



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

PROCESO	CLASE DE ESCRITO	COMIENZA CORRER TRASLADO	A EL	TERMINA TERMINO TRASLADO	EL DE
NYRD RAD:13001-33-33-012-2014-00188-00 YURAIMA VICTORIA OSPINO BERRIO CONTRA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL	TRASLADO DE EXCEPCIONES	MARTES DIEZ (10) DE MARZO DE 2015 A LAS 8:00 A.M.		JUEVES DOCE (12) DE MARZO DE 2015 A LAS 5:00 P.M.	

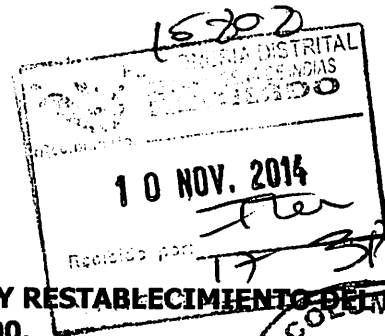
De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Cartagena, y en la página web de la rama judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy nueve (09) de marzo de dos mil quince (2015) siendo las 8:00 de la mañana.


DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

Se desfija esta lista siendo las 5:00 de la tarde del día nueve (09) de marzo de dos mil quince (2015) siendo las 8:00 de la mañana.

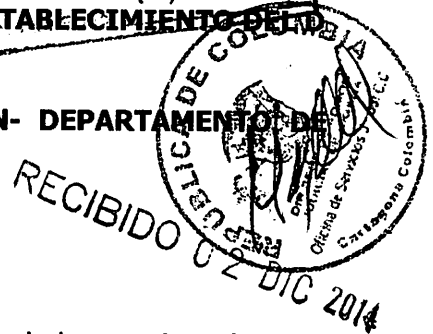

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

Señores
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**
E.S.D.



REFERENCIA : MEDIOS DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO : 13-001-33-33-012-2014-00188-00.
DEMANDANTE : YURAIMA VICTORIA OSPINO BERRIO
DEMANDADO : NACION- MINISTERIO DE EDUCACION- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-SEC DE EDUCACION DEPARTAMENTAL.

ASUNTO : CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN, mayor de edad y vecina de esta ciudad, abogada en ejercicio, identificada con cédula de ciudadanía N° 45. 468.043 expedida en Cartagena y Tarjeta Profesional N° 128127 C. S. de la J., en mi condición de apoderado especial del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, de acuerdo al poder conferido por la Doctora YOLANDA VEGA, en su calidad de JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, conforme lo acredito con el Decreto 44 de fecha Febrero 01 de 2013, el cual anexo, estando dentro del término legal, me dirijo a usted con el propósito de **CONTESTAR** la demanda de la referencia instaurada por **YURAIMA VICTORIA OSPINO BERRIO** contra el ente territorial que represento, el cual formulo en los siguientes términos:

I. TEMPORALIDAD:

Me encuentro dentro del término para presentar el presente memorial de contestación, toda vez que la demanda en referencia fue notificada por correo electrónico - buzón de notificaciones del Departamento – el veintiuno (21) de agosto de 2014, por lo que a partir del día siguiente empieza a correr el término de traslado de cincuenta y cinco (55) días, de acuerdo al artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 o C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 o C.G.P. Por tanto, el término para presentar la contestación de la demanda, se extiende hasta el siete (10) de noviembre de la presente anualidad. Por lo anterior, el presente escrito se ingresa al expediente dentro del término legal.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES:

Desde ya me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante solicitadas en la demanda, por considerarlas carentes de derecho para pedir contra mi representada, de soporte fáctico y jurídico, tal como lo desarrollaré más adelante.

Solicito al señor Juez, que mediante Sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se sirva DENEGAR LAS SUPPLICAS de la demanda, por cuanto el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, no ha quebrantado las normas o preceptos Constitucionales y Legales que se alegan haber vulnerado y por ende, el acto administrativo No. 553 de septiembre 10 de 2013 expedido por la Secretaria de Educación Departamental nace a la vida jurídica en cumplimiento de un deber legal.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS:

Sobre los hechos alegados por la parte demandante, y con fundamento en el material probatorio que reposa en el expediente, algunos hechos me constan, otros no, razón por la que me atengo a lo que resulte probado en legal forma dentro del proceso y guarden conexidad con las pretensiones de la demanda, no sin antes aclararle al señor Juez que la demandante hace alusión a una norma errada, toda vez que no es el Decreto 1042 de 1978 si no el 1045 de 1978 que nos habla de la prima de servicio.

AL PRIMERO HECHO: Se aclara que los artículos 58 y 55 del decreto mencionado, se refiere a la prima de servicio pero ninguno de ellos indica creese la prima de servicio.

AL SEGUNDO HECHO: No es un hecho una transcripción de la norma.

AL TERCER HECHO: No es un hecho una transcripción de la norma.

AL CUARTO HECHO: No es un hecho una transcripción de una sentencia.

AL QUINTO HECHO: No es un hecho una transcripción de la norma, se aclara que mediante decreto 1545/13 se estableció la prima de servicio para el personal docente y directivo docente oficial pero esta se cancelara a partir del 2014 en los términos del artículo primero del mismo.

AL SEXTO HECHO: No es un hecho una transcripción de una sentencia.

AL SEPTIMO HECHO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva.

AL OCTAVO HECHO: No es un hecho, una transcripción de providencia judiciales.

AL NOVENO HECHO: Es cierto.

AL DECIMO HECHO: Es cierto

AL DECIMO PRIMERO HECHO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva del apoderado de la demandante.

AL DECIMO SEGUNDO HECHO: Es cierto.

AL DECIMO SEGUNDO HECHO: Es cierto.

AL DECIMO TERCERO HECHO: Es cierto que el oficio cuya nulidad se demanda no indica que recurso procede por tratarse de la respuesta a un derecho de petición.

AL DECIMO CUARTO HECHO: Es cierto.

AL DECIMO QUINTO: No es un hecho, es una pretensión.

IV. LO QUE SE DEBATE/PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente asunto litigioso, el problema a resolver, antes de decidir sobre la Nulidad del acto administrativo No. 553 de fecha 10 de septiembre de 2013, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Cartagena, consiste en determinar si el ente territorial que represento debe responder por el pago de la prima de servicios a los docentes y de los ajustes correspondientes a indexación de tales conceptos, Bonificación especial de recreación, bonificación por servicios prestados, así como también al pago de los intereses moratorios a que haya lugar.

En el problema jurídico planteado en precedencia, la parte actora es de la posición que debe declararse la nulidad de dicho acto expedido por la Secretaría de Educación Departamental, y como consecuencia de dicha declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaria de Educación Departamental de Cartagena, a pagar la PRIMA DE SERVICIOS, bonificación por servicios prestados, así como también al pago de los intereses moratorios a que haya lugar.

Al igual que los pagos de los demás emolumentos causados, por considerar que se han vulnerados sus derechos, desconociendo, entre otras, la LEY 3135 DE 1968 y el artículo 102 del decreto nacional 1848 de 1969.

Manifiesto al Despacho, que me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda o Acción de Medios de Control con pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra mi poderdante, con la cual se pretende que se declare la Nulidad del acto administrativo No. 555 de septiembre 10 de 2013 y su consecuente restablecimiento, por las razones jurídicas que a continuación detallo.

V. RAZONES Y SUSTENTACION JURÍDICA DE LA DEFENSA:

El acto administrativo demandado no viola las disposiciones invocadas por el actor, por el contrario, están estrictamente ceñidos a las disposiciones en que deberían fundarse.

Por medio del Decreto 2277 de 2002, en su artículo 46, referente a salarios y prestaciones sociales del personal docente y se adopto el *"Régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales"*(artículo 1º).

La Ley 91 de 1989, que creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió en el artículo 15 de las prestaciones y emolumentos de los docentes en los siguientes términos:

"artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: (...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones sociales y económicas 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. (...).

Parágrafo Segundo: El fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones que a continuación se relacionan 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: prima de navidad, prima de servicio, de alimentación, subsidio familiar entre otros. (Negrillas fuera del texto).

El Decreto 1752 de 2003, en el artículo 3º, establece la base de liquidación de las prestaciones irá para sociales que se causen con posterioridad a la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de cotización sobre las cuales realiza aporte el docente.

El decreto 1042 de 1978, establece en su artículo 58: "La prima de servicio", los funcionarios a quienes se les aplica el presente decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual, equivalente a 15 días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año. Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignadas esta contraprestación cualquiera que sea su nombre' ...

ARTICULO 104 *"De las excepciones a la aplicación en relación de este decreto. Las normas del presente decreto no se aplicaran a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerán en otras disposiciones.*

- a) A los empleados públicos de los ministerios exteriores que presentan servicios en el exterior.
- b) Al personal docente de los distintos organismos de la rama ejecutiva.
- 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) El 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.

Es así como podemos decir que los docentes están excluidos de reconocimiento de la prima de servicios a favor de los docentes, quienes por beneficiarse de un régimen especial no pueden invocar en su derecho la aplicación de otras. No obstante lo anterior, estas normas son de carácter general de las que están expresamente excluidos.

El Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, estableció la prima de servicio al personal docente y directivo docentes de las instituciones educativas oficiales en preescolar, básica y media a partir del año 2014, es por ello que mi defendida dará cumplimiento a esta norma, a la cual no hace parte de la demandante.

Respecto a la bonificación especial de recreación, esta prestación está regulada por el Decreto 451 de 1984 en su artículo 3º, expresamente en su literal b) de su artículo 4 que las normas no se aplicarían al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Esta bonificación especial es un pago realizado al personal administrativo de los establecimientos de los departamentos, distritos y municipios certificados que se equivalen a dos (2) días de la asignación básica mensual que le correspondería en el momento de iniciar el disfrute del respectivo periodo varia para ningún efecto legal.

Igualmente habrá lugar a esta bonificación sean compensadas en dinero, esta bonificación no constituye un factor de salario para ningún efecto legal.

Es claro que los docentes están excluidos del régimen general de seguridad social que regula la Ley 100 de 1993, pues en forma expresa el artículo 279 de este

ordenamiento lo determino si para los afiliados del Fondo Nacional del Magisterio, es decir que estos servidores deben someterse a una regulación especial.

Sobre los regímenes excepcionales, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, consagro lo siguiente:

ARTICULO 279.- EXCEPCIONES: El sistema general de seguridad social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros de las corporaciones públicas.

Así mismo se exceptúa a los afiliados al fondo nacional del magisterio creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones serán compatibles con pensiones con cualquier clase de remuneración. Ese fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...) (subrayado fuera de texto).

De todo lo anterior se extrae señor Juez, que NO EXISTE UNA DISPOSICION LEGAL que ordene el reconocimiento de la PRIMA DE SERVICIO, LA BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACION ESPECIAL DE RECREACION a favor de los docentes, quienes por beneficiarse de unas u otras normas régimen especial no pueden invocar en su derecho la aplicación de normas de carácter general de las que están expresamente excluidos.

No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional mediante decreto 1545 de julio 19 de 2013, estableció la prima de servicio para el personal docente y directivos docentes de las instituciones educativas oficiales de Preescolar, básica y media, a partir del año 2014 en los términos que indica el artículo 1º de dicha disposición legal.

Por consiguiente mi representado no pagará esta prestación a los funcionarios que los cobije decreto 1545 de julio 19 de 2013.

Es así señor Juez, como el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante sentencia NRL-2014-173 proceso radicado 13001333300720130029700 de JAIRO RUDA ALVAREZ contra el Departamento de Bolívar, niega las pretensiones de la demanda concediéndonos la razón ante todo lo antes expuesto en contra de mi representada.

VI. DE LA PROPOSICION DE EXCEPCION:

Como medio de defensa judicial y en aras de salvaguardar los intereses de mi REPRESENTADA a continuación expongo la siguiente excepción:

EXCEPCION PREVIA:

Existe **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION LEGAL:** En virtud a que no existe una norma que regule el pago de la prima de servicio a favor de los docentes, quienes por tener un régimen especial no pueden invocar este derecho, por lo que están expresamente excluido de ello.

CARENCIA DE DERECHO PARA PEDIR: En razón a que no le asiste el derecho pretender la parte demandante un derecho no le asiste, no tiene derecho a solicitarlo por expresa prohibición legal según lo normado en 104 del decreto 1042 de 1978.

EXPRESA PROHIBICION LEGAL: Puesto que el artículo 21 de la Ley 715 de 2001, claramente ordena que *"con cargo a los recursos del sistema general de participaciones no se podrán crear prestaciones ni bonificaciones por parte de entidades territoriales"*.

En este orden de ideas, si bien es la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar la que proyecta el acto administrativo demandado, las decisiones allí contenidas no corresponde al deber legar como función propia sino en ejercicio de una función desconcentrada; por tanto mi poderdante no está llamada a responder dentro del presente asunto. Por ello, solicito se desvincule al Departamento de Bolívar de la presente demanda.

VI.- PRUEBAS:

Comedidamente, solicito al Despacho que se tengan como pruebas las aportadas por la parte demandante; en lo que respecta a los antecedentes de los actos administrativos demandados.

Sentencia de 22 de Octubre de 2014 proferida por el juzgado séptimo administrativo de Cartagena, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por **JAIRO RUEDA ALVAREZ** contra el Departamento.

VII. ANEXOS:

Adjunto poder conferido a la suscrita para actuar, reconocer copia del Decreto 44 de fecha 1 de Febrero de 2013 y Acta de Posesión de la Doctora Yolanda Vega, Secretaria de la Oficina Jurídica del Departamento de Bolívar.

VIII. NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la Secretaría del Despacho o en mi oficina en Castillo grande Edificio Luxor Carrera 7^a apto 703, Celular No. 300-8001503, correo: chehecolco2@htomail.com.

Del señor Juez, con el debido respeto,



MARIA MERCEDES MENDOZA VELLOJIN

C.C. No. 45. 468.043 expedida en Cartagena

T.P. N° 128127 C. S. de la J.



Señores
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DE CARTÁGENA
E. S. D.

Referencia: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado No. **2014-00188**
Demandante: *Sonia Guzmán Muñoz Victoria Espino Bermejo*
Demandados: **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL DISTRITO DE CARTAGENAY NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

RECIBIDO 22 FEB 2015
22 FEB 2015
10:25

Sonia Guzmán Muñoz, mayor de edad, abogada titulada y en ejercicio, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.694.499 de Bogotá D.C., y portadora de la T.P. No. 36.137 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado y por tanto en representación de **LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**, conforme con el poder que reposa en el expediente, respetuosamente solicito me sea reconocida la correspondiente personería para actuar y procedo a presentar la Contestación a la Demanda, en los siguientes términos:

EN CUANTO A LOS HECHOS

En relación con los hechos de la demanda respondo en el mismo orden en que fueron formulados así:

AL HECHO PRIMERO: NO ME CONSTA, Es una apreciación del demandante de la norma. De allí que me atengo a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO SEGUNDO: NO ES CIERTO, que por medio de la ley 91 de 1985 se reconozca la prima de servicios, en razón a ello, no hay lugar ha dicho reconocimiento. Teniendo en cuenta que la citada ley, establece en el inciso 3, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que los docentes nacionales y los que se vinculan a partir del 1 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Por lo tanto, le es aplicable el artículo 33 del Decreto Ley 1045 de 1978 del cual se deduce que le es aplicable de todos los empleados públicos de la rama ejecutiva, que no estén sometidos a un régimen especial. Por lo tanto, no comprende aquellos empleados públicos que rijan por normas especiales, como es el caso de los docentes, a los cuales se les tendrá en cuenta, para liquidar sus prestaciones, todos los factores que conformen su salario.

AL HECHO TERCERO: NO ME CONSTA, Es una apreciación del demandante de la norma. De allí que me atengo a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO CUARTO: NO ME CONSTA, N Es una apreciación del demandante de la norma. De allí que me atengo a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO QUINTO: O ME CONSTA, N Es una apreciación del demandante de la norma. De allí que me atengo a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO SEXTO: NO ME CONSTA, Es una apreciación del demandante de la norma. De allí que me atengo a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO SEPTIMO: NO ES CIERTO, que por medio de la ley 91 de 1985 se reconozca la prima de servicios, en razón a ello, no hay lugar ha dicho reconocimiento.

AL HECHO OCTAVO: O ME CONSTA, Es una apreciación del demandante de la norma. De allí que me atengo a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO NOVENO: ES CIERTO, Mediante el Decreto No 1545 de 2013 del 19 de julio de 2013 mediante la cual se establece la prima de servicios.

AL HECHO DECIMO: NO ME CONSTA, Es una apreciación del demandante de la norma. De allí que me atengo a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.



AL HECHO DECIMO PRIMERO: NO ES CIERTO, que el actor reúna los requisitos para acceder a la prima de servicios.

AL HECHO DECIMO SEGUNDO: NO ME CONSTA, por tratarse de hechos ajenos a mi representada y propios del Departamento de Bolívar, en razón a la descentralización de la educación. De allí que me atenga a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO DECIMO TERCERO: NO ME CONSTA, por tratarse de hechos ajenos a mi representada y propios del Departamento de Bolívar, en razón a la descentralización de la educación. De allí que me atenga a lo que resulte probado en el curso del presente proceso.

AL HECHO DECIMO CUARTO: NO ES UN HECHO, es un requisito para presentar la demanda.

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Aclaro señor Juez que el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** no es el titular de la obligación puesto que la ley no le encargó de forma alguna intervenir en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales o de salud, el cual está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así como tampoco de los trámites de las reclamaciones, los cuales se encuentran a cargo de la entidad territorial correspondiente, sin que haya lugar a que se interprete como una delegación y que estén actuando a nombre del ministerio. En cuanto al pago le corresponde a la Fiduciaria La Previsora S.A por ser la administradora de los recursos. Adicionalmente, aclaro que los recursos con que se eroga o cubre los pagos tampoco son del presupuesto del Ministerio ni son administrados por éste.

En consecuencia con lo expuesto y respecto de las pretensiones consignadas en el petitum de la demanda, me opongo a todas y cada una de ellas, particularmente en cuanto que se le cargue la responsabilidad a mí representada respecto de:

La nulidad del Acto Administrativo Oficio 553 de fecha 10 de septiembre de 2013, por medio del cual niega el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios a que tiene derecho la accionante, por laborar como docente según lo ordenado en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el artículo 115 de la ley 115 de 1994.

Así como también, el establecimiento del derecho, en el que se reconozca liquide y pague la prima legal o de servicios, desde el 2011 hasta 2013. Con los respectivos ajustes e indexaciones.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Ha sido unánime la Jurisprudencia del Consejo de Estado en seguir la tesis Constitucional (Sentencia C- 965 de 2003, Consejo de Estado, sentencia de 25 de julio de 2011, expediente: 20.146, Sentencia de 23 de octubre de 1990, expediente: 6054, Consejo de Estado, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente:18163) respecto de la legitimación en causa, expuesta en la sentencia de fecha catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012), radicación: 76001-23-25-000-1997-03056-01 (22.032), Actor: ELIZABETH VALENCIA Y OTROS, Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE – INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, al señalar:

“Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la *"calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"*,⁹ de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas¹⁰.



Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Al respecto, no sobra recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:

"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"¹¹.

Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo – no el procesal –; si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto".¹²

Jurisprudencia que nos sirve de apoyo jurídico para recordarle al demandante que el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** no es titular, conforme con la ley, de la obligación que demanda el actor, toda vez que mi prohijada no fue la entidad emisora del Acto administrativo del cual se pretende se declare la Nulidad, de allí que me permita recordarle al mismo que la entidad que suscribió el Acto Administrativo 1. Solicito al señor Juez, que oficiosamente declare probada cualquier excepción cuyos hechos en que se fundamente, se encuentren plenamente demostrados en el proceso, tal y como lo dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

2. Excepción Previa denominada Pago de lo No Debido: Como se ha sustentado a lo largo de esta defensa las pretensiones de los demandantes no deberán de tenerse en cuenta, a razón que no estamos frente a una obligación expresa de la ley, sino a la interpretación errónea que quieren hacer ver los demandantes, tergiversando lo expuesto en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

3. Falta de legitimación en la causa pasiva : hay que recordar ante su despacho, que no existe nexo causal entre los hechos que originaron la presentación de esta demanda y el Ministerio de Educación Nacional, situación que por sí misma lo libera de responsabilidad, se da una falta de legitimación en la causa por pasiva, fundamentada en la reiterada jurisprudencia emitida por el Honorable Consejo de Estado que data del 28 de enero de 1994, radicado 7091 – 94, siendo Magistrado Ponente el Doctor Daniel Suarez Hernández:

(...)

Legitimación en la causa por pasiva.

En todo el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante



presenta la calamidad con que dice obrar y si el demandado, conforme a la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva. Al faltar la legitimación en la causa, por pasiva, se impone una decisión absolutoria (...)

Fue DEPARTAMENTO DE BOLIVARE! **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** tampoco tuvo injerencia en los hechos que han generado las demandas ni en los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de obligaciones, ni en la atención de las reclamaciones posteriores a los reconocimientos, razón por la cual se carece de los soportes documentales e históricos laborales, las que sí reposan en las Secretarías de las entidades territoriales correspondientes. Hechos que reconoce el demandante en diversos apartes de la demanda presentada.

El titular del acto administrativo es una persona jurídica totalmente diferente al **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**, luego una eventual condena que pudiera recaer sobre mi representada, equivaldría a sancionarla por actos que no le pueden ser legalmente imputados a la misma, lo cual implicaría un quebrantamiento del principio jurídico en virtud del cual todo daño o perjuicio que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

De tal presunción de responsabilidad por el hecho ajeno no se puede predicar en el caso en cuestión, dado que la Nación, (de la cual el Ministerio de Educación Nacional es un organismo integrante de la Rama Ejecutiva del poder público) es una persona jurídica totalmente diferente al Municipio de

Lo anterior, por cuanto no está dentro de sus competencias, como más adelante se explica, la responsabilidad que señala el demandante.

Competencias del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

El Ministerio es el encargado de generar la política sectorial y la reglamentación pertinente para la organización de las diferentes modalidades de prestación del servicio público educativo, con el fin de orientar la educación en los niveles: preescolar, básica, media y superior, educación para el trabajo y el desarrollo humano.

Lo anterior, conforme con lo dispuesto por el Decreto 5012 del 28 de diciembre de 2009, por el cual se modifica la estructura de personal del el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** y se dictan otras disposiciones; y el Decreto 5013 del 28 de diciembre de 2009, se modifica la planta del Ministerio de Educación Nacional y se determinan las funciones de sus dependencias.

Así mismo, el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** es la entidad encargada de definir la metodología, distribuir, girar, y hacer seguimiento a los recursos que provienen del Sistema General de Participaciones, la Ley 30, Ley 21 y ampliación de cobertura para ser asignados a las Entidades Territoriales e Instituciones de Educación Superior Públicas.

Igualmente, el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** forma parte integral de la Rama Ejecutiva en el orden nacional en virtud de la Ley 489 de 1998 artículo 38.

Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993, este Ministerio **perdió la facultad de ser nominador de los docentes**, facultad que fue trasladada a los Departamentos y hoy por Ley 715 de 2001 a los Municipios, en consecuencia son estos últimos, quienes tienen a cargo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales, en consecuencia corresponde a los gobernadores y alcaldes de los departamentos, distritos y municipios certificados.

Sin perjuicio de ello, constitucionalmente a el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** se le ha conferido la guarda de los recursos que hacen parte del sistema general de participaciones, por lo tanto, el reconocimiento de estos emolumentos salariales discutidos en este litigio, afectarían de manera directa los recursos del sistema general de participaciones. En consideración de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, en cuanto a que la administración del servicio educativo, ya no es nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades



d) Al personal de las Fuerzas Militares, y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican o adicionan.

e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.”

(Negrillas fuera del texto)

Así mismo el Decreto Ley 1042 de 1978 establece en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así, como por ejemplo, ellos tienen una jornada laboral y periodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto de los empleados del sector público.

Por otro lado, también tienen un sistema de carrera especial, por lo cual sus condiciones de entrada, ascenso y permanencia son distintas a las del resto de empleados públicos (Decreto – Ley 2277 de 1979 – Estatuto Docente y Decreto 1278 de 2002 – Estatuto de Profesionalización Docente). Lo mismo ocurre con el sistema de salud, en donde los beneficios de los docentes son mejores que los de los empleados públicos a nivel nacional o territorial.

Así las cosas, como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

Para mayor claridad transcribo algunos de los artículos del citado decreto, en donde queda claro que tanto explícita como implícitamente, el legislador quiso limitar la aplicación de la norma sólo a empleados públicos y negó claramente la aplicación de la misma a docentes oficiales, en razón del régimen especial que los cobija.

Por su parte el Decreto 1042 de 1978 por medio del 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, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones, establece:

“Artículo 1º.- 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.”

“Artículo 3º.- De la clasificación de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de los organismos de la rama ejecutiva del poder público a que se refiere el presente Decreto se clasifican en los siguientes niveles: Directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo, y operativo”.

“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) El 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." (Subrayado fuera del texto)

Precisamente, del estudio de los anteriores artículos es que se hace evidente la restricción creada por el legislador en materia de aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, el cual limita expresamente sus aplicación a los funcionarios de Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, entidades de las que no hacen parte los docentes.

Por otro lado, el artículo 3 al clasificar los empleos a los cuales les es aplicable el citado Decreto Ley, tampoco incluye al personal docente, pues relaciona cargos del nivel directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, los cuales no son equiparables con los cargos y la nomenclatura que en la actualidad establecen los Estatutos Docentes previstos en los Decretos Ley 2277 de 1979 y 1278 de 2002.

Precisamente en fallos jurisprudenciales se ha ratificado expresamente la vigencia de la excepción contenida en el artículo anteriormente enunciado, bajo el entendido de que la distinción que se realiza en la Ley, más que violar la Constitución reconoce las particularidades del ejercicio de la docencia, afirmación contenida en sentencia C- 566 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se expuso que:

"Considera la Corte que la norma demandada, en cuanto ordena excluir al personal docente de los organismos de la Rama Ejecutiva de la aplicación del régimen salarial general de los empleados públicos, persigue el respeto de ciertas conquistas laborales de este sector de trabajadores, que se erigen en derechos adquiridos, aparte de reconocer que las peculiaridades del ejercicio de la docencia ameritan la consagración de un estatuto laboral, salarial y prestacional adecuado a las particularidades de este servicio"

En consecuencia, con ocasión al citado pronunciamiento, nos encontramos frente a cosa juzgada constitucional, en donde no le es posible al Ministerio apartarse de la interpretación expuesta por la Corte Constitucional.

Así mismo el Consejo de Estado en Sentencia del 2 de Noviembre de 2006, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, dispuso:

"...La bonificación por servicios prestados, prima de servicios y bonificación especial de recreación. Los dos primeros establecidos en los artículos 45 y 58 del Decreto Ley 1042 de 1978 y el último en el artículo 3 del Decreto 451 de 1984, ninguno de ellos contemplaron tales prestaciones para los docentes nacionales, como es el caso de la actora, pues los artículos 1 y 104 del citado Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la bonificación por servicios prestados y prima de servicios prestados, que dichos factores no se aplicarían al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva a quienes, su remuneración se rige por otras normas..."

Respecto del párrafo segundo del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es pertinente realizar las siguientes aclaraciones que se dirigen en cuanto a que el derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de la eficiencia, universalidad y solidaridad. De acuerdo con lo señalado en la Ley 100 de 1993, artículo 15 modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.



La Ley 6 de 1945 crea las primeras prestaciones sociales tanto para trabajadores estatales como particulares. En su artículo 22, consagraba que teniendo en cuenta la condición económica de los departamentos, intendencias, comisarías o municipios, se señalaría por medio de decreto las prestaciones que hubiese que pagar a dichos funcionarios. Es así, como el Decreto 2767 de 1945 dispuso en su artículo 1º que los trabajadores de las citadas entidades, tendrían derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la ley 6ª de 1945, otorgadas para los empleados y obreros nacionales, dándoles así mismo en el artículo 10º ídem la facultad de organizar en cualquier tiempo instituciones de previsión social similares a la Caja Nacional de Previsión Social para atender el pago de las prestaciones que les correspondan y mientras estas no se constituyan, las respectivas gobernaciones, intendencias, comisarías o municipios, responderían de las prestaciones sociales de sus trabajadores con cargo a su propio pecunio.

De otra parte, para el sector público por medio del decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del estado, normas que en virtud de la ley 6ª de 1945 y decreto 2767 del mismo año como se anotó, se hace extensiva a los servidores públicos del orden territorial.

De lo anterior bien puede colegirse: 1) los principios laborales rigen tanto para trabajadores privados como para servidores públicos, 2) desde principios de la existencia de la ley laboral, hay prestaciones a cargo del empleador y prestaciones a cargo de terceros, y se denominan prestaciones comunes y especiales. Las comunes sólo son asumidas por el empleador (llámese empresa o estado) cuando éste no afilia a sus trabajadores al sistema de seguridad social.

Ahora bien, el decreto 1042 de 1972 establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, y se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleados, creando la norma entre otras la prima de servicios para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos en las entidades anteriormente descritas, con las excepciones allí establecidas; prima que es concebida como elemento constitutivo de salario, más no como prestación social.

Por lo anterior, queda claro que las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6ª de 1945 y el decreto 1045 de 1978, que se les ha llamado de manera equivocada primas, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario. Para el caso de los servidores públicos, por disposición legal en el evento de tener derecho a las enunciadas primas, éstas formarían parte de los factores salariales para liquidación de las prestaciones sociales que por ley les correspondan.

En consideración con lo anterior, se analizará el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que al tenor establece: "Párrafo 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."

Con la expedición de la Ley 43 de 1975, la educación en Colombia es un servicio público a cargo de la nación, por tanto los gastos ocasionados por las entidades territoriales son de cuenta de la nación. Las prestaciones sociales del personal adscrito a las entidades que han de nacionalizarse y que se hayan causado hasta dicha fecha, continuarán a cargo de dichas entidades. Establecía la norma, que las prestaciones que se causaren a partir del momento de la nacionalización, serían atendidas por la nación, pero las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá pagarían a la Nación dentro de diez años y por cuotas partes las sumas que adeudaran hasta entonces a los servidores de los planteles, por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al momento de la nacionalización.

Con la Ley 60 de 1993, se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias, estableciendo ésta norma que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados, que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.



Ahora bien, adicionalmente a lo expuesto en párrafos anteriores sobre el sentido del párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es necesario aclarar cuál es la aplicación de la norma al establecer que 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."

Tal como se ha destacado el artículo referenciado en ningún momento está creando una prima de servicios para el personal docente, sino que establece la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la Nación, en virtud de la nacionalización de la educación, y no del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Precisamente, el hecho de hablar en el citado párrafo de "continuación" del pago de las prestaciones relacionadas, hace evidente que la protección de la norma es en relación con un emolumento que ya existía y no como se ha interpretado, la creación de uno nuevo.

Para mayor claridad, remitámonos al Diccionario de la Lengua Española, sobre el significado de la palabra continuar, en donde encontramos que significa "proseguir lo comenzado, durar, permanecer, seguir, extenderse".

En el anterior entendido, no puede decirse que el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 haya creado la prima de servicios para los docentes y directivos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que en aras de garantizar los derechos adquiridos de aquellas asignaciones que ya se encontraban debidamente reconocidas, y de asegurar un responsable en el pago de dichos conceptos, se reitera, en virtud de la nacionalización de la educación; se designó como responsable a la Nación y no al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la continuidad en el pago de los conceptos relacionados en el párrafo 2 del artículo 15 de dicha ley, toda vez que al Fondo como entidad de previsión social le corresponde el pago de las prestaciones sociales comunes a cargo de terceros, tales como cesantías, pensiones, sustitución pensional y servicios médicos asistenciales, entre otras, con ocasión a la afiliación y cotización que deben realizar trabajadores y empleadores a las entidades del sistema.

Así las cosas, del contenido del párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, claramente se determina las obligaciones de cada una de las partes, responsabilidades que se limitan a aquellos emolumentos que ya existían y que por lo tanto se continuarían pagando y que para el caso de la prima de servicios, hace relación únicamente a las que se encontraban vigentes para la época de promulgación de la Ley y que eran pagadas a los docentes.

Afirmar que el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, creó una prima de servicios, es dar una interpretación totalmente distinta a la norma y desconocer la realidad que para el momento operaba en el sector educativo como consecuencia de la nacionalización de la educación, teniendo en cuenta que cuando el legislador utiliza el verbo continuar, hace referencia a prestaciones ya existentes que debían continuar pagándose.

Adicionalmente las normas allí relacionadas no hacen mención al Decreto 1042 de 1978, precisamente por cuanto dicha norma no crea prestaciones sociales, sino que establece factores constitutivos de salario; de tal suerte que las normas enunciadas en dicho articulado como es el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, son una enumeración taxativa de las prestaciones que a partir de la fecha rige para los docentes estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y darle una interpretación extensiva al Decreto 1042 de 1978, pretendiendo aplicarlo a este tipo de trabajadores, es contra legem teniendo en cuenta que por disposición explícita del artículo 104 "Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones "...b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.", literal que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C 566 de 1997, teniendo como sustento los siguientes argumentos:

"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 derechos adquiridos con arreglo a leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores"... 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."

Debiendo entonces recordarse que las excepciones son de naturaleza restrictiva sin que pueda dárseles interpretación extensiva por vía administrativa o jurisprudencial y si lo pretendido es, aplicar el artículo 59 del decreto 1042 de 1978 que crea la prima de servicios, a esta clase de servidores, por el principio de la inescindibilidad de la ley así mismo debe darse aplicación al artículo 104 que los excluye.

Así las cosas, la prima de servicios para el personal docente y directivo docente 1) no ha sido creada por la Ley 91 de 1989. Cuando la norma habla de continuar, hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgados con fundamento en disposición normativa previa, 2) la Ley 91 de 1989 en su parágrafo segundo, hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo que, de lo anteriormente expuesto bien puede deducirse que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas (las del parágrafo segundo del artículo 15) y hace referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley; sin que pueda afirmarse que la prima de servicios ha sido creada por la ley 91 de 1989 en favor de los docentes estatales, dado que dicha norma sólo hace alusión a aquellos que obligatoriamente son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; 3) en cumplimiento a lo señalado en el artículo 10º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido del deber de aplicación uniforme de las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos; sólo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas con cargo a la nación y en virtud de la nacionalización de la educación, en aquellos casos en que la prima de servicios les hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la ley 91 de 1989, en aplicación al principio establecido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia sobre derechos adquiridos, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para los funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de Abril de 2010, M.P.

Por otro lado es necesario indicar, que si bien existen fallos reconociendo la prima de servicios bien sea basados en el Decreto 1042 de 1978 o en la Ley 91 de 1989, el Ministerio ha tenido conocimiento de que a la fecha, en varios despachos judiciales también se han proferido fallos sobre el presente tema absolviendo de dicha condena, por lo cual, al no existir unidad en la interpretación judicial, tampoco es posible que la administración coincida con su interpretación y decisión de reconocer administrativamente la PRIMA DE SERVICIOS, cuando existe norma expresa y jurisprudencia que lo niega. La aplicación extensiva de las decisiones judiciales que se han dado en el caso sólo es procedente para la administración cuando se cumplan los presupuestos establecidos por la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 102 establece:

"Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos."

Al respecto, incluso la Corte Constitucional se ha pronunciado en un caso similar cuando decidió sobre la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, que versaba sobre aplicación de precedentes judiciales, aclaro que:

"...todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes..."

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala ratifica la obligación de todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron



analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado...”

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de pago de intereses de mora y pago de indexación, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional ya se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...) La Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del Dr. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, en concepto de 24 de agosto de 2006, Exp. No. 1745, con relación a indexación de sumas debidas por reconocimientos de prima técnica, a servidores públicos, consideró:

“En la misma dirección en esta oportunidad la Sala precisa que la fuente de la corrección monetaria es la ley y, por ende, la indexación de la prima técnica no puede aplicarse directamente ni discrecionalmente por la administración. Ello puede acontecer en cumplimiento de decisiones judiciales que ordenen actualizar los valores debidos. Por lo demás, el debate de la indexación por vía administrativa y sin autorización previa del legislador para reajustar la prima técnica, no es posible colocarlo en el plano de las obligaciones civiles, pues su quantum es una suma determinada señalada por el legislador, la cual presupuestalmente no es viable actualizarla a valor presente directamente.

Por tanto, la administración no está facultada en norma de ningún rango para de manera discrecional optar por ordenar la indexación y consecuentemente no está investida de atribución alguna para determinar la fórmula o procedimiento a cumplir para liquidar la indexación, materia igualmente reservada al legislador.

Resulta claro, entonces, que sin facultad legal y sin existir consagrada fórmula de reajuste periódico, la administración está vedada para indexar las sumas que pueda deber por concepto de prima técnica; otro entendimiento rompería el principio de separación de poderes y atentaría contra el principio de reserva legal. Cuando el legislador ha querido establecer fórmulas de reajuste de valores así lo ha dispuesto. Véanse, por vía de ejemplo, los artículos 178 del C.C.A., 32 de la ley 200 de 1995, 1° y 3° la ley 242 de 1995, 86 de la ley 488 19981. Especialmente ilustrativo para reafirmar la tesis de la Sala resulta el artículo 50 de la ley 1071 de 2006 - por medio de la cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.”

Así las cosas, tanto la indexación como los intereses moratorios, no pueden aplicarse directamente ni discrecionalmente por la administración, ello sólo puede acontecer en cumplimiento de decisiones judiciales que ordenen actualizar los valores debidos. En conclusión la administración no se encuentra facultada para ordenar directamente ni discrecionalmente indexación ni intereses moratorios”.

PRESCRIPCIÓN Y ASUNTOS JUDICIALES

- Para determinar con precisión los derechos de cada individuo es necesario identificar las reclamaciones laborales que cada funcionario presentó.
- Para los casos en los que haya procesos judiciales en curso en la jurisdicción Contencioso Administrativa, debe conocerse el estado de los mismos.

Con base en el análisis de las peticiones radicadas, las acreencias laborales directamente derivadas de las deudas, se deberán cuantificar por anualidades teniendo en cuenta lo siguiente:

INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

Los bienes, recursos y renta públicos son inembargables, es decir, aquellos que no constituyen prenda de garantía frente a los acreedores, y por tanto, no pueden ser sometidos a medidas de embargo y secuestro cuando se surta proceso de ejecución contra el Estado.



El sistema General de Participaciones SGP, corresponde a los recursos que la Nación transfiere, por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política (reformados por los Actos Legislativos 01 de 2001, y 04 de 2007), a las entidades territoriales Departamentos, Distritos y Municipios, para financiación de los servicios públicos a su cargo, en salud agua potable y los definidos en el artículo 76 de la Ley 715 de 2001 (Servicios Públicos, Vivienda, sector agropecuario, transporte, recreación, cultura, desarrollo comunitario, fortalecimiento institucional, etc.)

CONFORMACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES

El Sistema General de Participaciones estará conformado así:

- Una participación con destinación específica para el sector educación, que se denominará participación para educación.
- Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denominará participación para salud.
- Una participación con destinación específica para el sector de agua potable y saneamiento, básico que se denominará participación para saneamiento básico y agua potable.
- Una participación de propósito general.

DISTRIBUCIÓN SECTORIAL DE LOS RECURSOS

El monto total del Sistema General de Participaciones, se distribuye así: (artículo 2 de la Ley 1176 de 2007).

- Un 58.5% corresponderá a la participación para educación.
- Un 24.5% corresponderá a la participación para salud.
- Un 5.4% corresponderá a la participación para saneamiento básico y agua potable.
- Un 11.6% corresponderá a la participación de propósito general.

MARCO NORMATIVO PRINCIPIO GENERAL INEMBARGABILIDAD DE RECURSOS PÚBLICOS

- Constitución Política art. 63, 72, 356: Reformado por el Acto Legislativo 04 de 2007, 357 modificado Actos Legislativos 01 de 1995 y 01 de 2001.
- Estatuto Orgánico del Presupuesto Decreto 111 de 1996, artículo 19 literal a) art 11.
- Ley 715 de 2001 Art 18-91. Por la cual se dictan normas para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.
- Decreto 1101 del 3 de abril de 2007: Por medio de la cual se reglamenta el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, los artículos 1 y 91 de la Ley 715 de 2001, y se dictan otras disposiciones (constancias de inembargabilidad)
- Ley 1176 de 27 de Diciembre de 2007: Por la cual se desarrolló artículos 356 y 357 Constitución Política Sistema General de Participaciones (conformación distribución sectorial del Sistema General de Participaciones)
- Decreto 028 de 2008, artículo 21: Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con los recursos del Sistema General de Participaciones (inembargabilidad y presupuestar recursos para créditos judiciales)
- Código de Procedimiento Civil: artículos 336, 513 y 684 numerales 1 al 4.



Decreto Ley 028 de 2008, artículo 21 inembargabilidad. Los recursos del sistema General de Participaciones son inembargables. Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes. Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO GENERAL DE INEMBARGABILIDAD

Sentencias de la Corte Constitucional C-793/02 Y C-192/05

- Créditos Laborales, cuya satisfacción se hace necesario para realizar el principio de dignidad humana y efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.
- Sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica de los derechos reconocidos
- Títulos provenientes del Estado deudor y que figuran una obligación.
- Clara
- Expresa y,
- Actualmente exigible

Se tienen como Títulos ejecutivos los siguientes:

- Sentencias judiciales provenientes de procesos judiciales (laborales, civiles, administrativos)
- Actos administrativos con reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidades territoriales
- Transacciones y/o acuerdos de pago entre la entidad territorial y los servidores públicos y/o contratistas
- Sanciones administrativas- multas (previo procedimiento directiva 02/03)

IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS, POR RECONOCIMIENTO DE INDEXACIÓN

Por otra parte, en cuanto a la procedencia del reconocimiento de indexación y de intereses moratorios por el no pago de las cesantías, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Magistrado Ponente Jesús María Lemos Bastamente en sentencia del 1 de abril de 2004, se pronunció indicando que sólo había lugar al reconocimiento de la indexación, pues lo contrario implicaría un doble pago por parte de la entidad demandada (Sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Magistrado Ponente Alberto Arango Mantilla, sentencia de fecha 22 de octubre de 1999).

“En casos como el presente, en el que lo adeudado se refiere al pago de las cesantías consignadas tardíamente, es claro que se disminuye la capacidad adquisitiva de la prestación por lo que es procedente el ajuste de valor o la indexación correspondiente al monto liquidado, con sustento legal en lo preceptuado por el artículo 178 del C.C.A., norma que autoriza al juez administrativo para decretar el ajuste, tomando como base el índice de precios al consumidor”.

Como lo ha reiterado la Sala, el ajuste de valor autorizado por la ley, obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratándose de servidores del Estado disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos, por lo que dispone en casos como el presente la indexación es una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta.

Así entonces, resulta acertado ordenar que el valor pagado por concepto de cesantías definitivas sea actualizado atendiendo el índice de precios al consumidor, por el periodo comprendido entre el 25 de febrero y el 3 de diciembre de 1993.



(...)

*Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que restablecimiento del derecho **represente el valor real al momento de la condena que es equivalente al perjuicio recibido.***

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenado a la entidad a un doble pago por la misma causa.

De otra parte, las cantidades liquidadas de dinero reconocidas en las sentencias devengan intereses corrientes y moratorios en las condiciones previstas por el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Así entonces, ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios sería reconocer doble interés por la misma razón."

De acuerdo con lo transcrito, a la indexación y a los intereses moratorios de les reconoce la misma virtualidad, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso el correspondiente a las cesantías parciales, como efecto de la inflación. Por ello, según I ha precisado la jurisprudencia de esta corporación, el reconocimiento de ambos conceptos implicaría un doble pago por la misma causa, que no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento ilícito.

Por las razones antes resumidas, pido comedidamente al señor Juez, ceñirse a la normatividad anteriormente enunciada, y denegar todas las pretensiones a las que aspira la parte accionante en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional.

EXCEPCION GENERICA

Solicito al señor Juez, que oficiosamente declare probada cualquier excepción cuyos hechos en que se fundamente, se encuentren plenamente demostrados en el proceso, tal y como lo dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, así mismo solicito tener en cuenta la siguiente:

- **CARGO UNICO**

El apoderado de la parte actora considera que las normas constitucionales violadas con la expedición de los actos administrativos emitidos son: "los Artículo 1, 13 y 53 de la Constitución Política, y en particular en lo establecido en el parágrafo 2 del Artículo 15 de la ley 91 de 1989, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002, así como los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto."

- **SUSTENTO LAS EXCEPCIONES AL UNICO CARGO EN EL SIGUIENTE SENTIDO:**

- **EXCEPCION DE LEGALIDAD.**

Con relación al presente cargo, es de anotar que no hay lugar a las apreciaciones del accionante, como quiera por medio del Decreto Ley 1042 de 1978 establece en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así como por ejemplo, ellos tienen una jornada laboral y periodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto de los empleados del sector público.

Por otro lado, también tienen un sistema de carrera especial, por lo cual sus condiciones de entrada, ascenso y permanencia son distintas a las del resto de empleados públicos (Decreto – Ley 2277 de 1979 – Estatuto Docente y Decreto 1278 de 2002 – Estatuto de Profesionalización Docente). Lo mismo ocurre con el sistema de salud, en donde los beneficios de los docentes son mejores que los de los empleados públicos a nivel nacional o territorial.



Así las cosas, como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

Para mayor claridad transcribo algunos de los artículos del citado decreto, en donde queda claro que tanto explícita como implícitamente, el legislador quiso limitar la aplicación de la norma sólo a empleados públicos y negó claramente la aplicación de la misma a docentes oficiales, en razón del régimen especial que los cobija.

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, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones"

"Artículo 1º.- 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."(Negrillas y subrayado fuera del texto)

"Artículo 3º.- De la clasificación de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de los organismos de la rama ejecutiva del poder público a que se refiere el presente Decreto se clasifican en los siguientes niveles: Directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo, y operativo". (Negrillas y subrayas fuera del texto)

"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) El 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." (Subrayado fuera del texto)*

Precisamente, del estudio de los anteriores artículos es que se hace evidente la restricción creada por el legislador en materia de aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, el cual limita expresamente sus aplicación a los funcionarios de Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, entidades de las que no hacen parte los docentes.

Respecto del párrafo segundo del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es pertinente realizar las siguientes aclaraciones que se dirigen en cuanto a que el derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de la eficiencia, universalidad y solidaridad. De acuerdo con lo señalado en la Ley 100 de 1993, artículo 15 modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en



forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

Por lo anterior, queda claro que las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la ley 6ª de 1945 y el decreto 1045 de 1978, que se les ha llamado de manera equivocada primas, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario. Para el caso de los servidores públicos, por disposición legal en el evento de tener derecho a las enunciadas primas, éstas formarían parte de los factores salariales para liquidación de las prestaciones sociales que por ley les correspondan.

Así mismo el Consejo de Estado en Sentencia del 2 de Noviembre de 2006, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, dispuso:

“...La bonificación por servicios prestados, prima de servicios y bonificación especial de recreación. Los dos primeros establecidos en los artículos 45 y 58 del Decreto Ley 1042 de 1978 y el último en el artículo 3 del Decreto 451 de 1984, ninguno de ellos contemplaron tales prestaciones para los docentes nacionales, como es el caso de la actora, pues los artículos 1 y 104 del citado Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la bonificación por servicios prestados y prima de servicios prestados, que dichos factores no se aplicarían al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva a quienes, su remuneración se rige por otras normas...”

Por lo anteriormente expuesto, no existe ánimo para prosperar el cargo indilgado por el accionante, toda vez que existe indebida invocación de la norma por el mismo.

- EXCEPCIÓN PREVIA DENOMINADA PAGO DE LO NO DEBIDO.

Como se ha sustentado a lo largo de esta defensa las pretensiones de los demandantes no deberán de tenerse en cuenta, a razón que no estamos frente a una obligación expresa de la ley, sino a la interpretación errónea que quieren hacer ver los demandantes, tergiversando lo expuesto en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

- EXCEPCIÓN FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA.

Hay que recordar ante su despacho, que no existe nexo causal entre los hechos que originaron la presentación de esta demanda y el Ministerio de Educación Nacional, situación que por sí misma lo libera de responsabilidad, se da una falta de legitimación en la causa por pasiva, fundamentada en la reiterada jurisprudencia emitida por el Honorable Consejo de Estado que data del 28 de enero de 1994, radicado 7091 – 94, siendo Magistrado Ponente el Doctor Daniel Suarez Hernández:

(...)

Legitimación en la causa por pasiva.

En todo el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calamidad con que dice obrar y si el demandado, conforme a la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva. Al faltar la legitimación en la causa, por pasiva, se impone una decisión absolutoria (...)

Por lo anterior solicito muy respetuosamente a ese Despacho, se cambie mi vinculación excluyéndome como parte en el proceso, pero manteniéndome como Autoridad Administrativa interesada en las resultas del mismo, toda vez que constitucionalmente a el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** se le ha conferido la guarda de los recursos que hacen parte del



sistema general de participaciones, por lo tanto, el reconocimiento de estos emolumentos salariales discutidos en este litigio, afectarían de manera directa los recursos del sistema general de participaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento la presente defensa en las normas consagradas en el Decreto 451 de 1984, Decreto 1048 de 1972, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, Decreto – Ley 2277 de 1979 – Estatuto Docente y Decreto 1278 de 2002 – Estatuto de Profesionalización Docente, Decreto 1042 de 1978, Ley 91 de 1989, ley 43 de 1975, Decreto 1042 de 1978, Código de Procedimiento Civil artículo 336, 513, 684 numerales 1 al 4, y demás normas reglamentarias.

PETICIÓN

Como corolario de todo lo anterior y de lo expuesto por este Ministerio, le solicito muy respetuosamente a ese Despacho al momento de proferir su fallo, se declare probadas las excepciones propuestas, se deniegue así mismo las suplicas de la demanda y además se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales al demandante.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

El artículo 3 al clasificar los empleos a los cuales les es aplicable el Decreto 1042 de 1978, tampoco incluye al personal docente, pues relaciona cargos del nivel directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, los cuales no son equiparables con los cargos y la nomenclatura que en la actualidad establecen los Estatutos Docentes previstos en los Decretos Ley 2277 de 1979 y 1278 de 2002.

La prima de servicios para el personal docente y directivo docente 1) no ha sido creada por la Ley 91 de 1989. Cuando la norma habla de continuar, hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgados con fundamento en disposición normativa previa, 2) la Ley 91 de 1989 en su párrafo segundo, hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo que, de lo anteriormente expuesto bien puede deducirse que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas (las del párrafo segundo del artículo 15) y hace referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley; sin que pueda afirmarse que la prima de servicios ha sido creada por la ley 91 de 1989 en favor de los docentes estatales, dado que dicha norma sólo hace alusión a aquellos que obligatoriamente son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En cumplimiento a lo señalado en el artículo 10º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido del deber de aplicación uniforme de las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos; sólo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas con cargo a la nación y en virtud de la nacionalización de la educación, en aquellos casos en que la prima de servicios les hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la ley 91 de 1989, en aplicación al principio establecido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia sobre derechos adquiridos, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para los funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de Abril de 2010, M.P.

Precisamente en fallos jurisprudenciales se ha ratificado expresamente la vigencia de la excepción contenida en el artículo anteriormente enunciado, bajo el entendido de que la distinción que se realiza en la Ley, más que violar la Constitución reconoce las particularidades del ejercicio de la docencia, afirmación contenida en sentencia C- 566 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se expuso que:

“Considera la Corte que la norma demandada, en cuanto ordena excluir al personal docente de los organismos de la Rama Ejecutiva de la aplicación del régimen salarial general de los empleados públicos, persigue el respeto de ciertas conquistas laborales de este sector de trabajadores, que se erigen en derechos adquiridos, aparte de reconocer que las peculiaridades del ejercicio de la docencia ameritan la consagración de un estatuto laboral, salarial y prestacional adecuado a las particularidades de este servicio”



En consecuencia, con ocasión al citado pronunciamiento, nos encontramos frente a cosa juzgada constitucional, en donde no le es posible al Ministerio apartarse de la interpretación expuesta por la Corte Constitucional.

Así mismo el Consejo de Estado en Sentencia del 2 de Noviembre de 2006, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, dispuso:

"...La bonificación por servicios prestados, prima de servicios y bonificación especial de recreación. Los dos primeros establecidos en los artículos 45 y 58 del Decreto Ley 1042 de 1978 y el último en el artículo 3 del Decreto 451 de 1984, ninguno de ellos contemplaron tales prestaciones para los docentes nacionales, como es el caso de la actora, pues los artículos 1 y 104 del citado Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la bonificación por servicios prestados y prima de servicios prestados, que dichos factores no se aplicarían al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva a quienes, su remuneración se rige por otras normas..."

Al respecto, incluso la Corte Constitucional se ha pronunciado en un caso similar cuando decidió sobre la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, que versaba sobre aplicación de precedentes judiciales, aclaro que:

"...todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes..."

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala ratifica la obligación de todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado..."

PRUEBAS

Teniendo en cuenta la solicitud de pruebas presentada por el actor en la demanda, manifiesto al Despacho que se oficie a la entidad demanda para que se pronuncie sobre la autenticidad de las pruebas, toda vez que mi representada no es la emisora del acto del cual se pretende el control jurisdiccional.

Los documentos relacionados en el capítulo de anexos para acreditar la personería administrativa.

Tenga en cuenta señor Juez que no se anexan los antecedentes administrativos, dado que no obran en esta entidad, como quiera que el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** carece de responsabilidad frente a la obligación que solicita el demandante, teniendo en cuenta la descentralización del sector educativo, y consecuentemente que son las entidades territoriales las que cuentan con las historias laborales y antecedentes administrativos de los hechos generadores de las demandas, razón por la cual solicito que los oficie a la entidad territorial correspondiente.

ANEXOS

Poder especial conferido por **NATALIA BUSTAMANTE ACOSTA** como JEFE DE OFICINA ASESORA 1045-15 Resolución de nombramiento No. No. 15978 del 2013, Acta de Posesión 12 de Noviembre del 2013.

PETICION ESPECIAL

Solicito muy respetuosamente a ese Despacho, mantenga mi vinculación en el proceso, no como parte, dado que no es el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** el sujeto pasivo de la obligación que reclama el demandante dentro del proceso, pero sí en mi calidad de ser Autoridad Administrativa interesada en las resultados del mismo, toda vez que constitucionalmente (Capítulo IV, Artículo 356 Constitución Política y Siguiendo) a este ministerio se le ha conferido la guarda de los recursos que hacen parte del sistema general de participaciones, por lo tanto, el reconocimiento de estos emolumentos salariales discutidos en este litigio, afectarían de



manera directa dichos recursos, razón por la cual la Nación debe apoyar la defensa de los municipios y gobernaciones en este sentido.

NOTIFICACIONES

- Mi poderdante, quien obra en ejercicio de facultades delegadas por el Ministro de Educación Nacional podrá ser notificado en el CAN en la ciudad de Bogotá.
- El suscrito apoderado, recibirá notificaciones en la Secretaría de su despacho o en la carrera: 18 No. 39 B-69 de Bogotá D.C. o en el correo electrónico ajuridica@asesoriasintegrales.net

Del señor Juez,

Sonia Guzmán M.
SONIA GUZMAN MUÑOZ
C.C. No. 41.694.499 de Bogotá
T.P. 36.137 del C.S.J.

Proyecto y elaboro: Andrea Fiallo. *JAF*