

Señor Juez

GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO

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

E. S. D.

Referencia: 11001-33-35-011-2021-00305-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Luz Fabiola Castillo Cruz

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora y Alcaldía Mayor de Bogotá - 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 la Resolución 5805 del 19 de junio de 2018 reviste de legalidad, al cumplir con los preceptos establecidos en el Decreto 224 de 1972.
- 2. Declaración Segunda:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la Resolución 8951 del 03 de septiembre de 2018 reviste de legalidad, al cumplir con los preceptos establecidos en el Decreto 224 de 1972.
- 3. Declaración Tercera:** Me opongo a esta pretensión toda vez que a través de la Resolución 000660 del 01 de marzo de 2000, se reconoció la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación a i) María Leyla Ramirez de Díaz identificada con C.C. 20.284.365 en calidad de cónyuge, a ii) Guillermo Alfonzo Díaz Ramirez identificado con C.C. 79.939.575 en calidad de hijo y a iii) Sergio Andres Díaz Castillo como hijo representado por la hoy accionante Luz Fabiola Castillo Cruz.
- 4. Declaración Cuarta:** Me opongo a esta pretensión toda vez que a través de la Resolución 000660 del 01 de marzo de 2000, se reconoció la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación a i) María Leyla Ramirez de Díaz identificada con C.C. 20.284.365 en calidad de cónyuge, a ii) Guillermo Alfonzo Díaz Ramirez identificado con C.C.

79.939.575 en calidad de hijo y a iii) Sergio Andres Díaz Castillo como hijo representado por la hoy accionante Luz Fabiola Castillo Cruz.

5. **Declaración Quinta.** Me opongo a esta pretensión, toda vez que, las Resoluciones acusadas, revisten de legalidad, al cumplir con los preceptos normativos establecidos para el reconocimiento de la sustitución pensional y en especial, por que la demandante no logró demostrar su calidad de compañera permanente.

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, toda vez que esta facultad 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 y la encargada de aprobar el proyecto de acto administrativo a través de la Secretaría de Educación de Bogotá.

6. **Declaración Sexta:** Me opongo, pues la Secretaría de Educación Distrital, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, en razón a que la competencia radica en la sociedad fiduciaria.

7. **Declaración Séptima:** Me opongo a esta pretensión, toda vez que, las Resoluciones acusadas, revisten de legalidad, al cumplir con los preceptos normativos establecidos para el reconocimiento de la sustitución pensional y en especial, por que la demandante no logró demostrar su calidad de compañera permanente.

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, toda vez que esta facultad 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 y la encargada de aprobar el proyecto de acto administrativo a través de la Secretaría de Educación de Bogotá.

8. **Declaración Octava:** Me opongo a esta pretensión teniendo que Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio.

9. **Declaración Novena:** Me opongo a esta pretensión teniendo que Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio.

10. **Declaración Décima:** Me opongo a la eventual condena en costas procesales y agencias en derecho invocado por la parte demandante y solicitó 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 pronunciar me de los mismos en los siguientes términos:

HECHO PRIMERO. Es cierto. De conformidad con la Resolución No. 972 del 01 de julio de 1993, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al docente Rafael Guillermo Díaz (Q.E.P.D)

HECHO SEGUNDO. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

HECHO TERCERO. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

HECHO CUARTO. No le consta a la entidad que represento. En razón a que dentro del expediente administrativo no existe documental relacionada con el presente, por lo cual, la entidad se atiene a las pruebas aportadas y lo que se logre demostrar en el transcurso del presente litigio.

HECHO QUINTO. No le consta a la entidad que represento. En razón a que dentro del expediente administrativo no existe documental relacionada con el presente, por lo cual, la entidad se atiene a las pruebas aportadas y lo que se logre demostrar en el transcurso del presente litigio.

HECHO SEXTO. No le consta a la entidad que represento. En razón a que dentro del expediente administrativo no existe documental relacionada con el presente, por lo cual, la entidad se atiene a las pruebas aportadas y lo que se logre demostrar en el transcurso del presente litigio.

HECHO SÉPTIMO. Es parcialmente cierto. Conforme con las certificaciones que reposan en el expediente administrativo, el señor Segio Andres Díaz Castillo es hijo del señor Rafael Guillermo Díaz (Q.E.P.D) y la accionante, la señora Luz Fabiola Castillo Cruz, sin embargo, a la entidad no le consta la existencia de una Unión Marital de Hecho entre la accionante y el docente Guillermo Díaz.

HECHO OCTAVO. No le consta a la entidad que represento. En razón a que dentro del expediente administrativo no existe documental relacionada con el presente, por lo cual, la entidad se atiene a las pruebas aportadas y lo que se logre demostrar en el transcurso del presente litigio.

HECHO NOVENO. No le consta a la entidad que represento. En razón a que dentro del expediente administrativo no existe documental relacionada con el presente, por lo cual, la entidad se atiene a las pruebas aportadas y lo que se logre demostrar en el transcurso del presente litigio.

HECHO DÉCIMO. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

HECHO DÉCIMO PRIMERO. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo. Sin embargo, resulta imperativo aclarar que la resolución de reconocimiento de sustitución pensional proferida el 01 de marzo de 2000 reconoce como beneficiario a Sergio Andres Díaz Castillo hijo del docente Rafael Guillermo Díaz (Q.E.P.D) y la accionante; quien a su vez es representado por la señora Castillo Cruz, lo cual, permite

establecer que la señora Luz Fabiola Castillo Cruz contaba con pleno conocimiento de la sustitución pensional que se efectuó durante el año 2000.

HECHO DÉCIMO SEGUNDO. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

HECHO DÉCIMO TERCERO. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

HECHO DÉCIMO CUARTO. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

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.

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.

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.

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.

*“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 la sustitución pensional, 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 del presente asunto, teniendo en cuenta que, quien debe reconocer y pagar es la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG y la Fiduprevisora S.A.

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. Lo anterior, conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual determina las reglas para proceder al reconocimiento de las pensiones a los docentes:

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.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2.- Pensiones:

(...)

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

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"

Al respecto, el Consejo de Estado determinó que

"RÉGIMEN PENSIONAL DE DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Lo determina la fecha de vinculación La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular; Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (régimen de transición). ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años. En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general".²

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.

3. La pensión de sobrevivientes

La Ley 12 de 1975 y 17 de 1988 contempla que el cónyuge supérstite o la compañera permanente y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación si

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado: 2004-00220-01(4582-04) y 2005-00234-00(9906-05) Acumulados. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

éste fallece antes de cumplir la edad pensión, siempre y cuando haya cumplido con el tiempo de servicio establecido en la ley, esto es 20 años:

“Artículo 1o.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas”.

Así mismo, sus artículos 7 y 11 de la citada ley ha determinado que:

“Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer. El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Artículo 11.- Esta ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez”

Conforme a ello, la Ley 71 de 1988 hizo extensivo el derecho de la sustitución pensional de forma vitalicia al compañero o compañera permanente que dependan económicamente del pensionado, razón por la cual, el Decreto 1160 de 1989, reglamenta la ley 71 y determina las razones por las cuales procedía la pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente, a saber:

“Artículo 7.- Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital”.

Sin embargo, el Consejo de Estado³ en Sentencia del 08 de julio de 1993, con ponencia de la Consejera Clara Forero de Castro, declaró nula el apartado en negrilla del artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, en razón a que la Ley 71 de 1988 de ninguna forma contempló

“La disolución de la sociedad conyugal ni la separación definitiva de cuerpos como causales para que el cónyuge sobreviviente pierda el derecho a la sustitución pensional.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 08 de julio de 1993, Radicado 4583. C.P. Clara Forero de Castro

Tampoco est[á] señalada ninguna de esas causales de pérdida del derecho en las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, cuyas previsiones en materia de sustitución pensional - por mandato del artículo 3° de la Ley 71 de 1988 se extiende en forma vitalicia “al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente a los hijos inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado.....”, en los términos allí mismo establecidos.

(...)

Ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal y definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vínculo matrimonial, que es el que debe estar vigente al momento de la muerte, según la ley colombiana, para tener la calidad de cónyuge supérstite y hacerse acreedor a la sustitución pensional como tal.

Cosa distinta es, que el cónyuge supérstite haya sido el culpable de la separación definitiva o haga vida marital con otra persona; caso en el cual serán estas circunstancias las que impidan la sustitución, más no el sólo hecho de la separación de bienes o de cuerpos.

Es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 1° de la Ley 44 de 1980, que trata de los pasos a seguir para que un pensionado facilite el traspaso de su pensión en caso de muerte, advierte: “El hecho de que el pensionado no hubiere revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de éste la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa”.

Situación que no es aplicable en el presente caso, en especial porque para la fecha del reconocimiento de la sustitución pensional, la señora María Leyla Ramirez de Díaz logró establecer la vigencia de la sociedad conyugal y el vínculo matrimonial con el señor Rafael Guillermo Díaz (Q.E.P.D). Por lo cual, las Resoluciones que niegan el reconocimiento de la sustitución pensional a la accionante no se encuentran viciadas de nulidad por las causales determinadas en la ley.

De igual forma, es importante resaltar y como se logró establecer en las Resoluciones objeto de controversia, en el momento de la expedición de la Resolución 000660 del 01 de marzo de 2000 por medio de la cual se reconoció la sustitución pensional a la señora Maria Leyla Ramirez de Díaz cónyuge del docente Rafael Guillermo Díaz (Q.E.P.D), a Guillermo Alfonso Díaz Ramirez y Sergio Andrés Díaz Castillo; al vencimiento de los edictos efectuados durante el procedimiento de la expedición del acto, no se presentó persona alguna que reclamara tener igual o mejor derecho que la solicitante, ni se presentó recurso alguno frente a dicha resolución por la cual quedó en firme y ejecutoria, aun cuando la hoy accionante, la señora Luz Fabiola Castillo Cruz, **figuraba como representante** de uno de los beneficiarios de la sustitución pensional, razón por la cual, esta entidad no encuentra fundamento a las alegaciones realizadas por la accionante, quien 18 años después de conocida la sustitución pensional, reclama el reconocimiento sin contar con los fundamentos legales y jurisprudenciales, ni mucho menos con el material probatorio que permita concluir que cuenta con mejor derecho para el reconocimiento de la pensión sustituta del señor Rafael Guillermo Díaz (Q.E.P.D).

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

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, 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”*⁵; (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.⁶

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:

⁴ 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).

⁵ 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).

⁶ 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).

“(...) 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.

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.

D. Oposición a los testimonios

La accionante solicitó en su escrito de demanda se llamará a declarar como prueba testimonial a los señores Hector Josue Aguirre Franco, Jorge Enrique Bojaca Peña y Sergio Andres Díaz Castillo. Sin embargo, la presente defensa solicita comedidamente al Despacho no se decrete el testimonio, toda vez que la prueba carece de conducencia, pertinencia y utilidad, así como el desconocimiento de las razones por las cuales es convocado a juicio y los hechos que pretenden hacer valer en el presente proceso; tomando a consideración los siguientes:

El artículo 95, numeral 7 de la Constitución Política ha establecido que todo colombiano tiene la responsabilidad de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia, siendo especialmente el testimonio, el modo por el cual los conciudadanos ejercen su deber constitucional.

En este sentido, el Código General del Proceso en su artículo 212 contempla la debida forma en la que se debe solicitar la prueba testimonial:

“Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba”.

De conformidad con lo anterior, es importante determinar que la enunciación de los hechos objeto de la prueba, son especialmente determinantes para el ejercicio del derecho a la defensa. En palabras del doctrinante González Vargas este requisito es quizá uno de los más importantes, pues permite enunciar de manera concreta lo que se busca, es decir, los hechos objeto de la prueba que buscan esclarecer en el proceso⁷

En cuanto a la ausencia de los mismos, el Código General del Proceso, artículo 168, determina que el juez deberá rechazar a través de auto o sentencia debidamente motivado, las pruebas ilícitas, impertinentes, inconducentes e inútiles. Así mismo, el artículo 180, numeral 10 de la Ley 1437 de 2011 establece que:

“Solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión o las de oficio que el Juez o Magistrado Ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad”.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado⁸ contempla:

“Las pruebas deben ser conducentes y eficaces para demostrar el hecho o el acto jurídico objeto del litigio, del que se deriva el derecho o la obligación reclamada, y deben estar orientadas a demostrar los supuestos de hecho de la demanda o la contestación. Por ello, el juez debe rechazar las pruebas que no sean conducentes, ni pertinentes y que no lleven a probar un hecho aducido en el proceso. Las pruebas deben tener una especial relación con el objeto de la controversia, conducir a la demostración de los hechos que se pretenden probar y ser eficaces para acreditarlos dentro del proceso”.

De esta forma, aquella prueba que se solicite y no se manifieste de manera expresa su relación con los supuestos de hecho establecidos por el accionante, debe ser rechazada de pleno derecho por incumplir en especial con el requisito de la conducencia y pertinencia de la prueba. El juez, debe realizar un juicio de valor para contemplar la viabilidad de su decreto y con ello establecer si la prueba cuenta con una relación directa con la situación fáctica y que la misma permite probar de manera determinante el hecho que se pretende.

Corolario a lo anterior, en el escrito de la demanda no se aducen (i) los supuestos fácticos que se pretende sean probados por parte de los llamado a testificar, (ii) su relación íntima con los hechos a probar y (iii) su declaración clara y suficiente; viciando el juicio de valor

⁷ González Vargas, Víctor Mauricio, “La petición de la prueba testimonial ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”, 2018, Ejemplares 500, Universidad Libre.

⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C. Radicado 25000-23-41-000-2019-00665-01(66813), del 19 de octubre de 2021. C.P Guillermo Sánchez Luque.

que debe realizar el juez a la hora de analizar la prueba y tomar como ciertos los hechos posiblemente confirmados por el testigo, así como, restringe el derecho de defensa.

Con relación al señor Sergio Andres Díaz Castillo, es pertinente establecer que no debe ser llamado a testificar, en cuanto su vínculo con la situación en controversia no debe efectuarse como un testigo o como tercero ajeno al proceso, en razón a que figura como uno de los beneficiarios de la sustitución pensional otorgada a través de la Resolución 00660 del 01 de marzo del 2000, por lo cual, una posible sentencia que declare las pretensiones de la presente demanda, repercutirán en el ejercicio de sus derechos.

Por lo anterior, solicito amablemente señor juez que se rechace la solicitud de pruebas testimoniales de los señores Hector Josue Aguirre Franco, Jorge Enrique Bojaca Peña y Sergio Andres Díaz Castillo.

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 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 electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.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