

Señor: **3 7 9 8 6 4**  
JUEZ DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA  
E. S.

**OFICINA DE APOYO  
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS**

2 / 50 2018

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
RADICADO: 11001322501620170036600  
DEMANDANTE: ELSA NAGLES MESA  
DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO

**CORRESPONDENCIA  
RECIBIDA**

**JENNIFFER LÓPEZ IGLESIAS**, domiciliada en la ciudad Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022'360.598 expedida en Bogotá, abogada en ejercicio con tarjeta profesional No. 241.167 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** - conforme el poder sustituido que me permito adjuntar con el presente escrito, respetuosamente dar **CONTESTACIÓN** a la demanda de la referencia, en los siguientes términos

**A LAS PRETENSIONES:**

**1.- DECLARACIONES:**

**A LAS DECLARACIONES 2.1 Y 2.2: ME OPONGO A SU PROSPERIDAD**, toda vez que las resoluciones en mención fueron proferidas por la Secretaria de Educación de Bogotá y no por mi poderdante, no obstante, revisado los actos administrativos demandados, éstos se ajusta a derecho.

**A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHO:**

**ME OPONGO A LA PROSPERIDAD DE LA DECLARACIÓN Y CONDENAS INDICADAS EN LOS NUMERALES 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7 Y 2.8** toda vez que los actos administrativos demandados, se ajustan a derecho, comoquiera que la pensión reconocida al docente y los descuentos para salud realizados a la misma, se efectuaron con base en los lineamientos de la Ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, ley 62 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, decreto 3135 de 1968, decreto 1848 de 1969, decreto 1045 de 1978, Decreto 1160 de 1989, decreto 2831 de 2005, aclarando en todo caso que los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión fueron reconocidos en su totalidad de acuerdo a la certificación de salarios emitida por la entidad territorial.

**A LOS HECHOS**

**A LOS HECHOS 3.1, .3.2, Y 3.1: SON CIERTOS** aclarando que de acuerdo a la documental allegada, dicha solicitud no se elevó, ni se decidió por el Ministerio de Educación Nacional -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, sino que se radicó, resolvió y notificó fue por la Secretaria de Educación del municipio de Soacha, a la cual se encuentra adscrita la docente, no obstante, me estaré a lo que se pruebe de acuerdo al valor probatorio que el despacho de a las mismas y a los antecedentes administrativos para el caso, que deberán ser aportados por la Secretaria de Educación del ente Territorial, quien es la entidad legalmente encargada de archivar y custodiar los expedientes de los docentes.

En atención a lo anteriormente expuesto, es de anotar, que por efecto de la Descentralización de la Educación Pública, las Secretarías de Educación, asumen la prestación del servicio educativo a

- partir del Artículo 20 de la Ley 715 de 2001<sup>1</sup>, la cual le otorga la respectiva certificación, incorporando y adoptando de manera definitiva la planta global de cargos Docentes, Directivos
- Docentes y Administrativos, asumiendo así la potestad de nominar, la cual se encontraba en cabeza de la Nación antes de la descentralización. Por lo tanto, quien tiene la competencia y responsabilidad de constatar, aceptar o negar el presente hecho es, el Representante Legal del Departamento de o su delegado, como prestador del servicio educativo estatal.

**AL HECHO 3.3 Y 3.4: NO ME CONSTAN** ya que constituyen una apreciación de la parte demandante que no compartimos y que la actora deberá demostrar de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aclarando en todo caso que al actor no le dable aplicar dicha sanción pues estos son beneficiarios del régimen especial que no ha contemplado dichas sanciones y menos aún sería de recibo aplicarla por una interpretación extensiva de la norma. Ahora bien, téngase en cuenta que los factores mencionados no se pagaban al plantel docente por no haber sido reconocidos y pagos por la entidad que lo creo (Secretaria de Educación Distrital) a esto la H. Corte Constitucional dispuso para el caso del factor denominado **PRIMA DE SERVICIOS Y DECRETO BONIFICACIÓN** lo siguiente:

“Lo anterior, dependiendo de la vinculación del docente se puede establecer las normas que le son aplicables. Así entonces para aquellos docentes del orden nacional, son las normas del orden nacional que le sean aplicables, es decir aquellas respecto de las cuales no estén excluidos, como en el caso del Decreto 1042 de 1978 que en su artículo 104 los excluyó de manera puntual del derecho de percibir los factores enlistados en dicha norma. Más aún, el legislador en la Ley 91 de 1989 hace una relación de las normas del orden nacional que le son aplicables a los docentes nacionales y sin embargo en ella no incluye al Decreto 1042 de 1978, porque era claro para él, que en dicha normas se habían excluido taxativamente a los docentes. Para los docentes nacionalizados y territoriales que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional que venían gozando en la respectiva entidad territorial, y aquellos que se vincularon a partir del 1 de enero de 1990, si bien la Ley 89 de 1991 establece que sus prestaciones estarán a cargo de la nación la misma norma es clara en afirmar que continuarán gozando del régimen que tenían en el nivel territorial, razón por la cual no se puede extrapolar una norma 5 “El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

(...) El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretad por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales, frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.” Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: Carmen Rosa Bernal Pulido Radicado

<sup>1</sup> **ARTÍCULO 20. ENTIDADES TERRITORIALES CERTIFICADAS.** Son entidades territoriales certificadas en virtud de la presente ley, los departamentos y los distritos. La Nación certificará a los municipios con más de cien mil habitantes antes de finalizar el año 2002. Para efectos del cálculo poblacional se tomarán las proyecciones del DANE basadas en el último censo.

Todos aquellos municipios con menos de 100 mil habitantes que cumplan los requisitos que señale el reglamento en materia de capacidad técnica, administrativa y financiera podrán certificarse.

Le corresponde a los departamentos decidir sobre la certificación de los municipios menores de cien mil habitantes, que llenen los requisitos. Si contados seis meses desde la presentación de la solicitud no ha sido resuelta o ha sido rechazada, el municipio podrá acudir a la Nación para que ésta decida sobre la respectiva certificación.

Los municipios certificados deberán demostrar, cuando lo requiera el Gobierno Nacional, que mantienen la capacidad necesaria para administrar el servicio público de educación. Aquellos municipios que no logren acreditar su capacidad, perderán la certificación.

No. : 2015-365 14 del orden nacional para aplicarse al orden territorial, menos aún después del control abstracto de constitucional realizado por la Corte Constitucional y plasmado en la Sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, que indica la "improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles".

**AL HECHO 3.5, 3.6 Y 3.6: NO SE CONSTITUYE UN HECHO** No son hechos, son normas de derecho, que deben aplicarse en concordancia con la Ley 962 de 2005 y D.L. 2831 de 2005, las cuales están en discusión en el presente asunto, por tanto, me estaré a lo probado.

## FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA

### ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

#### 1. EN CUANTO A LOS FACTORES SALARIALES

La ley 91 de 1989, establece en el párrafo del artículo 1º que se entiende que una prestación se ha **causado** cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad, de igual manera el artículo 2º del Decreto 3752 de 2003, señala: "Se entiende por **causación** de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad".

De otra parte el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, indica que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se **causen** con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes del docente. (Negrilla fuera de texto).

EL párrafo 2º del Artículo 1º de Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. La citada norma establece una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales se les continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma, adicionalmente, La ley 33 de 1985, derogó los artículo 27 y 20 del Decreto 3136 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

Nótese que para ser beneficiario de la excepción y en consecuencia quedar sujeto a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, era necesario en esa fecha haber cumplido 15 años de servicio y de otra parte la excepción solo comprendía lo relacionado con la edad de jubilación, de lo cual se desprende que lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido dentro de la excepción.

Por lo anterior se indica que no le asiste derecho al demandante en relación con la normatividad que invoca, como quiera que ha sido objeto de varias modificaciones hasta llegar a la Ley 33 de 1985, la cual establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores salariales que hayan servido de base para liquidación de aportes durante el último año de servicio.

Según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando y para el caso de los nacionales, indica que se les aplicará el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional. De acuerdo con lo expuesto debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989, incluía las modificaciones de la Ley 33 de 1985 por lo cual es claro que en relación con los factores salariales debe aplicarse lo atinente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes a la seguridad social.

De otra parte es importante señalar que el derecho a la pensión se consolida hasta tanto se han cumplido los requisitos para hacer exigible del derecho, es decir hasta el momento en que de acuerdo con la Ley dicha pensión ha sido causada, por lo cual hasta tanto no se causa la prestación, no se ha consolidado ningún derecho y en consecuencia solo puede hablarse de una mera expectativa. Por lo anterior, es claro que mientras exista la expectativa no hay derecho cierto y por lo tanto el reconocimiento está sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico, pues el reconocimiento debe hacerse con base en la normatividad existente en el

momento en que la mera expectativa se convierte en derecho, es decir en el momento en el cual se causa la prestación. Es decir, que para el caso en estudio debe también tenerse en cuenta el Artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que en relación con el régimen de docentes oficiales indica en relación que el valor total para la tasa de cotización para los docente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución para empleadores y trabajadores, distribución que debe hacer el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Siguiendo la remisión normativa que hace la Ley 812 de 2003.

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 4º de la Ley 797 de 2003, norma a la que se llega por remisión de la Ley 812 de 2003, señala que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que estos devenguen.

El Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812, establece que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, el cual señala que 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 y 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. **Conviene indicar que de los factores señalados en el citado decreto, los docentes solo devengan asignación básica y horas extras.**

Retomando lo establecido en el Artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, en relación con el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, en el cual se indica que las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrán ser diferentes de la base de cotización sobre la cual se realizan aportes al docente. Se indica sobre el particular, que el presupuesto de la norma se refiere a las prestaciones sobre las cuales el derecho a exigir las se consolide luego de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, pero igualmente cabe señalar que este requisito ya estaba contemplado desde la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985, según el cual solo quedan exceptuados de este presupuesto los docentes que a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 contaran con 15 años de servicio. Señala que además debe tenerse en cuenta como base de cotización, los factores consagrados en los artículos 8 y 9 del Decreto 688 de 2002, es decir los sobresueldos de los Supervisores de Educación, Directores de Núcleo de Desarrollo Educativo, Rectores, Vicerrectores, Coordinadores, Directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar vinculados antes del 23 de febrero de 1984, disposición que viene siendo ratificada en los decretos anuales de salario para docentes. Por lo anterior, se concluye que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo. En aplicación a lo anterior, todas pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión. Con lo anterior, se demuestra que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia vigente no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados por la demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

Finalmente debe aclararse que el Parágrafo 2 del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>2</sup>, prohíbe expresamente que, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se paguen las Primas de navidad, de servicios, de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones, las cuales quedan a cargo de la entidad territorial como

<sup>2</sup> Ley 91 de 1989

*"Parágrafo 2º.-El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones."*

ente nominador, en favor del personal nacional o nacionalizado y territoriales, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989.

Por lo tanto, resulta lógico concluir que, si la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO NO está obligada a reconocer y pagar factores salariales de origen legal (PRIMAS de NAVIDAD, VACACIONES, SERVICIOS, ALIMENTACION, entre otras) y el valor que se genera por la inclusión de dichos factores en la liquidación de la pensión del (la) docente accionante y en la liquidación de otras prestaciones laborales, tampoco está obligada a reconocer y pagar primas extralegales (VIDA CARA, entre otras) y, menos aun, el valor que se genera por la inclusión de dichos factores en la liquidación de la pensión y en la liquidación de otras prestaciones laborales.

## **2. EN CUANTO A LOS FACTORES DE PRIMA DE SERVICIOS Y BONIFICACIÓN DECRETO NO DEBEN SER APLICADAS PARA EL AÑO DE STATUS 2006**

La prima de servicios se consagró como un factor prestacional en el Decreto 1042 de 1978, "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, y fija las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y dicta otras disposiciones". El Decreto 1042 de 1978, fue proferido en el periodo de expansión de la seguridad social, en los que se amplían los beneficios del sistema, y se tiende a la tecnificación del mismo, es por ello que éste se expide para otorgarle una serie de factores salariales a los servidores públicos del orden nacional, entre ellos la prima de servicio que hoy se reclama por la parte actora. Efectivamente la normativa en cita dispuso: "Artículo 42.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto. b) Los gastos de representación. c) La prima técnica. d) El auxilio de transporte. e) El auxilio de alimentación. f) La prima de servicio. g) La bonificación por servicios prestados. h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión (...)" Prima de servicios consistente en: Artículo 58º.- La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año. Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: Carmen Rosa Bernal Pulido Radicado No. : 2015-365 5 Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre. A la fecha de expedición del Decreto 1042 de 1978, era evidente la proliferación de diferentes regímenes salariales y prestacionales razón por lo cual la norma consagra igualmente su campo de aplicación, más aún procede a dejar claramente establecido a quienes no se aplica, para que no se evidencia respecto de su marco de aplicación duda alguna. Para tal efecto determina que las disposiciones y beneficios contenidos en el decreto 1042 de 1978 regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías en el nivel central, como son los Ministerios, establecimientos públicos y unidades administrativas, entre otros así: Artículo 1.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante" Guardando celosamente el campo de aplicación, se consagra en el texto de la norma de manera clara y precisa a quienes no se aplica el Decreto como tal: Artículo 104º.- De las excepciones a la aplicación de este decreto Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones: a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior. b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Declarado exequible sentencia Corte Constitucional C-566 de 1997 (...)." c) A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72. d) Al personal de las fuerzas militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto-Ley 540 de 1977 e) Al personal de la policía nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma. f) A los empleados del sector técnico-aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. g) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación. h) Al personal carcelario y

penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989. Esta disposición que excluye taxativamente a los docentes de los beneficios consagrados en el Decreto 1042 de 1978, fue objeto de control abstracto de constitucionalidad, y la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-566 del 6 de noviembre de 1997, **M:P: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente D1651, Actor Luis Muñoz, declaró su exequibilidad con fundamento en: "ESTATUTO LABORAL ESPECIAL-Justificación de su existencia**

El establecimiento de regímenes laborales especiales, en cuanto garantizan un nivel de protección igual o superior, en relación con los regímenes generales, resulta conforme a la Constitución, como quiera que la disparidad de trato que propician estos regímenes especiales resulta razonable, ya que, en su virtud, se desarrollan y respetan los postulados del artículo 58 de la Carta Política, el cual garantiza "los Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: Carmen Rosa Bernal Pulido Radicado No. : 2015-365 6 derechos adquiridos con arreglo a leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores". **PERSONAL DOCENTE-Régimen laboral especial. El sometimiento a un régimen salarial y prestacional especial de los maestros vinculados a la Administración Pública en sus distintos niveles, régimen especial que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos, no lesiona la Constitución sino que, más bien, posibilita la cabal observancia del mandato contenido en el artículo 58 de la misma, en cuanto protege los derechos adquiridos conforme a leyes anteriores."** Así las cosas, **habiéndose declarado exequible mediante control abstracto de constitucionalidad la disposición que excluye a los docentes de los beneficios prestacionales consagrados en el Decreto 1042 de 1978,** es evidente que el Juez ordinario no puede adoptar decisión diferente, y en pleno desconocimiento de la misma conceder dichos beneficios a la parte actora en su condición de docente. Se precisa igualmente que la norma en el literal b del artículo 104 excluyó del beneficio de consagra los factores salariales enlistados en el artículo 42 a los "al personal docente de los distintos organismos de la rama ejecutiva", lo cual sin lugar a dudas cobija a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, normativa respecto de la cual ya existe un juicio abstracto de constitucionalidad. Es evidente que desde el año 1997, la Corte Constitucional declaró exequible la norma que exceptúa a los docentes del reconocimiento y pago de la prima de servicios, y solo quien tiene la competencia para establecer el régimen prestacional de los docentes puede decidir si crea o no dicha prestación para el sector docente, como en efecto sucedió en el año 2013 con la expedición del 1545. En el evento en examen, teniendo la parte actora la calidad de docente, es evidente, que no solo no procede el reconocimiento objeto de las pretensiones de la demanda porque existe control abstracto de constitucionalidad específicamente del literal b del artículo 102 del Decreto 1042 de 1978, que los excluye taxativamente de los factores salariales enlistados en el artículo 42 ibídem (prima de servicios) sin importar si se encuentran vinculados en el orden nacional, nacionalizado o territorial, la exclusión es para todos, razón por la cual las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad. No desconoce esta instancia judicial que el Gobierno Nacional en ejercicio de las funciones delegadas por la Ley 4 de 1992, expide con posterioridad el Decreto 1919 de 2004, y en el mismo indicó que: "Artículo 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: Carmen Rosa Bernal Pulido Radicado No. : 2015-365 7 Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas". Ello dio lugar a que se interpretara por diferentes actores que se estaban extendiendo el reconocimientos estos "factores salariales" consagrados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 a los servidores públicos de las entidades territoriales. Se demanda entonces la exequibilidad de los artículos 1º, 45, 46, 50, 51, 58 y 62 parciales, del Decreto 1042 de 1978. La Corte Constitucional mediante Sentencia, C-402 del 3 de julio de 2013 M.P. DR. Luis Ernesto Vargas Silva, decidió declararlos exequibles, y además con el potísimo argumento de la improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles, así: "Se ha explicado en esta sentencia que la determinación del régimen

salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, se insiste de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc. La tesis sostenida por el actor, por lo tanto, presentaría al menos dos tipos de problemas.

En primer lugar, sostener que el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno en desarrollo de la ley marco fijada por el Congreso, vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales explicadas en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Esto a partir de una maximización del principio de Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades. En segundo lugar, esta vez desde el punto de vista formal, exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada. El Decreto 1042/78, como se explicó a propósito de la argumentación sobre la derogatoria de algunas de sus disposiciones, fue expedido en razón de las facultades para el ejercicio de la actividad legislativa otorgadas al Gobierno por la Ley 5 de 1978, cuyo artículo 1° previó lo siguiente: "Artículo 1°. De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de noventa días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para los siguientes efectos: 1. Fijar, con efectividad al primero (1o.) de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de: a) La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales; (...)". Así, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado. Con base en los anteriores argumentos, se tiene que el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa. En consecuencia, no están los presupuestos para decidir acerca del segundo problema jurídico, relativo a la presunta vulneración Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: Carmen Rosa Bernal Pulido Radicado No. : 2015-365 8 del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial, que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no puede llevarse a cabo. Por ende, se impone la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esta sentencia".

Control abstracto de constitucionalidad que finalmente, precisó el alcance de aplicación del Decreto 1042 de 1978, y el cual es obligatorio para los operadores judiciales, siendo ostensible en estas circunstancias concluir que del análisis realizado sobre las normas que regulan la prima de servicios se colige que no es procedente que por esta instancia se declare la nulidad del acto administrativo demandado y consecuentemente tampoco es procedente el reconocimiento de dicha prima con anterioridad a la expedición del Decreto 1545 de 2013. Ahora bien, alega la accionante que se debe reconocer dicha prima con fundamento en lo normado en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, pues allí se establece que las prestaciones económicas y sociales de los docentes se rigen por las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional, para tal efecto se procede al análisis de las normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los docentes

## EXCEPCIONES

### EXCEPCIONES DE FONDO

**1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA:** Por cuanto la Nación – Ministerio de Educación, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades que le confirió el Artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Además, por cuanto la reclamación se elevó fue ante la Secretaría de Educación Territorial a cuya planta pertenece el docente y no ante el Fondo de Prestaciones de Bogotá.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las Secretarías de Educación, y cuya realización del pago está a cargo de la fiduciaria La Previsora S. A., como administradora del patrimonio autónomo, por lo tanto, no puede imputársele a la Nación – Ministerio de Educación responsabilidad relacionada con el reconocimiento de la prestación y el pago de la misma. Dada la descentralización del sector educativo, en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, El Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a las entidades territoriales, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los gobernadores y alcaldes respectivos. De igual forma, a partir de la vigencia del Artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y del Decreto 2831 de 2005, se suprimieron las actividades que en razón de sus funciones venían ejerciendo los representantes del Ministro de Educación ante las entidades territoriales, y por ende, actualmente, el Ministerio no tiene contemplado dentro de sus funciones y competencias el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y menos aun la administración de los recursos del Fondo destinados para tales fines.

Como debe ser de conocimiento del Señor Juez, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio funciona por medio de un Consejo Directivo, que determina las políticas de administración y dirección del Fondo, las prioridades de atención de las prestaciones a través de acuerdos y asigna los recursos para el pago de dichas prestaciones, el cual está conformado por el Ministro de Educación o el Viceministro, quien lo preside; El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; El Ministro de Protección Social o su delegado; dos (2) representantes de FECODE; y el Presidente de la entidad fiduciaria, con voz pero sin voto. Como el Ministerio de Educación Nacional, preside el Consejo Directivo fue autorizado por el gobierno nacional, en su momento, para suscribir el contrato de fiducia para la administración de los recursos destinados al pago de las prestaciones. No obstante, el Ministerio no puede legalmente tomar decisiones propias ya que estas son tomadas por el Consejo Directivo en pleno. Quiere decir, que la parte demandada en el presente proceso no intervino en gestión alguna ni es un ente pagador de los recursos del Fondo, tal como se viene mencionando, los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales citadas se administran por la entidad fiduciaria en la cuenta o cuentas bancarias que para tal fin haya solicitado apertura en las entidades bancarias, sin que en su titularidad aparezca el Ministerio de Educación Nacional. Como se ha expresado, ante las diferentes instancias judiciales, no obstante tener el Ministerio de Educación Nacional asiento en el Consejo Directivo, no es la entidad pagadora ni del Fondo ni de la fiduciaria.

**2.- BUENA FE:** En el presente asunto, de presentarse los presupuestos para declararse obligación alguna a cargo del Fondo, existen circunstancias eximentes de tal responsabilidad, como quiera, que de acuerdo al trámite establecido en ley, los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de docentes, dependen no solo del correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos, por parte de la correspondiente entidad territorial a la que pertenece el docente y el visto bueno previo de la entidad fiduciaria, sino de la respectiva disponibilidad presupuestal. Como lo manifestamos con anterioridad, el Fondo Nacional de

Prestaciones del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio independiente, pero sus recursos son administrados por una entidad fiduciaria estatal. Para estos efectos, fiduciaria estatal, se ciñe a los lineamientos del Decreto 2831 de 2005, por lo que debe reconocerse la existencia, en todo caso, de la buena fe de la entidad, como circunstancia exonerante, al igual que otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, que en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En el caso que nos ocupa, debe establecerse, por medio de las entidades que participan directamente en el reconocimiento y pago de la prestación demandada, si de acuerdo al procedimiento que estableció la misma ley, existen hechos impeditivos de su cumplimiento. De igual forma, que opera la presente excepción ente relaciones laborales entre particulares, a la luz del principio de igualdad.

**3.- PRESCRIPCIÓN:** Propongo la prescripción como medio exceptivo de cualquier derecho laboral reclamado frente al cual resulta probada su ocurrencia y haya operado este fenómeno; de acuerdo con la fecha de expedición y pago de la Resolución allegada a la presente demanda, de conformidad con el Artículo 488 del C.S.T., Artículo 151 de C.P.L. y demás normas concordantes, pues debe tenerse en cuenta que la prescripción opera frente al derecho de reclamar la sanción moratoria pretendida por estar sometida al término de tres años consagrado en el Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Sobre el particular el Consejo de Estado y La Corte Suprema de Justicia se han pronunciado en relación a la excepción propuesta manifestando que solo es posible reconocer lo exigido en este tipo de procesos desde tres años atrás a la fecha en que se solicitó, por cuanto conforme al ordenamiento jurídico, no es válido reconocerle tales exigencias anteriores a esa fecha, en razón a lo dispuesto en la ley.

Igualmente teniendo en cuenta el término legal que existe entre la solicitud que realiza el actor de la prestación y el pago de las misma, propongo la caducidad ya que el actor dentro del termino de los cuatro meses posteriores a los 65 días de la solicitud de la prestación, no realizó la petición reclamando de la sanción moratoria a la que presuntamente considera tenía derecho, operando así la caducidad en el presente asunto.

### PRUEBAS

- Solicito tener como pruebas las siguientes:

1.- Le solicito respetuosamente Honorable Juez, Exhortar y/o Oficiar a la entidad Territorial, es decir, Secretaria de Educación de Soacha, para que llegue a este proceso los antecedentes administrativos del docente ya que, por disposición expresa de la Ley, es quien administra, conserva, certifica y da constancia de los antecedentes administrativos y tiempo de servicios de los docentes. Además, estos antecedentes reposan en las respectivas entidades territoriales. Y tal y como lo manifiesta el artículo 175 del CPACA en su párrafo 1o. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso **y que se encuentren en su poder” dichos actos como ya se manifestó se encuentran en poder de la respectiva entidad territorial.**

2- Poder Especial

3.- Resolución y Acta de Posesión.

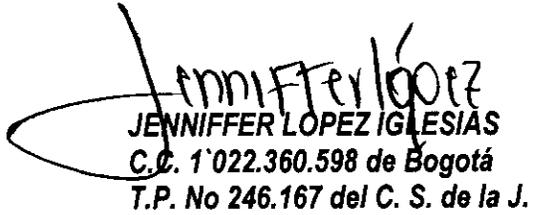
## ANEXO

Poder y sustitución para actuar con la constancia de la representación de mi poderdante y certificación expedida por el Ministerio de Educación.

## NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado recibirá notificaciones en la Secretaría de su despacho o en mi oficina de Abogado ubicada en la carrera 19 No. 84 – 30 oficinas 301 de Bogotá. Mi representado, en la dirección aportada en la demanda. **Correo electrónico [gerencia@aintegrales.com.co](mailto:gerencia@aintegrales.com.co)**

Respetuosamente,

  
JENNIFER LOPEZ IGLESIAS  
C.C. 1'022.360.598 de Bogotá  
T.P. No 246.167 del C. S. de la J.

Señores  
**JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
 E. S. D.

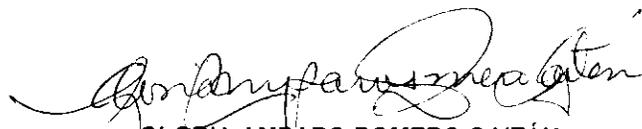
**Radicación:** 11001333501620170036600  
**Acción:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** ELSA NAGLES MESA  
**Demandado:** LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**GLORIA AMPARO ROMERO GAITÁN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.672.400 de Bogotá y tarjeta profesional No. 68.459 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en ejercicio de la delegación efectuada a través de Resolución 09445 del 9 de mayo de 2017, expedida por la Ministra de Educación Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normatividad concordante, manifiesto que confiero **PODER ESPECIAL**, especial, amplio y suficiente, a los doctores **DIANA MARITZA TAPIAS CIFUENTES** y **GUSTAVO ADOLFO GIRALDO**, identificados como aparecen al pie de sus firmas, para que actúen en nombre y representación de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, dentro del proceso de la referencia.

Los apoderados quedan facultados conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), especialmente para presentar excepciones, contestar la demanda, según el caso, proponer incidentes, interponer recursos, asistir a las audiencias propias del proceso, especialmente a la diligencia de que trata el artículo 180 y 192 de la Ley 1437 de 2011, y concilie o no, conforme a las directrices dadas por el Ministerio de Educación Nacional en cuanto a éste le compete según certificación que se aporte en audiencia por el apoderado; y para adelantar todas las acciones que garanticen el derecho de defensa de la Entidad, así como para sustituir este poder.

Pido al despacho se le reconozca personería para actuar.

Atentamente,



**GLORIA AMPARO ROMERO GAITÁN**  
 C.C No. 41.672.400 de Bogotá  
 T.P. No. 68.459 del Consejo Superior de la Judicatura

Acepto,



**DIANA MARITZA TAPIAS CIFUENTES**  
 C.C. 52.967.961 de Bogotá  
 T.P. 243.827 del C.S. J.

**GUSTAVO ADOLFO GIRALDO**  
 C.C. 80.882.208 de Bogotá  
 T.P. 196.921 del C.S.J.

M.I. Rad No 2018-ER-106017

Señores

**JUZGADO DIECISEIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO  
BOGOTA - CUNDINAMARCA**

**Referencia:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**Demandante:** ELSA NAGLES MESA  
**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de  
Prestaciones Sociales del Magisterio- Fiduprevisora S.A.  
**Radicación:** 11001333501620170036600

**DIANA MARITZA TAPIAS CIFUENTES**, identificada con cedula de ciudadanía No. 52.967.961 de Bogotá, obrando en calidad de apoderada de **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** para el proceso de la referencia, mediante poder otorgado por la Doctora **GLORIA AMPARO ROMERO GAITAN**, identificada con cedula de ciudadanía No. 41.672.400, actuando en ejercicio de la delegación efectuada a través de la resolución N. 09445 del 09 de mayo de 2017 expedida por la Ministra de Educación Nacional; **manifiesto a Usted que sustituyo el poder a mi conferido al Doctor (a) JENNIFER LOPEZ IGLESIAS**, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, identificado con la C.C. N° 1.022.360.598 de Bogotá D.C. y portador de la T. P. N° 246167 del C. S. de la J, para que represente a LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL como apoderado en el proceso de referencia.

El poder es otorgado con las mismas facultades que me fue conferido inicialmente.

Le solicito de manera respetuosa, sirvase tener al (a) Doctor (a) JENNIFER LOPEZ IGLESIAS, como apoderado del **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Atentamente,

  
**DIANA MARITZA TAPIAS CIFUENTES**  
CC. 52.967.961 de Bogotá  
T.P. 243.827 del C.S.J.

**Acepto el Poder:**

  
**JENNIFER LOPEZ IGLESIAS**  
C.C. N° 1.022.360.598 de Bogotá D.C.  
T. P. N° 246167 del C. S. de la J