Bogotá D.C. – 09 de julio de 2021

Señora Juez
ROSSE MAIRE MESA CEPEDA
JUZGADO VEINTIUNO (21) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA
E. S. D.

Ref. 11001-33-35-021-**2021-00068**-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Rosa Emilia Garzón de Díaz
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Bogotá Distrito Capital – 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 de **BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** (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. Oportunidad

Mediante auto del 12 de mayo de 2021, ese Despacho resolvió admitir la presente demanda y ordenó notificar de manera personal a Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital, de conformidad con lo establecido en el artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. El mismo fue notificado por electrónico a mi representada el día 21 de mayo de 2021. El término de traslado para contestar la respectiva demanda vence el 09 de julio de 2021.

Por lo anterior, la demanda se contesta en oportunidad.

B. Pronunciamiento frente a la pretensiones 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. Delanteramente solicito que se condene en costas y agencias en derecho al accionante.

1. DECLARACIONES

1.1. DECLARACIÓN PRIMERA: Me opongo a la prosperidad de esta pretensión toda vez que el acto administrativo impugnado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico y no se evidencia algún vicio de nulidad en su formación y contenido que pueda desvirtuar su presunción de legalidad.

1.2. **DECLARACIÓN SEGUNDA**: Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio. Sin embargo, debe mencionarse que conforme con las consideraciones expuestas en la Resolución No. 4185 del 18 de junio de 2014, el recurso presentado por la demandante fue extemporáneo. Por está razón la Resolución No. 1629 del 11 de marzo de 2014 se encuentra ejecutoriada y con ello, se procedió a rechazar el recurso de reposición y confirmar la resolución que niega el ajuste a la Pensión de Jubilación.

1.3. **DECLARACIÓN TERCERA**: Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRTIAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ya que únicamente trámita las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, las mismas deben ser reconocidas y pagadas por esta última.

2. CONDENAS

2.1. **DECLARATORIA PRIMERA:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en todo caso, la declaratoria del reajuste a la pensión es asumida con los recursos provenientes de este Fondo, cuenta administrada por la Fiduprevisora S.A.

2.2. **DECLARACIÓN SEGUNDA:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en todo caso, la declaratoria del reajuste a la pensión es asumida con los recursos provenientes de este Fondo, cuenta administrada por la Fiduprevisora S.A.

2.3. **DECLARACIÓN TERCERA:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en todo caso, la declaratoria del reajuste a la pensión es asumida con los recursos provenientes de este Fondo, cuenta administrada por la Fiduprevisora S.A.

2.4. **DECLARACIÓN CUARTA:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en todo caso, la sanción es asumida con los recursos provenientes de este Fondo, cuenta administrada por la Fiduprevisora S.A.

2.5. **DECLARACIÓN QUINTA:** Me opongo a esta pretensión toda vez que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** no es la entidad encargada del reconocimiento y pago

de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en todo caso, en una posible condena es asumida con los recursos provenientes de este Fondo, cuenta administrada por la Fiduprevisora S.A.

2.6. DECLARACIÓN OCTAVA: Me opongo a la eventual condena en costas procesales y agencias en derecho invocando 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.

C. Pronunciamiento frente a la descripción de hechos de la demanda

Frente a la descripción de los hechos realizados por el demandante, me pronuncio en el orden presentado en la respectiva demanda:

Al hecho 1. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

Al hecho 2. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

Al hecho 3. No es un hecho. Son observaciones sobre la presunta omisión de mi representada frente a los descuentos de seguridad social.

Al hecho 4. Es parcialmente cierto. La solicitud 2012-pens-002090 fue radicada el 10 de febrero de 2012, por el Doctor Jhon Grover Roa Sarmiento actuando como apoderado y en representación de la demandante, solicitó la revisión de la Pensión Vitalicia de Jubilación, con relación al auxilio de alimentación, primas de vacaciones, prima de navidad y demás que no fueron tenidos en cuenta como base de la liquidación y a los que se les efectuaron los descuentos de Ley.

Al hecho 5. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

Al hecho 6. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo. Sin embargo, se precisa que el recurso de reposición interpuesto por la demandante se rechazó por no haber cumplido con el requisito legal de oportunidad en su presentación.

Al hecho 7. No es la descripción de un hecho es un juicio del accionante.

Al hecho 8. No es la descripción de un hecho es un juicio del accionante.

Al hecho 9. Es cierto. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo.

D. Razones y fundamentos de defensa

Planteamiento

La oposición a la demanda que se realiza en el ejercicio de defensa y contradicción, sirva para dilucidar las razones por las cuales el Despacho debe abstenerse de emitir condena o declarar imprósperas las pretensiones de la demanda asociadas a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones demandada en la presente controversia, dirigida a negar el ajuste de la pensión de jubilación de la demandante.

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.

[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.

> *"5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles."* (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 ajuste a la 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 Pensión de Jubilación 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 pensión de jubilación para los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

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 1°. 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 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. La imposibildad de condena en cabeza de la secretaría de educación distrital

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado[2], 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"[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

[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).
[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).

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.
>
> 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.

[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).

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.

4. Base de cotización y liquidación de prestaciones

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 capítulo, 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 modificatorio 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 1°. 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. (…)"

Así, a la 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"

Así, en el caso objeto de estudio se evidencia que los aportes al sistema de seguridad social de la señora ROSA EMILIA GARZÓN DE DÍAZ, fueron realizados en la proporción respectiva y de forma oportuna, sobre los factores salariales devengados por la docente de conformidad con su vinculación y en concordancia con los presupuestos normativos antedichos.

E. 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 expuestos 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 Estado[5], 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

[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).

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.[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.

En el presente asunto, el demandante pretende la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos que negaron el ajuste de una pensión de jubilación y en consecuencia, que se condene a la entidad a reliquidar la pensión de jubilación. Sin embargo, la Secretaría de Educación Distrital carece de legitimación en la causa material por pasiva frente a estas pretensiones en la medida que, de conformidad con la ley sustancial, esta entidad no guarda vínculo alguno con los hechos y derechos en controversia.

Ahora bien, el Consejo de Estado[8] 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 es la entidad encargada de realizar el ajuste de una pension de jubilación.

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 Distrital., 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.

F. Excepciones de merito

1. Primera excepción: Legalidad de los actos administrativos acusados

[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).

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. A su vez, se tiene por cierto que la demandante no agotó en davida forma la actuación administrativa, pues radicó el recurso de reposición contra la Resolución que negaba el ajuste de su pensión de jubilación por fuera del término establecido para ello.

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 liberativa del demandado proceda con su declaración.

G. Pruebas

Para que se tengan como demostradas las afirmaciones efectuadas en el acápite de hechos y excepciones de mérito, solicito al Despacho se sirva de decretar los siguientes medios de prueba:

1. **Documentales**

Expediente Administrativo de la señora Rosa Emilia Garzón de Díaz

H. Anexos

Como anexos que acompañan la presente contestación de la demanda, me permito allegar las pruebas documentales y la información pertinente.

1. Poder de sustitución

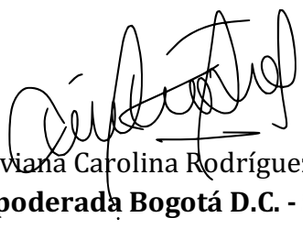
2. Poder especial conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

3. Pruebas señaladas en el numeral G del presente escrito.

I. Notificaciones

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo de notificaciones judiciales de la Entidad: notificajuridicased@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