la demanda

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C., y portadora de la tarjeta profesional No. 342.450 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de **BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, (en adelante SED o mi representada), manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito contestar la demanda bajo las siguientes consideraciones:

A. Pronunciamiento frente a las pretensiones y declaraciones de la demanda

Frente a las pretensiones formuladas en la demanda me opongo a todas y cada una de ellas por carecer de sustento fáctico y jurídico:

- 1. Declaración Primera:** Me opongo a esta pretensión toda vez que: i) los factores salariales tenidos en cuenta en la liquidación que dio origen a la Resolución No. 1278 del 19 de febrero de 2019, se ajustaron de conformidad con la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, los cuales corresponden a la asignación básica, bonificación y prima de vacaciones, y ii) los descuentos de las mesadas adicionales en salud se realizaron conforme a lo previsto en la Ley 91 de 1989.

De igual manera, resulta imperativo señalar que Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio. A partir de la sentencia de unificación establecida por el Consejo de Estado en la Sentencia de 3 de junio de 2021, le corresponde a la Fiduciaria La Previsora S.A., en su condición de entidad encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, realizar los descuentos sobre las mesadas pensionales del demandante, incluidas las adicionales.

- 2. Declaración Segunda:** Me opongo, pues la **Secretaría de Educación Distrital**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece el Decreto 2831 de 2005, en relación con el procedimiento y el pago de prestaciones sociales de los empleados del fondo, por lo tanto, la competencia radica en la sociedad fiduciaria.

Sin embargo, mediante la Resolución No. 3783 del 9 de junio de 2021, mi representada expuso las razones normativas y doctrinales por las cuales se negaba la solicitud de ajuste a la pensión vitalicia de jubilación del docente Libardo Alirio Hoyos Pedroza y la respuesta de fondo sobre la devolución de los descuentos efectuados en la mesada pensional por concepto de salud.

3. **Declaración Tercera:** Me opongo a esta pretensión teniendo en cuenta que el oficio de la referencia fue radicado ante la Fiduprevisora S.A. sin que mi representada tuviera conocimiento alguno sobre la supuesta reclamación presentada ante dicha entidad. No obstante, mi representada no es la entidad competente para determinar el pago de la prima de medio año.
4. **Declaración Cuarta:** Me opongo a esta pretensión teniendo en cuenta que el oficio de la referencia fue radicado ante la Fiduprevisora S.A. sin que mi representada tuviera conocimiento alguno sobre la supuesta reclamación presentada ante dicha entidad. No obstante, mi representada no es la entidad competente para determinar el pago de la prima de medio año.
5. **Declaración Quinta:** Me opongo toda vez que la **Secretaría de Educación Distrital**, no es la entidad encargada de realizar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio, por lo tanto, las mismas deben ser pagadas, en una posible condena, con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta que mi representada no realizó todas las gestiones descritas en el Decreto 2381 de 2005.
6. **Declaración Sexta:** Me opongo toda vez que la **Secretaría de Educación Distrital**, no es la entidad encargada del reconocimiento y de conformidad con la sentencia de unificación por el Consejo de Estado, le corresponde a la Fiduciaria La Previsora S.A., en su condición de entidad encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
7. **Declaración Séptima:** Me opongo toda vez que dicho acto es una responsabilidad asumida con los recursos provenientes de la entidad pagadora, esto es, la Fiduprevisora, a través del acto administrativo de reconocimiento que debe expedir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación.
8. **Declaración Octava:** Me opongo a la eventual condena en costas procesales y agencias en derecho invocado por la parte demandante y solicito se absuelva a la entidad que represento. Pido se condene en costas al demandante, incluyendo las agencias en derecho.

B. Pronunciamiento frente a la descripción de los hechos de la demanda

En cuanto a los hechos expuestos en el escrito de la demanda, me permito pronunciarme de los mismos en los siguientes términos:

Al 1.1. Es cierto. De conformidad con la certificación expedida por la Oficina de Personal de la Secretaría de Educación Distrital, el señor Libardo Alirio Hoyos Pedraza ha prestado sus servicios desde el 04 de mayo de 1993, nombrado mediante la Resolución No. 827 del 15 de abril de 1993.

Al 1.2. No es una descripción de un hecho sino una valoración privada del demandante. En razón de que la Fiduciaria La Previsora S.A., es la entidad encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al 1.3. Es parcialmente cierto. La Resolución mediante la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación al señor Libardo Alirio Hoyos Pedraza es la Resolución No. 1989 del 18 de marzo de 2019. En efecto, tal como se estableció en dicha Resolución, la pensión de jubilación fue reconocida a partir del 22 de julio de 2018, de acuerdo con la aprobación a la liquidación, impartida por la Fiduciaria la Previsora S.A.

Al 1.4. No le consta a la entidad que represento. Es necesario aclarar que la Secretaría de Educación no está a cargo de realizar los descuentos de las mesadas pensionales por concepto de salud. Es importante mencionar que según lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta que actualmente es la Fiduciaria la Previsora S.A. Adicionalmente, los numerales 4 y 5 del artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, dispone como parte del procedimiento de reconocimiento y pago de una prestación económica, la aprobación de tal entidad fiduciaria de los proyectos de los actos administrativos de reconocimiento, por lo tanto es la Fiduciaria la Previsora S.A. la entidad pagadora de las prestaciones económicas que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser a su vez la administradora de los recursos del mismo y en consecuencia, la que realiza dichas deducciones.

Al 1.5. No le consta a la entidad que represento. Es necesario aclarar que la Secretaría de Educación no está a cargo de realizar los descuentos de las mesadas pensionales por concepto de salud. Es importante mencionar que según lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta que actualmente es la Fiduciaria la Previsora S.A. Adicionalmente, los numerales 4 y 5 del artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, dispone como parte del procedimiento de reconocimiento y pago de una prestación económica, la aprobación de tal entidad fiduciaria de los proyectos de los actos administrativos de reconocimiento, por lo tanto es la Fiduciaria la Previsora S.A. la entidad pagadora de las prestaciones económicas que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser a su vez la administradora de los recursos del mismo y en consecuencia, la que realiza dichas deducciones.

Al 1.6. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente.

Al 1.7. Es cierto. Sin embargo, es pertinente aclarar que los descuentos sobre los factores salariales le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá. Al existir dudas al respecto, deberán probarse en el presente proceso.

Al 1.8. No le consta a la entidad que represento. La petición relacionada en este hecho, no fue tramitada ante la Secretaría de Educación Distrital. Al existir dudas al respecto, deberán probarse en el presente proceso.

Al 1.9. No le consta a la entidad que represento. La petición relacionada en este hecho, no fue tramitada ante la Secretaría de Educación Distrital. Al existir dudas al respecto, deberán probarse en el presente proceso.

C. Razones y fundamentos de la defensa

En procura de ejercer el derecho a la defensa y de ofrecer al Juzgado la información necesaria para proveer sobre lo pertinente en las pruebas y la decisión del caso, me permito pronunciarme frente a cada uno de los enunciados descriptivos de los hechos y argumentos jurídicos presentados en el escrito de la demanda.

Así, el problema jurídico a resolver en el presente asunto consiste en determinar si al demandante, le asiste el derecho a que: i) se reliquide la pensión de jubilación y, ii) se le reconozca la devolución y pago de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, desde que adquirió el derecho a la pensión de jubilación, y la suspensión de dichos descuentos.

1. Reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante "FOMAG"), como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial,

contable y estadística, sin personería jurídica, y cuya administración le corresponde a una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta en la cual el Estado tenga una participación superior al 90%.

La administración de los recursos del FOMAG se encuentra a cargo de la fiduciaria la Previsora S.A., ello, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito por la Nación-Ministerio de Educación Nacional con esta entidad financiera del Estado.

De conformidad con el artículo 4 Ibidem, le corresponde a esta cuenta especial de la Nación atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados a la fecha de promulgación de la presente ley, así como del personal afiliado con posterioridad a su expedición.¹

Como objetivos del FOMAG, señala el artículo 5 de la Ley 91 de 1989:

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

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 91 de 1989 refiere la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes entre la Nación y los entes territoriales, en donde resulta necesario resaltar lo dispuesto en el numeral 5 del referido artículo, en la medida que la Nación asumió por medio de esta cuenta, el pago de aquellas prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado causadas a partir de la promulgación de la mencionada ley.

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

Aunado a lo anterior, 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”, estableció en el artículo 56 que las prestaciones sociales a cargo del FOMAG, deben ser reconocidas por este Fondo, previo a la aprobación del proyecto de resolución que es elaborado por la entidad territorial a la cual se encuentre vinculado el docente.

¹ Posteriormente, la Ley 812 de 2003 dispuso que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentran vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido en las disposiciones vigentes a la fecha de expedición de la mencionada ley y los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrán los derechos pensionales establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

“Artículo 56. 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.”

Con fundamento en las normas antes señaladas, es claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la obligación de atender el pago de todas las obligaciones relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes que se encuentra afiliados a este Fondo, teniendo en cuenta que a partir de la expedición de Ley 91 de 1989 la Nación asumió esta carga por medio de la cuenta especial FOMAG, competencia que la Ley 962 de 2005 reafirma al señalar que las prestaciones sociales del magisterio debían ser reconocidas por este Fondo y asigna a las entidades territoriales la obligación de elaborar el proyecto de acto administrativo.

En ese orden de ideas, las entidades territoriales dentro del trámite de las solicitudes que promuevan los docentes para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, únicamente tienen a cargo la elaboración del proyecto del acto administrativo correspondiente, el cual debe ser aprobado por el mencionado Fondo en la medida que tiene la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio.

Lo anterior permite concluir que la Secretaría de Educación del Distrito no está llamada a responder por las pretensiones elevadas en la demanda, las cuales se encuentran dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de pensión de jubilación, toda vez que, es la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, quien por disposición legal es el ente que tiene la obligación de efectuar el mencionado pago en razón a las funciones y competencias asignadas, esto es, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado a este Fondo.

En conclusión, la Secretaría de Educación del Distrito no cuenta con legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro de presente asunto, teniendo en cuenta que, quien debe reconocer y pagar la sanción moratoria es la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG y la Fiduprevisora S.A., teniendo presente que los hechos que se alegan fueron ocurridos en la vigencia de la Ley 962 de 2005, que consagra la responsabilidad a cargo del Fondo.

2. Liquidación de la pensión de jubilación para los docentes vinculados al servicio público educativo formal.

La Ley 100 de 1993 estableció que el Sistema General de Pensiones previsto en esta norma se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional, salvo las excepciones previstas en el artículo 279 *Ibídem*, dentro de las cuales se incluye los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Posteriormente, el artículo 81 la Ley 812 de 2003 dispuso que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encontraban vinculados al servicio público educativo oficial, era el establecido en las disposiciones vigentes a la fecha de expedición de la mencionada ley y los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrían los derechos pensionales establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Así mismo, el Acto Legislativo 01 de 2005 reiteró el cambio de régimen pensional establecido en la Ley 812 de 2003 y reafirmó la mencionada excepción del régimen pensional de los docentes, cuyo tenor dispone:

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

(...)

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003"

En consecuencia, de la normatividad antes señalada, se puede concluir que para determinar el régimen pensional aplicable al sector docente se debe tener en cuenta la fecha de vinculación, ya que si se trata de una persona vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se aplica el régimen pensional que se encontraba vigente al momento de expedición de esta norma y si su vinculación es posterior a la entrada en vigencia de la referida ley, tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable al sector docente era el establecido en la Ley 91 de 1989 que a su vez remite a la Ley 33 de 1985, normatividad en la cual se encuentran determinados los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación y el valor de esta prestación que corresponde al pago del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes durante el último año de servicio.

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el valor de la pensión mensual debe ser calculado únicamente sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes sin que se pueda incluir otro factor diferente. Así lo dispuso el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, disposición modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 cuyo texto señala:

"Artículo 1º. 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 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." (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Lo anterior quedó definido por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 SUJ-014-CE-S2-19. En esta providencia, señaló el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que la aplicación de cada uno de los regímenes pensionales de los docentes, se encuentra condicionado a la fecha de ingreso o vinculación de cada docente, además, señaló los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión.

"De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de

cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, **los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 resulta aplicable el régimen de pensión ordinaria de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, régimen que tiene definido como el ingreso base de liquidación el setenta y cinco por ciento (75%) de los factores salariales devengados en el último año de servicio sobre los cuales se realizaron aportes sin que se puede incluir otro factor salarial.

En el presente caso se trata de un docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por tal motivo no resulta procedente aplicar el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Es el régimen de pensión ordinaria de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985 aplicable al caso concreto, régimen que tiene definido como valor de pensión mensual vitalicia de jubilación un pago equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en el último año de servicio y en cuyo caso, no se puede incluir otro factor salarial diferente sobre el cual no haya servido de base para realizar aportes al sistema de seguridad social en pensión.

De esta manera, en la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación del demandante no se podía tomar en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicio que solicita sean incluidos, pues estos factores salariales no sirvieron de base para liquidación de los aportes, y por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, los actos administrativos demandados se encuentran conforme a derecho sin que se pueda observar algún vicio de nulidad en su formación o contenido, en el entendido que la liquidación de la pensión jubilación se realizó conforme a las normas de orden superior que regulan la materia, especialmente lo previsto en las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y 91 de 1989, normatividad aplicable al caso concreto toda vez que se trata de un docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Por consiguiente, las pretensiones elevadas en la demanda no están llamadas a prosperar ya que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, al no encontrarse acreditado ningún vicio que genere la nulidad del mismo, en la medida que la formación y contenido el acto administrativo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico sin que se pueda evidenciar el desconocimiento o vulneración de normas de rango superior ni como tampoco la afectación de los derechos del administrado.

3. Descuento de salud del 12% para las mesadas adicionales – Validez de los descuentos sobre mesadas pensionales para efectos de aportes a seguridad social en salud

La Ley 4 de 23 de abril de 1966, “por medio de la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”, estableció el porcentaje que se debe descontar a los pensionados de su mesada para la seguridad social, así:

“Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y

*b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes. Parágrafo. **Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional**” (Negrillas fuera del texto)*

De acuerdo a lo anterior, el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968, “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, dispone:

“Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que le pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.”

Así mismo, el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, reitera:

*“Artículo 90. Prestación asistencia.
(...)”*

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional.” (Negrillas fuera del texto)

Ahora bien, con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994, el monto de cotización al sistema de salud se incrementó, quedando en un 12% a partir del primero de enero de 1996, indicando que las cajas, fondos o entidades se ajustaran al sistema de cotización reglamentado.

De otra parte, en lo referente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, el artículo 1 del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, no obstante, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 3 de febrero de 2005, declaró nulo parcialmente el mencionado artículo, abriendo la posibilidad de efectuar el descuento del 12% sobre la mesada de junio, a todos los docentes pensionados, de acuerdo con el artículo 142 de la ley 100 de 1993, así:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada or quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

A su turno, la Ley 4 de 1976 indicó que, a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares, no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% por concepto de salud, referida en el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, posteriormente el Concepto del 16 de diciembre de 1997, radicado 1064 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dijo:

“(…) las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.”

No obstante, lo anterior como dichos docentes pertenecen a un régimen exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, es posible el descuento del 12% en las mesadas adicionales de junio y diciembre, encontrándose la disposición ratificada por el inicio primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que señala:

“Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacioanles, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

De la norma transcrita, se evidencia que antes de la Ley 812 de 2003, se encontraba vigente la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que dispuso como apore de los pensionados el 5%, incluyendo las mesadas adicionales, que con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue modificado lo concerniente a la tasa de cotización, así:

*“(…) **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.” (Negrillas fuera del texto)

De lo anterior, se observa que la norma en ningún momento prohíbe el descuento en salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre, afirmando que solamente las personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia, se encuentran amparadas por el régimen de prima media, situación está que no se configura en el presente caso.

En relación con las normas citadas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sección Segunda – Subsección A, en sentencia del 7 de junio de 2012, con radicado No. 11001333102820100044801, afirmó:

“En esas circunstancias, no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización de salud. El interrogante que subsiste es si la norma acusada debió o no prever una

regulación de transición igual a la establecida por el artículo 143 de la ley 100 de 1993 que en el régimen general reajustó las pensiones en un valor equivalente al incremento de la cotización en salud (...)

17- Conforme a lo anterior, el cargo de igualdad no está llamado a propesar, por cuando la regulación de la cotización en salud no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. En efecto, esa cotización está ligada al conjunto de los servicios de salud prestados al magisterio, que representan un régimen específico, pues dichos servicios son prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, como lo dice otro aparte de la disposición acusada. Y en esas circunstancias, no tenía por qué la norma acusada prever el incremento de la cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio un incremento en su mesada idéntico al previsto por la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de salud y personal es en ambos casos distinto, como la cotización está vinculada al conjunto de régimen, no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. La Ley no estaba entonces obligada a prever para el aumento de la cotización en salud de los pensionados del régimen especial de los docentes un mecanismo compensatorio idéntico al establecido por la Ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social' (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Fue clara la Corte en el citado pronunciamiento, en torno a que el régimen general y el especial no han de mezclarse al arbitrio del particular, sino que debe respetarse y cumplirse íntegramente, al respecto expresó:

*"(...)
De conformidad con lo anotado, no existe razón para ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud, como quiera, que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por pertenecer a un régimen especial se rigen por normas especiales y no pueden ser beneficiarios del régimen general, de cuya cobertura están excluidos expresamente. Por tanto, como la ley 91 de 1989, norma aplicable en el sub examine, permite que el descuento para salud sea efectuado a cada una de las mesadas que recibe el pensionado, no puede pretender la actora que se le reintegren unos aportes que fueron debidamente descontados, de conformidad con las normas que regulan su régimen especial."* (Negrillas fuera del texto)

Conforme a las Leyes y Jurisprudencia citada, para los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento en salud se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, la cual, es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado; razón está por la que no se observa señor juez la existencia del derecho alguno para pretender la devolución de los descuentos efectuados bajo la aplicación de un régimen de prima media, a aquellos docentes que fueron vinculados antes del año 2003, casos particulares como se observan en la presente discusión.

En consecuencia, en estos casos no se debe realizar reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y tampoco a que cesen dichos descuentos.

4. Prima de medio año – No debe ser reconocida en el presente asunto

El Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 104, excluyó expresamente a los docentes oficiales de su aplicación, por lo que no tienen derecho a la prima de servicios creada en el artículo 48 de dicho estatuto. Ahora bien, la Ley 91 de 1989, en ninguno de sus apartes crea, reconoce o extiende a favor de los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.

Precisamente la intención o voluntad del legislador al expedir la Ley 91 de 1989, no era la de crear o reconocer la prima de servicios a favor de los docentes oficiales, sino la de unificar su régimen a partir de 1990, por lo que la interpretación correcta del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es la de respetar los derechos adquiridos de los maestros

nacionalizados, antes territoriales, a quienes las entidades territoriales a las que pertenecían les reconocieron dicho beneficio.

Conforme al marco normativo, la Corte Constitucional en la sentencia C-461 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz precisó que la sentencia C-409 de 1994 amplió el beneficio de la mesada adicional a todos los pensionados cobijados por la Ley 100 de 1993, precisando que para los docentes la norma aplicable es el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la cual prevé el pago de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, que es asimilable a la mesada catorce de la Ley 100 de 1993.

Por estos motivos, según la Corte Constitucional no existe un argumento válido para que los docentes regulados por la Ley 91 de 1989 perciban la mesada catorce de la Ley 100 de 1993. No obstante, indicó que solo habría lugar al reconocimiento de la mesada catorce prevista en la Ley 100 de 1993 para los docentes, *"vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no son acreedores de la pensión de gracia"*, situación que no aplica en el caso de la demandante, toda vez que se vinculó como docente el 18 de agosto de 2000.

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2005, prevé que quienes adquirieran su estatus pensional en su vigencia (publicación 25 de julio de 2005), no pueden recibir más de 13 mesadas, salvo quienes lo adquirieron antes del 31 de julio de 2011, siempre y cuando tengan una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En conclusión, puede decirse que continuarán recibiendo mesada catorce, los docentes que pensionados antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005: i) quienes causaron el derecho pensional antes del 25 de julio de 2005, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento y, ii) quienes cusen el derecho pensional entre la entrada en vigencia del Acto Legislativo citado y el 31 de julio de 2011, siempre y cuando perciban una pensión igual o inferior a tres (3) SMLMV.

En el presente caso, el demandante adquirió el estatus pensional el 21 de septiembre de 2018 con la Resolución No. 1989 del 18 de marzo de 2019, esto es, después de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, hecho que de entrada implica que solo puede percibir trece mesadas.

Además de lo anterior, la situación del demandante tampoco se circunscribe a la excepción de la norma, toda vez que su mesada pensional de \$2.486.249 pesos no era inferior a tres salarios mínimos, que para el año 2019, cuando le fue reconocida la pensión correspondían a \$2.484.348 pesos, teniendo en cuenta el salario mínimo fijado para el año 2019, en el valor de \$828.116 pesos. Por lo anterior, no hay lugar al reconocimiento de la prima de medio año contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

5. La imposibilidad de condena en cabeza de la Secretaría de Educación Distrital

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado², la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y para oponerse a las pretensiones.

Adicionalmente, vale la pena precisar que esta Corporación tiene determinado que el presupuesto procesal de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones, de hecho y material. i) *"La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 07 de febrero de 2019. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00346-01(2174-15).

pasiva”³; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

De esta manera, es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de encontrarse legitimado en la causa de hecho, no cuenta con legitimación en la causa material ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos en controversia, lo cual trae como consecuencia que las pretensiones formuladas están llamadas a fracasar pues el demandado no se encuentra en la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados al demandante.⁴

Bajo el anterior entendimiento, la legitimación en la causa material por pasiva, implica que la Entidad que es demandada, es la que está llamada a responder y restablecer el derecho del demandante ante una eventual sentencia condenatoria al encontrarse probada la participación real en el hecho o el vínculo jurídico sustancial con los intereses que se encuentran en disputa.

En el presente caso, mi representada 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 esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha prescrito, como lo es el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de esos dineros.

Al respecto, se debe traer a colación algunas de 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 la Ley 91 de 1989, artículo 2 numeral 5 dispone:

“(...) las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se acusen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagados 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 correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Radicado: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753).

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

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren 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 mi representada.

6. Del caso en concreto

Por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado mediante la Ley 91 de 1989, se encuentran exceptuados del sistema integral de seguridad social.

Así las cosas, el régimen prestacional de los docentes oficiales se define de conformidad con la fecha de vinculación al servicio público educativo, según haya ocurrido antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado y el análisis de las normas respectivas en el anterior numeral, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no gozan de un régimen especial de jubilación, por tanto, si su vinculación se efectuó antes del 27 de junio de 2003 es el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 la norma aplicable a efecto de determinar el ingreso base de cotización de los aportes al sistema de pensiones, el cual establece:

“ARTÍCULO 1º. 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 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. (...)”

Por otra parte, resulta procedente aclarar que a los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados también al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio les resulta aplicable el régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Así, al demandante le es aplicable las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Para dichos docentes, los factores que se deben incluir en el ingreso base de cotización son los previstos en el Decreto 1158 de 1994, según el cual:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados"*

En el caso objeto de estudio, se evidencia que los aportes al sistema de seguridad social del señor Libardo Alirio Hoyos, fueron realizados en la proporción respectiva y de forma oportuna, sobre los factores salariales devengados por el mentado docente de conformidad con su vinculación y en concordancia con los presupuestos normativos antedichos.

D. Excepciones Previas

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

1. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Esta excepción tiene como fundamento los argumentos expuesto en el numeral anterior, relativo a las razones y fundamentos de defensa y los argumentos que se proceden a exponer:

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y para oponerse a las pretensiones.

Adicionalmente, vale la pena precisar que esta Corporación tiene determinado que el presupuesto procesal de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones, de hecho y material. i) *"La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva"*⁶; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

De esta manera, es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de encontrarse legitimado en la causa de hecho, no cuenta con legitimación en la causa material ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos en controversia, lo cual trae como consecuencia que las pretensiones formuladas están llamadas a fracasar pues el

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 07 de febrero de 2019. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00346-01(2174-15).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890).

demandado no se encuentra en la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados al demandante.⁷

Bajo el anterior entendimiento, la legitimación en la causa material por pasiva implica que la Entidad que es demandada, es la que está llamada a responder y restablecer el derecho del demandante ante una eventual sentencia condenatoria al encontrarse probada la participación real en el hecho o el vínculo jurídico sustancial con los intereses que se encuentran en disputa.

Al respecto, es necesario recordar que de acuerdo con la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, quien está llamado a responder por el reconocimiento del pago de pensión del personal docente es el FOMAG. De esta manera, no existe vínculo o conexión de la Secretaría con los hechos y pretensiones alegados por el demandante, por cuanto es el FOMAG quien tiene asignada la función y competencia para realizar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales del magisterio.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁸ ha sostenido en reiteradas oportunidades que, por regla general, la legitimación en la causa material constituye una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, el juez se encuentra en la posibilidad de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva durante el trámite de la audiencia inicial, salvo que no exista certeza frente a la configuración de esta excepción que tiene una connotación mixta, asunto que por tal motivo deberá resolverse en sentencia luego de evacuado todo el periodo probatorio.

En el caso concreto, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos presentados en la demanda, se observa que existe certeza frente a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva para que esta pueda ser declarada, toda vez que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no es la entidad que tiene a cargo el reconocimiento y pago de la prestación social en controversia, así como tampoco en la entidad encargada de realizar los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales.

Así las cosas, la Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha asignado o transferido la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha prescrito, como lo es el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de estos dineros. Por lo anterior, la excepción propuesta está llamada a prosperar ya que la Secretaría de Educación, no cuenta con legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro de presente asunto, teniendo en cuenta que, quien debe reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio es el Fomag.

E. Excepciones de fondo

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

1. Legalidad de los actos administrativos acusados

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, el acto administrativo, entendido como una manifestación unilateral de la administración dirigida a producir

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Radicado: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753).

⁸ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-00624-01(55575); Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 70001-23-33-000-2015-00013-01(55754); Auto del 13 marzo de 2017. Radicado: 25000-23-36-000-2015-00105-01(57357).

efectos jurídicos, se encuentra amparado por la presunción de legalidad siempre que este no haya sido anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, los actos administrativos son susceptibles de impugnación a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011 según la naturaleza de los mismos; enjuiciamiento que tiene como propósito salvaguardar el orden jurídico superior, el sometimiento coercitivo de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico y según el caso, el restablecimiento del derecho afectado por los actos de la administración.

En virtud de la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos, el legislador impuso una carga procesal de alegación por parte de quien pretenda desvirtuar la legalidad del acto administrativo, es por esta razón que el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 exige a la parte demandante indicar las normas violadas y explicar el concepto de su violación en aquellas demandas que se pretenda la nulidad de un acto administrativo.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la conformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico se materializa en la presunción de legalidad sobre la cual se encuentra amparado y para que se pueda declarar la nulidad del acto, se debe desvirtuar dicha presunción demostrando la existencia de vicios en los elementos de validez del acto (falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder) tomando como fundamento el ordenamiento legal que se invoca como vulnerado por los actos administrativos, y los argumentos en que justifican esta vulneración.

En el presente asunto, los actos administrativos demandados se encuentran conforme a derecho sin que se pueda observar algún vicio de nulidad en su formación o contenido, en el entendido que la liquidación de la pensión jubilación se realizó conforme a las normas de orden superior que regulan la materia, especialmente lo previsto en las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y 91 de 1989, normatividad aplicable al caso concreto toda vez que se trata de un docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Así mismo, vale la pena destacar que la liquidación se realizó conforme a la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 SUJ-014-CE-S2-19 antes expuesta en el presente escrito, en la cual el Consejo de Estado definió que *“los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.”*

Por consiguiente, las pretensiones elevadas en la demanda no están llamadas a prosperar, ya que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado al no encontrarse acreditado ningún vicio que genere la nulidad del mismo, toda vez que la formación y contenido el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico sin que se pueda evidenciar el desconocimiento o vulneración de normas de rango superior ni como tampoco la afectación de los derechos del administrado.

2. Genérica o innominada

Como todo proceso contencioso de carácter declarativo, pido respetuosamente al señor Juez que en caso de encontrarse acreditada alguna circunstancia liberaría del demandado proceda con su declaración.

F. Pruebas

Solicito se tengan como pruebas a favor de la parte que represento las siguientes:

1. Expediente administrativo.

G. Anexos

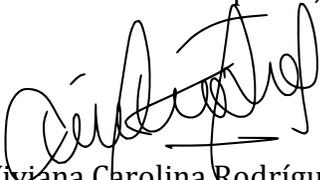
Anexo al presente escrito los siguientes documentos:

1. Poder especial conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.
2. Poder de sustitución.
3. Pruebas señaladas en el capítulo F del presente escrito.

H. Notificaciones

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo de notificaciones judiciales de la Entidad: notificajuridicas@educacionbogota.edu.co y a los correos de la suscrita apoderada carolinarodriguezp7@gmail.com y notificacionesjcr@gmail.com

Del honorable Despacho,



Viviana Carolina Rodríguez Prieto
Apoderada Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital
Celular: 3112720996