



Consejo Superior  
de la Judicatura

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE TUNJA**

**JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ**

**Tunja, trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016)**

**Radicación No. : 15001-33-33-007-2014-00177-00**  
**Demandante : ANA SILVIA POVEDA FORERO**  
**Demandado : DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**  
**Vinculado : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**  
**Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

**I. SINTESIS DE LA DEMANDA**

**1. Pretensiones:**

La ciudadana **ANA SILVIA POVEDA FORERO**, actuando por conducto de apoderado debidamente constituido para el efecto, acude ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, siendo vinculada la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**.

En primer lugar, solicita la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo, que según su dicho, se configuró como consecuencia de la falta de respuesta por parte del Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, frente a la petición presentada el 26 de junio de 2013, mediante la cual se solicitó el reconocimiento y pago del retroactivo de la prima de servicios con fundamento en el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 115 de 1994.

De otro lado solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1.2.1.38-2013 PQR26594 del 11 de febrero de 2014, por medio del cual, la Directora Administrativa de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, resolvió de manera desfavorable el recurso de reposición interpuesto contra el precitado acto ficto o presunto.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, pretende que se declare que en su condición de servidora docente, tiene derecho a que el Departamento de Boyacá le reconozca los valores retroactivos por concepto de la prima de servicios de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978, en concordancia con las previsiones contenidas en la Ley 91 de 1989 y demás normas invocadas en la demanda.

De igual forma, solicita que se ordene a la entidad demandada: (i) reconocer y pagar los valores correspondientes al retroactivo de la prima de servicios, debidamente indexados, junto con los respectivos intereses moratorios y comerciales liquidados mensualmente; (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y: (iii) asumir el pago de las costas procesales.

## **2. Fundamentos fácticos:**

En orden a sustentar las pretensiones, el libelista relató las circunstancias que se sintetizan a continuación:

- Que el demandante se vinculó con el Magisterio mediante Decreto No. 029 del 1º de abril de 1994.
- Que mediante escrito radicado el 26 de junio de 2013, el demandante, en su condición de servidor docente, solicitó ante la Secretaría de Educación de Boyacá el reconocimiento y pago de la prima de servicios.
- Que ante la ausencia de respuesta por parte de la administración departamental, se configuró el silencio administrativo negativo, por lo que mediante escrito radicado el día 24 de enero de 2014, procedió a interponer el correspondiente recurso de reposición.
- Que la impugnación así interpuesta fue desatada de manera desfavorable a través del acto demandado, notificado el 28 de febrero de 2014, por lo que finalmente acudió a la conciliación prejudicial que se declaró fracasada el día 15 de julio de 2014.

## **3. Normas violadas y concepto de la violación:**

El apoderado de la parte demandante considera que con la expedición del acto administrativo acusado, se infringieron las siguientes normas:

artículos 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política de Colombia; artículo 1º de la Ley 4ª de 1972; artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículos 1 y 3 del Decreto 451 de 1984 y Decreto 1919 de 2002.

En su criterio, al negar el retroactivo de la prima de servicios, se desconocieron los principios de igualdad y favorabilidad laboral, puesto que a diferencia de lo ocurrido con los docentes, tal derecho ha sido reconocido a los demás empleados públicos de la rama ejecutiva.

Según su dicho, el análisis conjunto de las previsiones contenidas en los artículos 150, 300, 313, 305 y 315 de la Constitución Política, permite concluir que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial.

En tal sentido, sostuvo que al Gobierno Nacional le corresponde fijar el régimen salarial bajo los parámetros señalados en la Ley Marco, mientras que a las Corporaciones Político Administrativas Departamentales y Municipales, se ocupan de establecer las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, a las cuales se encuentran sujetos los gobernadores y alcaldes al momento de fijar los emolumentos respectivos.

Así mismo, recordó que en desarrollo de lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, con sujeción a la cual el Gobierno Nacional señalaría el límite máximo salarial para los servidores públicos de las entidades territoriales.

Entonces, apoyándose en las directrices señaladas por la Corte Constitucional en Sentencia C-510, adujo en que la fijación del régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial corresponde en forma conjunta al Congreso de la República, Gobierno Nacional, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Gobernadores y Alcaldes; no obstante, aclaró que la potestad específica de crear factores salariales se encuentra específicamente en el Gobierno Nacional.

Continuando con su exposición, argumentó que mediante el Decreto 1919 de 2002, se extendió a los servidores territoriales el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel nacional, incluyendo dentro de ellos al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria, media vocacional y superior.

Por el contrario, afirmó que los docentes fueron exceptuados de aquel régimen general por disposición expresa contemplada en el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-506 de 1997, de manera que en su criterio, debe abordarse el estudio del derecho reclamado a la luz de las normas propias de los educadores estatales, contenidas en la Ley 91 de 1989, en

concordancia con las previsiones contenidas en los artículos 6º de la Ley 60 de 1993, 113 de la Ley 715 de 2001 y 115 de la Ley 115 de 1994.

A su juicio, este marco jurídico especial estableció que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, continuarían gobernados por el régimen prestacional del que venían gozando en cada entidad territorial, mientras que los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, quedaron amparados por las disposiciones contempladas para los empleados del orden nacional, esto es, las consagradas en los Decretos 3135 de 1968, 1048 de 1969 y 1045 de 1978, o las que se expidan en el futuro.

Por otra parte, estimó que la prima de servicios para el personal docente encuentra su consagración legal en la Ley 91 de 1989, específicamente en el parágrafo 2º del artículo 15, tal como, en su criterio, lo señaló el Honorable Consejo de Estado en Sentencia proferida entro del proceso con radicado interno No. 0620-09

En este punto, resaltó que la norma creadora del derecho se refiere a docentes del orden nacional y nacionalizado, puesto que para ese momento el ente empleador era la nación; no obstante, recordó que dicha situación fue modificada en virtud del proceso de descentralización del servicio educativo que operó mediante las leyes 60 de 1993 y 175 de 2001, a partir de las cuales se transfirió la potestad nominadora a las entidades territoriales.

De igual forma, precisó que, salvo en lo relacionado con las pensiones, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, unificó el régimen prestacional de los educadores oficiales, sin importar su forma de vinculación, por lo que, en su criterio, se puede inferir que la intención del Legislador no fue otra que establecer las mismas condiciones en materia salarial y prestacional.

Así las cosas, estimó que la prima de servicios debe ser reconocida no sólo a los docentes Nacionales y Nacionalizados, sino también a los docentes territoriales en aras de garantizar el Derecho a la Igualdad.

Por consiguiente, concluyó que el demandante, en su condición de docente vinculado al Departamento de Boyacá, tiene derecho a que la entidad territorial nominadora, proceda al reconocimiento del emolumento reclamado con fundamento en la Ley 91 de 1989, cuya liquidación afirma, debe realizarse proporcionalmente por cada año de servicios conforme lo establece artículo 60 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con los lineamientos definidos por la Corte Constitucional mediante Sentencia T-1066 de 2012, donde se avaló la interpretación expuesta en la demanda.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 23 de julio de 2014 (fl. 22), luego de lo cual fue asignada a este Despacho mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl.52). Posteriormente, a través de proveído calendado el 23 de abril de 2015 (fls. 63 – 66), se dispuso la admisión, ordenando la vinculación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional. Luego, una vez surtidos los traslados de ley, el Despacho, mediante auto proferido el 19 de noviembre de 2015 (fl.129), convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial, donde se decretaron las pruebas del proceso (fls. 133 – 138). Finalmente, en audiencia llevada a efecto el 11 de mayo de 2016, previo el recaudo probatorio, se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito (fls. 187 – 188).

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **1. Del Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación**

El Departamento de Boyacá se opuso oportunamente a las pretensiones, al considerar que los docentes demandantes no tienen derecho al reconocimiento de la prima de servicios reclamada, bajo los siguientes argumentos.

En primer lugar, indica que resulta improcedente el reconocimiento del derecho bajo el amparo de las normas generales consagradas en el Decreto 1042 de 1998, toda vez que el personal docente está excluido de dicha normativa, por disposición expresa del artículo 104 ejusdem, cuya exequibilidad se encuentra amparada por el principio de cosa juzgada constitucional, en virtud de la sentencia C-566 de 1997.

En contraste, señala que los educadores del servicio oficial cuentan con un régimen especial consagrado en los decretos 2277 de 1979, 1278 y 1850 de 2002, así como en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994.

En tal contexto, explica que si bien el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al señalar las prestaciones sociales que no estarían a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, relacionó la prima de servicios, lo cierto es que dicha referencia no puede interpretarse en el sentido de que los docentes tengan derecho al pago de dicho factor, como lo pretende el demandante, puesto que de haber sido esa la intención legislativa, se hubiese derogado expresamente la exclusión contemplada en el Decreto 1042 de 1978.

Por consiguiente, estima que acceder al reconocimiento deprecado, conllevaría al desconocimiento de los postulados consagrados en la Ley 4 de 1992 y de la prohibición impuesta por los decretos nacionales a las entidades territoriales en materia salarial de este sector de servidores que se rige por disposiciones especiales donde se consagran

prerrogativas adicionales, que han conllevado a la inaplicación del régimen general.

Para sustentar su dicho, la mandataria judicial hizo referencia al contenido de los conceptos No. 2012EE81778 del 21 de Diciembre de 2012 y 2013EE16227 del 20 de marzo de 2013, concluyendo que no es viable el reconocimiento del derecho pretendido.

Entre tanto, señala que tampoco es viable el reconocimiento con base en el Decreto 1919 de 2002, toda vez que dicha norma extendió a los servidores territoriales el régimen prestacional de los empleados del nivel nacional, sin incluir a los docentes, al tiempo que la prima pretendida ostenta carácter salarial, por lo que no hace parte de los beneficios extendidos, que insiste se refieren a aquellos de orden prestacional.

Adicionalmente, precisó que la sentencia T1066 de 2012, invocada en la demanda, no reconoce ni niega la prima de servicios, toda vez que tan sólo se limita a señalar que la interpretación efectuada sobre el particular por parte del Tribunal Administrativo del Quindío fue razonable y motivada, sin que signifique que es la única válida.

Por último, bajo argumentos similares, formuló los medios exceptivos que denominó: (i) inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento; (ii) cobro de lo no debido; y (iii) excepción genérica.

## **2. De la Nación – Ministerio de Educación Nacional**

La apoderada de la entidad señaló que el Ministerio de Educación Nacional no es el llamado a responder por las pretensiones de la demanda, dado que en virtud del proceso de descentralización del sector educativo, la potestad nominadora fue transferida a las entidades territoriales, que en consecuencia tienen a su cargo el reconocimiento de los derechos laborales de los docentes, incluso con cargo al situado fiscal, hoy sistema general de participaciones, algunas de ellas en representación del FONDO BNACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, creado por la Ley 91 de 1989.

Por otra parte, resalta que el Decreto 1042 de 1978, donde se consagra la prima de servicios, no resulta aplicable al personal docente, en la medida que se encuentra expresamente excluido por disposición del artículo 104 ejusdem.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) falta de causa para demandar; (iii) prescripción y (iv) genera e innominada.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio dentro de esta etapa procesal

### **IV. CONSIDERACIONES**

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, resulta procedente proferir la decisión que en derecho corresponda.

Con tal propósito y para efectos metodológicos, el Despacho procederá a establecer el problema jurídico de conformidad con las tesis expuestas por las partes, para posteriormente referirse a las excepciones propuestas, determinar el marco jurídico aplicable y examinar el caso concreto.

#### **1. PROBLEMA JURÍDICO:**

El presente asunto se contrae a examinar la legalidad de los actos acusados, en orden a establecer si como lo afirma la parte actora, los docentes demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios con base en el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, independientemente del tipo de vinculación; o si por el contrario, como lo adujo la defensa, no puede entenderse que dicho precepto haya contemplado el reconocimiento de la prestación, cuyo pago, según se dijo en los escritos de contestación, tampoco puede fundarse en el régimen general de los empleados públicos, contemplados en los Decretos 1042 de 1998 y 1919 de 2002.

#### **2. EXCEPCIONES:**

##### **2.1. Del Departamento de Boyacá:**

Como se indicó en líneas anteriores, el Departamento de Boyacá formuló los medios exceptivos que denominó: (i) excepción genérica; (ii) inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento; y (iii) cobro de lo no debido.

En lo que tiene que ver con la excepción genérica, el Despacho resalta que se estará a lo dispuesto en los artículos 180 y 187 de la Ley 1437 de 2011, donde se establece la posibilidad de declarar oficiosamente la existencia cualquier medio exceptivo que se encuentre acreditado dentro del proceso.

Ahora, las excepciones restantes constituyen fundamentos de defensa orientados a atacar el fondo del asunto, por lo que se entenderán resueltas al desarrollar el problema jurídico.

## **2.2. De la Nación Ministerio de Educación:**

La Nación Ministerio de Educación Nacional propuso las excepciones denominadas: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) falta de causa para demandar; (iii) prescripción y (iv) excepción genérica.

En este punto, ha de recordarse que en la audiencia inicial, el Despacho señaló que la excepción de falta de causa para demandar constituye una extensión de los fundamentos de defensa, que se orienta a atacar el fondo del asunto, por lo que su examen se entenderá resuelto al desarrollar el problema jurídico.

En cuanto a la excepción genérica el despacho reitera lo señalado anteriormente frente a la facultad contemplada en los artículos 180 y 187 de la Ley 1437 de 2011, donde como pudo verse, se prevé la posibilidad de declarar oficiosamente la existencia cualquier medio exceptivo que se encuentre acreditado dentro del proceso.

Por su parte, el fenómeno extintivo de la prescripción, será analizado únicamente en el evento de prosperar las pretensiones de la demanda, toda vez que para establecer si los valores reclamados se han extinguido por el paso del tiempo, se torna necesario determinar con antelación si el demandante tiene o no derecho a su reconocimiento.

Finalmente en lo que tiene que ver con la falta de legitimación en la causa por pasiva, ha de tenerse en cuenta el siguiente análisis:

Para sustentar el medio exceptivo, la apoderada del Ministerio de Educación Nacional, adujo: (i) que la entidad no es la llamada a responder frente a las pretensiones de la demanda, dado que no ostenta la condición de empleadora de la demandante, así como tampoco expidió el acto administrativo acusado; (ii) que el reconocimiento del derecho se encuentra en cabeza de las entidades territoriales, en la medida que tienen bajo su responsabilidad las cargas prestacionales de su planta de personal; (iii) que en virtud del proceso de descentralización del servicio educativo contemplado en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, corresponde a las entidades territoriales y no a la Nación, el manejo del servicio educativo y las correspondientes obligaciones salariales y; (iv) que el reconocimiento de la prima de servicios para el personal docente tan sólo vino a contemplarse en el Decreto 1545 del 19 de julio de 20013, donde se establece su pago desde el mes de junio de 2014, a cargo de las entidades territoriales.

Pues bien, el estudio de esta excepción debe abordarse desde dos perspectivas, a saber: En primer lugar, se encuentra la legitimación de hecho o procesal, que hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el trámite en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, de tal suerte que, desde esta perspectiva, la legitimación se configura con la presentación de la



demanda y la notificación del auto admisorio al sujeto pasivo del medio de control. En segundo lugar, se habla de legitimación sustancial o material, para significar la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes dentro del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda<sup>1</sup>.

Entonces, a partir de las premisas reseñadas, se advierte que en el caso de autos la legitimación de hecho está plenamente demostrada frente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, dado que fue vinculada al proceso a través del auto admisorio que le fue notificado en debida forma, tal como puede apreciarse a folios 64 a 365 y 71 del expediente.

Ahora, en lo que concierne a la legitimación material, cuyo análisis fue diferido para esta etapa procesal, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Con el fin de contribuir a la descentralización territorial, el artículo 356 originario de la Constitución Política encomendó al Legislador la tarea de fijar, a iniciativa del Ejecutivo, los servicios a cargo de la Nación, departamentos, distritos, y municipios, sin perjuicio de las previsiones contenidas sobre el particular en el ordenamiento superior.

Para efectos de atender los servicios a cargo de los entes territoriales y con el propósito de proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se indicó que la ley determinaría el Situado Fiscal, entendido como el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que sería cedido a los entes territoriales para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que les fueran asignados.

Estos recursos fueron destinados a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles señalados por la Ley, con especial atención a los niños.

Del mismo modo, se estableció que correspondería a la Ley fijar los plazos para la cesión de estos ingresos y el traslado de las correspondientes obligaciones, establecer las condiciones en que cada departamento asumiría la atención de los mencionados servicios, y autorizar a los municipios para prestarlos directamente en forma individual o asociada, prohibiéndose el traslado de responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Para dar cumplimiento a las anteriores disposiciones, se expidió la Ley 60 de 1993, por medio de la cual se dictaron normas orgánicas sobre distribución de competencias y recursos, dando inicio, entre otros aspectos, al proceso de la descentralización del servicio educativo en los departamentos, que hasta entonces tenía carácter nacional en virtud de lo establecido en la Ley 43 de 1975.

<sup>1</sup>En este sentido se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, por ejemplo, en providencia del 30 de enero de 2013, proferida por la Sección Tercera, Subsección B, con ponencia del Doctor DANILO ROJAS BETANCOURTH, dentro del proceso identificado con radicado interno 458610, así como también, en la Sentencia de fecha 17 de junio de 2014, proferida igualmente por la Sección Tercera con ponencia de la Doctora MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, dentro del proceso con radicado interno 14452.

En tal contexto, el artículo 9º de la Ley 60 de 1993, determinó que los departamentos debidamente certificados, serían los encargados de administrar los recursos cedidos por la Nación y de planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud.

En este sentido, se estipuló que los entes territoriales debían participar en la financiación y cofinanciación del servicio educativo estatal, asumiendo las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del Situado Fiscal destinados para su prestación.

De igual modo, según lo prescrito en el artículo 3º de la normativa en comento, los entes departamentales quedaron encargados de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del Situado Fiscal, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrían carácter departamental.

Entre tanto, conforme al artículo 5º a la Nación le correspondió, en relación con las materias de carácter social, dentro de las cuales se encuentra el servicio de educación, la formulación de políticas y objetivos de desarrollo, la asistencia técnica y administrativa a las entidades territoriales y la distribución del situado fiscal, entre otros aspectos.

Posteriormente, en los artículos 173, 174 y 175 de la Ley 115 de 1994, se señalaron algunas directrices con relación a la financiación de la educación y el régimen salarial y prestacional del personal de los docentes, determinado que el servicio sería financiado con recursos del situado fiscal, así como con los aportes de los entes territoriales y los demás que estableciera la Ley.

De lo expuesto hasta el momento se concluye que la Nación quedó encargada de transferir los recursos del situado fiscal para que las entidades territoriales pudiesen prestar y administrar el servicio educativo, mientras que los departamentos asumieron la obligación de pago, con cargo a dichos recursos, e incluso con sus propios aportes, según el caso, tanto así que las plantas de personal adquirieron condición departamental, por lo que el poder de nominación quedó radicado en este orden descentralizado.

Posteriormente, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2001, mediante el cual se creó el Sistema General de Participaciones para los departamentos, distritos y municipios, con el fin de atender los servicios que se encontraban a cargo de tales entidades. En esta normativa se estipuló que el Sistema General de Participaciones tendría como base inicial: (i) el monto de los recursos que la Nación transfería a las entidades territoriales por concepto de situado fiscal; (ii) la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y, (iii) las transferencias complementarias al situado fiscal para educación.

Para desarrollar los postulados consagrados en este acto legislativo, se expidió la Ley 715 de 2001, que entró a regir el 21 de diciembre del mismo año, mediante la cual se derogaron las disposiciones contenidas en la Ley 60 de 1993, descentralizando el servicio de la educación no sólo en los departamentos y distritos como se había hecho anteriormente, sino que también lo hizo en cabeza de los municipios que obtuvieran la respectiva certificación para el efecto.

En este nuevo contexto, la Nación conservó la competencia para fijar políticas en materia educativa, así como para distribuir los dineros del sistema general de participaciones para la prestación del servicio, tal como lo establece el artículo 5º de la precitada normativa.

Por su parte, los artículos 7º y 6º, ibídem, contemplaron que los entes territoriales certificados, serían los encargados de administrar y distribuir los recursos provenientes del sistema general de participaciones, para financiar, en conjunto con los aportes propios, la prestación del servicio educativo a cargo del Estado, conforme a los criterios fijados por la Ley.

Para la prestación del servicio educativo, el artículo 34, en concordancia con lo señalado en el artículo 37, señaló que los servidores docentes debían ser incorporados a las plantas de personal organizadas por las entidades territoriales, de tal suerte que estas adquirieron poder de nominación sobre tales servidores.

De esta manera, se advierte claramente que los entes territoriales, con poder de nominación, son los encargados de administrar y prestar el servicio educativo estatal, actividad que lógicamente incluye el pago de los docentes, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones transferidos por la Nación, e incluso con sus propios aportes de acuerdo a la Ley, sin que en todo caso pueda alegarse la falta de legitimación en la causa del Ministerio de Educación, que de todos modos debe hacer parte del extremo pasivo de la litis, dada su obligación de transferir los recursos necesarios para asumir el eventual pago que podría derivarse de la condena, por lo que en este sentido tampoco está llamada a prosperar la excepción que en consecuencia se declarará no probada.

### **3. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL.**

Para desatar la cuestión litigiosa, el Despacho procederá a abordar el estudio de los siguientes temas: a) Naturaleza y campo de aplicación de la Prima de Servicios; b) Régimen de competencias en materia salarial y prestacional de los servidores públicos. c) Campo de aplicación.; d) Desarrollo normativo, jurisprudencial y de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional; e) Régimen salarial y prestacional de los docentes. f) Evolución y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, sobre el reconocimiento y pago de la prima de servicios en el caso de los docentes y; g) Caso concreto.

### 3.1. Naturaleza y campo de aplicación de la Prima de Servicios.

Relevante resulta precisar en primer término, la naturaleza jurídica de la prima de servicios, que tanto la legislación laboral como la jurisprudencia y la doctrina han establecido, esto es, si es de estirpe salarial o prestacional; lo cual se torna necesario debido a que tales nociones – salario y prestación social-, difieren no sólo, en sus características y contenido, sino también en las fuentes de regulación y régimen de competencias. Veamos:

En cuanto al salario se ha entendido de manera general que es todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No.1393 del 18 de julio de 2002, expuso: "**El salario** "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador.... En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

Así las cosas, el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que tenga como propósito la contraprestación directa del servicio, de manera periódica, tiene naturaleza salarial.

En relación con el concepto de prestación social, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 12 de febrero de 1993, sostuvo:

*"La prestación social, al igual que el salario nace indudablemente de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador, pero a diferencia de aquél, - y en esto quizá estriba la distinción esencial entre ambos conceptos - no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más bien cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, etc., y la muerte, con la natural secuela de desamparo para el propio trabajador y para aquellos que dependen de su capacidad productiva (...)"*

Conforme a lo anterior, se tiene que las prestaciones sociales, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales

se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

Precisamente, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación número: 2008-00282-01(0273-11), destaca como diferencias entre salario y prestación social las siguientes:

- a. La prestación social no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que cubre los riesgos, infortunios o necesidades a que se puede ver enfrentado.
- b. Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, contrario sensu, el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo o subjetivo o ambos.
- c. Cuando se habla del factor objetivo se hace referencia a que el salario se instituye dependiendo de criterios de responsabilidad y/o complejidad del cargo o empleo, y subjetivo cuando para establecerlo se atienden circunstancias tales como la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

### **3.2. Régimen de competencias en materia salarial y prestacional de los servidores públicos.-**

Ahora bien, el régimen prestacional, según la Constitución Política de 1.886 – reiterado en el Acto Legislativo No. 01 de 1.968- sólo puede ser fijado por el Congreso de la República o por el Presidente, en ejercicio de facultades extraordinarias. Con la Constitución de 1991, dicha atribución quedó en manos del Gobierno Nacional, quien debe actuar con sujeción a la ley marco que para el efecto expida el Congreso. De suerte, pues, que las autoridades seccionales o locales no están facultadas para establecerlas.

Por su parte, sobre la competencia para regular el régimen salarial, desde la reforma constitucional de 1968, se establece una competencia compartida y concurrente. En el año 1968 se profirió el Acto Legislativo No. 1 de 1968, modificadorio de la Constitución Política de 1886, estableciendo que el único órgano competente para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos es el Congreso, quien quedaba facultado para revestir pro tempore al Presidente de la República con precisas facultades extraordinarias para regular esta materia, a su vez, introdujo el concepto de escalas de remuneración, que debían ser establecidas por el Presidente de la República para el nivel Nacional, por las Asambleas para la Administración Departamental y por los Concejos en el orden Municipal.

Con la entrada en vigencia de la actual Carta Magna, se continuó con estos mismos lineamientos, atribuyendo a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales la facultad de establecer las escalas de remuneración dentro de los lineamientos generales fijados en la Ley, esto es: nivel, grado y remuneración básica. En efecto, la Constitución Política de 1991, determinó en el artículo 150, numeral 19<sup>2</sup>, que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce la función de dictar las normas generales, y, señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar, entre otros, el régimen salarial de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública. Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la Ley 4ª de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen salarial, entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, al tenor del artículo 12 de la citada Ley<sup>3</sup>. Finalmente la atribución constitucional otorgada a las Corporaciones administrativas en los artículos 300.7 y 313.6 superiores para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden seccional y local el cual comprende únicamente la facultad de establecer en forma numérica y sistemática, tablas salariales por grados en las que se consignan la asignación o remuneración básica mensual teniendo en cuenta la clasificación y niveles de los diferentes empleos, esto es, dentro del marco de las disposiciones legales que sobre la materia expidió el Congreso de la República, Ley 4ª de 1992.

Concomitante con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-173/09, sobre el tema de competencia compartida a la luz de la Constitución Política para determinar el régimen salarial de los empleados ha señalado que concurre una *"fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario (Art. 1º C.P.) y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales, la cual se proyecta en la definición de la escala salarial de los empleos que ejercen los servidores públicos adscritos a ellas. De acuerdo con esta fórmula, es al Congreso al que le corresponde proferir una ley marco que determine el régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, a partir de la cual el Gobierno Nacional determinará los aspectos particulares y concretos de*

<sup>2</sup> "ART. 150. —Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...).19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:(...);e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública."

<sup>3</sup> "ART. 3º—El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

( ... )

ART. 10.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos"

ART. 12.- (...)PAR.—El gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional"

*dicho régimen. Estos presupuestos normativos sirven de marco legal para que los órganos de representación popular de las entidades territoriales, ejerzan la competencia constitucional de definir las escalas salariales de los empleos correspondientes. A este respecto debe resaltarse que el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales no tiene carácter absoluto, sino que por expreso mandato superior, la gestión de sus intereses se ejerce dentro de los límites de la Constitución y la ley (Art. 287 C.P.)."*

### **3.1. Regulación y naturaleza de la prima de servicios.**

Bajo la égida conceptual y normativa reseñada en materia **salarial**, fue expedido el Decreto 1042 de 1.978 *"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"*, esto es al amparo de la Constitución anterior en su versión posterior a la reforma de 1.968. El artículo 1º la Ley 5 de 1978 otorgó facultades extraordinarias al Presidente para fijar, con efectividad al 1º de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales. Por consiguiente es claro que el Decreto citado fue expedido dentro del marco de competencias y fines de regulación del régimen salarial.

Así, dentro del contenido del Decreto en cita, encontramos la noción de salario y los factores que lo constituyen. El artículo 42 ibídem establece que 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 y se menciona en el literal f) como factor salarial la prima de servicios.

En lo concerniente a la prima anual de servicios, el artículo 58 ibídem, consagra su reconocimiento en los siguientes términos:

*"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."*

**NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.**

Así las cosas resulta palmario que la prima de servicios, está contemplada dentro del ordenamiento laboral vigente como factor salarial, por lo que su régimen a aplicar teniendo en cuenta su **esencia y fines** corresponde al régimen salarial, regulado en el Decreto 1042 de 1.978, y el Decreto

451 de 1.984, tal como de manera actual y reiterativa se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado<sup>4</sup>.

Por ejemplo, cobra especial importancia la decisión del Consejo de Estado, contenido en sentencia veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación número: 08001-23-31-000-2001-00881- 01(0730-07), mediante la cual además de ratificar el contenido eminentemente salarial de la prima de servicios, con fundamento en tal premisa, establece que el artículo 58 del Decreto 1042 de 1.978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1º del Decreto 1919 de 2.002 – que hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional para 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<sup>5</sup>, dado que dicha acreencia tiene una connotación salarial y no prestacional.

### **3.4. Campo de aplicación. Desarrollo normativo, jurisprudencial y de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.-**

Una vez definido el contenido y la naturaleza de la prima de servicios, como acreencias laborales propia del régimen salarial, consignado así dentro del ordenamiento legal colombiano y jurisprudencia, imprescindible resulta establecer a esta altura de la motivación los beneficiarios titulares de dicho derecho, de conformidad con la leyes que la desarrollan Decretos 1042 de 1.978 y 451 de 1.984, y sentencia de constitucionalidad C-402 de 2.013 emitida por la Corte Constitucional, en tal sentido.

---

<sup>4</sup> Ver entre otras sentencias: CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA, sentencia veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación número: 08001-23-31-000-2001-00881- 01(0730-07); sentencia dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación número: 70001-23-31-000-2002-01736-02(176908); sentencia treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación: No. 680012315000200002037 01 (2118-2008). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor GUILLERMO VARGAS AYALA, dentro del proceso con radicación No. 11001 0315 000 2013 02125 01.

<sup>5</sup> "Artículo 1º. - 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.



Conforme se dijo anteriormente, el Decreto 1042 de 1.978 fue expedido en razón de la facultades para el ejercicio de la actividad legislativa otorgadas al Gobierno por la Ley 5 de 1.978, cuyo artículo 1º consagró:

*"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;*

*(...)" Resaltado y subrayado fuera del texto original.*

A su vez, en la parte motiva como en el artículo 1º del citado decreto consigna que a través del mismo se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y se fijan escalas de remuneración de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales **del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.**

De igual forma los artículos 45 y 58 del plurimemorado decreto consagra que tiene derecho a la prima de servicios, **los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto, por lo que se debe hacer remisión al artículo 1º anteriormente referido.**

Finalmente, en su artículo 104, consagra las excepciones de su aplicación, en los siguientes términos:

*"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 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-566-97 del 6 de noviembre de 1997, Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).* Resaltado y subrayado fuera del texto original.

De esta reseña normativa, considera el Despacho que el texto de la norma es claro y reiterativo en el sentido de establecer que los titulares de los derechos salariales allí consignados, dentro de los cuales se encuentra la prima de servicios, corresponde o rige para los empleados públicos que desempeñan 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, dentro de las cuales se enlista al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.**

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Radicación

número: 11001-03-06-000-2009-00038-00 (1956) de diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009) de manera preliminar, sobre el campo de aplicación del Decreto 1042 de 1.978, ya había determinado que encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales elementos; por cuanto corresponde a las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico como fundamento para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"*, lo que hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste sería nulo. Agrega que la incompatibilidad entre la norma jurídica inferior y las disposiciones constitucionales debe ser palmaria, evidente, protuberante, flagrante, ya que en caso contrario, es decir, si el precepto genera dudas o discusión, o supone un razonamiento plausible sobre su constitucionalidad, *"no hay más remedio que aplicar la norma inferior, aunque se muestre contraria a los fundamentos del orden jurídico, a la espera de que el juez constitucional decida"*<sup>6</sup> en los términos del artículo 241 de la C. P.

Como bien lo había anunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C- 402 de 3 de Julio de 2.013, con efectos *"erga omnes"*, vino a zanjar cualquier discusión referente al campo de aplicación del Decreto 1042 de 1978 a otros regímenes laborales, declarando exequibles las expresiones contenidas entre otros artículos los siguientes: *"del orden nacional"*, contenida en el artículo 1º *"Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto"*, contenida en los artículos 45 y 58. Por su importancia al caso bajo examen, procederá en Despacho a citar in extenso los argumentos principales que sobre el particular el máximo Tribunal Constitucional dispuso:

***"La aplicación del principio de concurrencia en la determinación del régimen salarial de los servidores de la Rama Ejecutiva en el orden territorial. Reiteración de jurisprudencia (...)"***

8. (...) frente al régimen salarial de los servidores de Rama Ejecutiva en el nivel territorial, opera un mecanismo de armonización entre el principio del Estado unitario, que se expresa en la potestad del Congreso de prever objetivos y criterios generales y del Gobierno de prescribir la regulación particular, y el grado de autonomía de las entidades territoriales, que comprende la facultad para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos correspondientes, en concordancia con el marco y topes previstos en la ley. Esta articulación responde, por ende, a un modelo jerárquico en el que las normas de raigambre legal, así como las de origen gubernamental, operan como marco de referencia para el ejercicio de la competencia que en materia de régimen salarial tienen los entes locales y respecto de sus servidores públicos. Esto, por supuesto, sin que esas normas de superior jerarquía estén constitucionalmente habilitadas

<sup>6</sup> Corte Constitucional sentencia T-556 del 6 de octubre 1998, reiterada en la sentencia C – 600 de ese mismo año.

para regular en su integridad el asunto, desconociendo con ello el mencionado grado de autonomía.

(...)

9. En conclusión, el precedente analizado está unívocamente dirigido a prever una fórmula de articulación concurrente entre las competencias analizadas, lo que a su vez permite inferir que la Constitución impide que se concreten dos extremos: bien la regulación integral y específica del régimen salarial de los servidores públicos por parte del Congreso y el Gobierno, o bien la soberanía de las entidades territoriales para definir el régimen salarial de sus servidores públicos, con ausencia de todo marco o límite fundado en normas jurídicas de superior jerarquía.

(...)

**Improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles**

(...)

**11. En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial.**

Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313/03, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278/02 – Estatuto de Profesionalización Docente para el caso de determinados trabajadores, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior.

En esa oportunidad, la Sala recopiló el precedente aplicable al asunto objeto de estudio y planteó los siguientes argumentos que, por su importancia en la demanda de la referencia, la Corte considera pertinente transcribir (...):

(...)Así, como lo ha señalado igualmente la Corporación, desde antiguo existen en el sector público, distintos estatutos especiales que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, que presentan en cada caso características peculiares y un sistema de auxilios y reconocimientos particulares<sup>7</sup>.

Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

(...)En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

(...)”

12. A partir de las consideraciones siguientes, se tiene que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende,

<sup>7</sup> Sentencia C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

*no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.*

*(...) Por ende, para que un juicio de igualdad en el escenario planteado sea posible, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto y que, a su vez, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de los presupuestos para la conformación del tertium comparationis, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.*

*(...)"*. Resaltado fuera del texto original.

Ahora bien, el máximo Tribunal Constitucional expuso en el acápite denominado de la solución al cargo propuesto, las conclusiones, las cuales en conjunto con la parte antes citada de la ratio decidendi, constituyen las reglas a tener en cuenta dentro del postulado de cosa juzgada constitucional. Sobre el particular dispuso:

#### **"Solución del cargo propuesto**

*Para la Corte, el precedente analizado demuestra que esta conclusión se basa en una lectura apenas gramatical de la norma constitucional, desarticulada de otros preceptos cuya interpretación sistemática fundamenta la fórmula de armonización entre el Estado unitario y el grado de autonomía de las entidades territoriales, aplicable a la determinación del régimen salarial de los servidores adscritos a dichos entes locales.*

*14. 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.*

*14.1. 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.*

*14.2. 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 1º previó lo siguiente: "Artículo 1º. 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; (...)” (Subrayas no originales).

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.

15. 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 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.”

**En este punto, es preciso recordar los efectos y características de las sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional.-**

En efecto, de cardinal importancia resulta cumplir forzosamente, con la aplicación de las reglas contenidas y lo resuelto en la decisión de constitucionalidad analizada, pues al tenor de la Constitución Política, la ley y jurisprudencia los fallos de constitucionalidad que profiera la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen efectos erga omnes, es decir que surte efectos respecto de todas las personas, por lo que son de obligatorio cumplimiento. Veamos:

Conforme al artículo 241 de la Carta Política la Corte Constitucional tiene como función entre otras las de:

***“5 Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación”.*** Negrilla fuera de texto

Por su parte, el artículo 243 de la Constitución estatuye que:

***“Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. (...)”***

En cuanto a las repercusiones de este artículo en los fallos de constitucionalidad, el Máximo Tribunal Constitucional explico que:

"En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada "cosa juzgada constitucional", en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características:

- Tienen efecto erga omnes y no simplemente inter partes.
- Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto."<sup>8</sup>

Más adelante la Corte Constitucional señala:

**"En lo que toca a los fallos en el control abstracto de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Además, por mandato expreso del artículo 243 Superior, los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad. En cuanto a la parte motiva de estas sentencias, en la medida en que la ratio decidendi contiene la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas"**<sup>9</sup>. Negrilla fuera de texto

Lo anterior se encuentra respaldado de igual forma con sentencia proferida el quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor **GUILLERMO VARGAS AYALA**, dentro del proceso con radicación No. 11001 0315 000 **2013 02125 01**, en la cual se analizó el tema relacionado con el precedente judicial de la Corte Constitucional, concretamente el alcance de la sentencia C-402 de 2013. Sobre el particular expuso:

"En el caso concreto la parte demandante invoca como vulnerado el precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013. En esta sentencia se examinó, entre otras, la constitucionalidad de la consagración de un régimen legal salarial específico o privativo para los funcionarios de la rama ejecutiva del nivel nacional, no aplicable a los de los niveles territoriales. **Al evacuar este cargo dicha Corporación concluyó que en materia laboral es factible y legítimo que existan diferentes regímenes en razón a la diversidad que se presenta frente a la naturaleza y modalidad de la relación de trabajo o a los tipos de entidades (nacionales, departamentales, distritales, municipales), entre otras, sin que por eso se viole el principio de igualdad**Lo anterior por cuanto no se trata de situaciones idénticas sino que por el contrario comportan una naturaleza muy propia y con características diferentes, lo que a juicio de la Corte no permite que se realice un estudio de violación de la igualdad.

(...)

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Auto 175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

"Adicionalmente, en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional hizo énfasis en **la diferencia que existe entre el régimen jurídico constitucional de las prestaciones sociales y del salario;** (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, la existencia de una diferenciación de los regímenes prestacionales y salariales de los trabajadores de los distintos niveles no solo es una distinción que tiene origen y un sólido sustento constitucional, sino que además constituye una decisión que en virtud de lo reconocido por el artículo 243 de la Carta y de lo resuelto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-402 de 2013 **ostenta el valor de cosa juzgada constitucional.**

(...)

Adicionalmente debe tenerse en cuenta la prohibición terminante contenida en el inciso 2º del artículo 243 de la Constitución, de acuerdo con la cual "[n]inguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución"; precepto del cual no solo se deriva la obligación de acatar los fallos de inexecutable en los términos allí descritos, sino también, en sentido contrario, de aquellos que declaran ajustadas a la Ley Fundamental las normas examinadas.

(...)

De lo anterior se colige que cuando la Corte Constitucional ha proferido una decisión acerca de la exequibilidad de una norma, esta decisión hace tránsito a cosa juzgada, la cual debe ser respetada en todo momento y bajo ninguna circunstancia puede un operador judicial adoptar una decisión que la contraría, todo con el fin de proveer de seguridad las relaciones jurídicas. (...)"

Finalmente, a manera de conclusión señaló:

"(...) el desconocimiento de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013 **surge de hacer extensivo un factor salarial consagrado para empleados del orden nacional a los de los niveles territoriales cuando la Ley no lo previó así**, por cuanto, como ya se anotó, la Corte avaló la existencia de una diferenciación de los beneficios reconocidos en los regímenes y estimó no solo que con ello no se vulnera el principio de igualdad, sino que además dejó sentado que de ese modo se desarrolla de forma adecuada las diferencias que la propia Constitución prevé en materia de régimen salarial y prestacional entre funcionarios del nivel nacional y territorial. (Negrilla fuera de texto)

### 3.5. Régimen salarial y prestacional de los docentes.-

- Mediante la ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías y se la definió como un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos ocasionados por dicho servicio que sufragaban las entidades territoriales pasaron a ser cubierto por la Nación en los términos que fijó la ley.

Así, se estableció que las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que habrían de nacionalizarse y que se hubieren causado hasta ese momento, serían de cargo de las entidades a que pertenecían o de las respectivas Cajas de Previsión (art. 2o).

- Por medio del decreto 2277 de 1979 se expidieron normas sobre el ejercicio de la profesión docente y se adoptó 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"*.

- Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el "Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Para los efectos de la ley se adoptaron las siguientes definiciones: Personal nacional: los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Personal nacionalizado: los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1o. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. Personal territorial: los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1o. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

En el artículo 15 señaló que a partir de la vigencia de la ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o. de enero de 1990, se regirá por las siguientes disposiciones:

***"1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.***

***Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. 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, 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 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"***. Negrilla fuera de texto

- Mediante la Ley 60 de 1993, se fijaron los servicios y competencias en materia social a cargo de las entidades territoriales y la Nación y se distribuyeron recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política. En el artículo 6o. que regula lo relacionado con "administración de Personal", dispuso lo siguiente:

***"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 será el reconocido por la Ley 91 de 1989, (...) "....***



**"El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán el carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto Ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992".** Negrilla fuera de texto.

- La Ley 115 de 1994 por la cual se expidió "La Ley General de la Educación", en el capítulo 3o. que regula la "Carrera Docente", el artículo 115 señala:

*"Régimen de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. **El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.***

(...)"

En el artículo 175 regula lo relacionado con el pago de salarios de la educación, así:

"(...)

**"Parágrafo. El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto Ley 2277 de 1979, la Ley 4a. de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adicionen".** Negrilla fuera de texto.

- El Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, esto es, la ley 812 de 2003, en su artículo 81 definió el régimen prestacional de los docentes según se hubieran vinculado al servicio público educativo antes o después de entrar en vigencia dicha ley, en tal sentido dispuso: Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha, es decir la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

De la reseña normativa precedente se puede concluir lo siguiente:

- a. Los docentes estatales son servidores públicos que prestan sus servicios en entidades oficiales, sometidos a un estatuto legal propio, o estatuto docente – Decreto Ley 2277 de 1.979-, reciben el nombre de empleados oficiales con régimen especial. Arts. 1 Decreto 2277 de 1.979 y 115 de la Ley 115 de 1.994, concordante con la Ley 60 de 1.993.
- b. Haciendo un análisis sistemático interpretativo del inciso primero del artículo 6º de la Ley 60 de 1.993 e inciso primero del artículo 115 de la Ley 115 de 1.994, la Ley 91 de 1989, regula entre otros aspectos, el relacionado con el **régimen prestacional del personal docente**, y contiene las siguientes reglas:

- Para el personal que venía vinculado con anterioridad a la expedición de la ley, esto es, al 29 de diciembre de 1989, conserva el régimen prestacional que venían gozando en la respectiva entidad territorial.
  - Para los vinculados a partir del 1o. de enero de 1990, las prestaciones económicas y sociales se rigen "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 dicha ley.
- Corolario a lo anterior, el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional, está previsto en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.
- c. De conformidad con la Ley 60 de 1.993, en materia prestacional el régimen aplicable es el reconocido en la ley 91 de 1989. Al personal de vinculación departamental, distrital o municipal se le respeta el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.
  - d. Haciendo un análisis interpretativo sistemático del inciso sexto del artículo 6° de la Ley 60 de 1.993 y del parágrafo del artículo 175 de la Ley 115 de 1.994, el régimen salarial, esto es, el régimen de remuneración y escalas salariales del personal docente de los órdenes departamental, distrital o municipal se rige por el Decreto 2277 de 1.979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen, a su vez, sus reajustes salariales son los definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992.

Lo antes expuesto tiene sustento, de igual forma en precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en las cuales concluye, entre otros ítems lo siguiente:

*"5. La ley 60 de 1993, mantuvo las reglas contenidas en la ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, a las plantas departamentales y distritales, en los siguientes términos:*

*- En materia prestacional el régimen aplicable es el reconocido en la ley 91 de 1989, es decir el previsto para los empleados públicos del orden nacional.*

*- El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, a quienes se les da el "carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal", se rige por el decreto 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Sus reajustes salariales son los definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992.*

*(...)6.1. El régimen de remuneración y las escalas salariales, es el señalado para los servidores públicos del orden nacional y sus reajustes salariales los definidos en la ley 4a. de 1992.*

*(...)- El régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional, está previsto en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.*

**(...)” (CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) Radicación número: 760).**

"1. Los docentes municipales son servidores públicos, con régimen especial de empleados públicos, pertenecientes al orden municipal.

(...)

5. El régimen jurídico vigente y obligatorio de prestaciones sociales para los docentes estatales, que incluye no solamente al personal nacional y nacionalizado sino también al personal territorial, es el establecido en la Ley 91 de 1989.

(....)" **(CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996) Radicación número: 820).**

### **3.6. La prima de servicios, en el caso de los docentes. Evolución Jurisprudencial del Consejo de Estado.-**

Según expone la parte actora en el líbello demandatorio, la entidad accionada niega el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal de servicios, a que tiene derecho por laborar (o haber laborado) como docente en los términos de la Ley 91 de 1.989, Decreto 1042 de 1.978.

Sobre el particular recuerda el Despacho que de conformidad con el parágrafo 2º de la Ley 91 de 1.989, el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, y, la Ley 91 de 1989, alude a las primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

Como se observa de manera detallada, la norma en comento hace simplemente mención a la prima de servicios; en parte alguna se está creando ya como prestación social, ya como factor salarial, pues no aparece regulado requisitos, monto, etc., como tampoco remisión expresa a otro régimen laboral salarial para su aplicación.

La Corte Constitucional en sentencia C-506/06 de seis (6) de julio de dos mil seis (2006), declara la exequibilidad de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1.989, por el cargo de violación del principio de unidad de materia. En el citado fallo acude a la integración excepcional de la proposición jurídica completa que permitiera la comprensión integral del régimen prestacional de los docentes, así entre otros artículos analizó en su integridad el artículo 15 de dicha norma. Sobre este aspecto en particular señala:

"(...)

*El artículo 15, acusado, indica las disposiciones por las cuales se regirán los docentes nacionales y nacionalizados y quienes se vinculen con posterioridad al 1 de enero de 1990, a partir de la vigencia de la presente ley. (...) Los parágrafos 1 y 2, refieren a que el Fondo cuando su situación financiera lo permita podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes y que dicho Fondo no pagará algunas prestaciones que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del*

**personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989.**  
(...)

*Ahora bien. El artículo 15, alude a las disposiciones que regirán las prestaciones sociales a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y quienes se vinculen con posterioridad al 1 de enero de 1990.” Resaltado fuera del texto original.*

De conformidad con el fallo de constitucionalidad, reafirma la tesis expuesta por este Despacho en el entendido que el artículo 15 de la Ley 91 de 1.989, alude al régimen prestacional del personal docente que se aplicará antes y después de la entrada en vigencia de la citada norma.

Adicionalmente, del estudio adelantado por el máximo Tribunal Constitucional, respecto del párrafo segundo del artículo 15 referido, tampoco hace alusión alguna de la creación de la prima legal o de servicios, menos aún trata de su monto, requisitos para acceder a ella, o remisión a otro régimen laboral salarial, pues de su tenor literal, no es posible llegar a tal deducción.

Ratifica lo dicho la **sentencia de constitucionalidad C- 402 de 2.003**, antes estudiada, en primer término la Corte Constitucional ha establecido la improcedencia general del juicio de igualdad entre prestaciones de diferentes regímenes laborales, dado que el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, por lo que no resulta posible establecer entonces, en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior, **y las prestaciones incluidas en cada régimen, se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado.** A su vez, añade la Corte, que uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que hace imposible promover un juicio de igualdad en ese escenario.

En segundo término, dispone la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad, que desde el punto de vista formal, resulta abiertamente inconstitucional, **exigir que el Decreto 1042 de 1.978 tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, pues configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada,** pues 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 de las entidades territoriales,** pues vaciaría de contenido

las competencias de las mismas, 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 entidades locales.

Como se viene explicando las reglas contenidas o ratio decidendi y lo resuelto en la decisión de constitucionalidad citada, al tenor de los artículos 241 y 243 de Constitución Política, hace tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen efectos erga omnes, es decir que surte efectos respecto de todas las personas, por lo que son de obligatorio cumplimiento, y según lo establece el máximo Tribunal Constitucional<sup>10</sup> debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas, argumento que ha sido resaltado igualmente por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia proferida el quince (15) de mayo de dos mil catorce (2.014), Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor GUILLERMO VARGAS AYALA, dentro del proceso con radicación No. 1101031500020130212501, en la cual señala la importancia de acatar la sentencia de constitucionalidad C – 402 de 2013 emitida por la Corte Constitucional.

De contera, tampoco es viable la aplicación del régimen salarial contenido en el Decreto 1042 de 1.978 al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva por expresa disposición legal contenida en las citadas normas, artículo 104 del Decreto 1042 de 1.978, por medio de las cuales los exceptúa de la aplicación de dicho régimen.

Este asunto ha sido objeto de **desarrollo Jurisprudencial por parte del Consejo de Estado.**

A esta altura de la motivación, útil resulta ilustrar que ha existido diversidad de criterios en el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre el asunto bajo examen. Sobre la prima legal o de servicios se han identificado dos posturas. Veamos:

De manera preliminar se destaca que las dos tesis a las que se hará referencia corresponden al estudio y resolución de casos análogos, esto es, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos emitidos por la Administración del Municipio de Floridablanca por medio de los cuales niega a docentes vinculados el reconocimiento y pago de la Prima Especial de Servicios de los años 1.998 a 2.001.

- La primera tesis, por medio del cual no se reconoce la prima de servicios al personal docente, con fundamento a que resulta manifiestamente improcedente simplemente porque esta prestación está por fuera de la ley y no comporta un derecho adquirido. La Sección Segunda, Subsecciones A y B, del Consejo de Estado con

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Auto 175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

fecha 15 de junio de 2011<sup>11</sup> y reiterado el 7 de diciembre de 2011<sup>12</sup>, manifestaron entre otros aspectos lo siguiente:

*" Las normas transcritas establecen que el régimen docente previsto por las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no prevén el reconocimiento de la prima de servicios para los educadores que tienen el carácter de nacionales o nacionalizados, de acuerdo a lo establecido por la Ley 91 de 1989.*

*(....)*

*Como ya se indicó en materia de prestaciones, los empleados públicos docentes, vinculados por una entidad territorial territorialiales sólo son beneficiarios de aquellas prestaciones que el legislador haya deferido en su favor.*

*(...)*

*En consecuencia, esta Corporación no puede ordenar el reconocimiento de la prima de servicio porque, no existe un soporte normativo válido que la soporte y, por supuesto, esta clase de prestaciones no puede ser objeto de homologación con respecto a la demás planta de personal de empleados de otra índole laboral ni puede reconocerse con base en lo devengado por otros docentes en aplicación del principio de igualdad (artículo 13 de la Carta Política) como lo pretende la demandante.*

*(...)*

*En suma, las pretensiones de la demanda deben ser denegadas porque a la demandante no se le puede reconocer un emolumento que no está previsto dentro de su régimen prestacional o salarial."*

- La segunda tesis, por medio del cual se reconoce la prima de servicios al personal docente, con fundamento a que los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1990, quedaron comprendidos dentro las regulaciones de carácter salarial y prestacional de los demás servidores públicos, por lo que en lo que tiene que ver con la prima de servicios, ha de remitirse al artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, fue emitida por la Sección Segunda, Subsecciones A, del Consejo de Estado con fecha 22 de marzo de 2012<sup>13</sup>.

En igual sentido, se pronunció el Honorable Tribunal Administrativo del Quindío<sup>14</sup>, mediante providencia del 27 de octubre de 2011,

<sup>11</sup> Radicación No 68001-23-15-000-2001-02569-01 (0550-07), Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

<sup>12</sup> Radicación No 68001-23-15-000-2001-02579-01 (2200-07), Magistrado Ponente DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

<sup>13</sup> Radicación No68001-23-31-000-2001-02589-01(2483-10), Magistrado Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

<sup>14</sup> Sentencia del 27 de Octubre de 2011 - Tribunal Administrativo del Quindío Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez - Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho - Demandante: NIDIA RODRIGUEZ - Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA – Radicación: 63-001-3331-004-2009-00105-01. Allí se expuso:

*"El parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, regula la prima de servicios como un derecho a favor de los docentes nacionales y nacionalizados, cuyo reconocimiento y pago estará a cargo de la Nación como entidad nominadora:*

*...(...)*

*Se observa claramente en la norma transcrita, la intención del legislador de reconocer el derecho a la prima de servicios al personal docente nacional o nacionalizado de las instituciones educativas estatales.*

*...(...)*

*No obstante lo anterior, es menester precisar que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 sólo hace referencia al personal docente nacional o nacionalizado, lo cual en un principio permite inferir que éstos son los únicos beneficiarios de la prima de servicios, dejando de lado a los docentes territoriales.*

proferida con ponencia del magistrado doctor Rigoberto Reyes Gómez, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 63-001-3331-004-2009-00105-01, en la cual también se explicó la procedencia de la prima del servicios con base en las disposiciones del régimen docente aplicando el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, agregando que conforme al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el legislador buscó la igualdad en materia salarial y prestacional para los educadores de los niveles nacional y territorial. En esta decisión, al igual que ocurrió en el caso conocido por el Honorable Consejo de Estado, se accedió al reconocimiento del derecho solicitado por una docente vinculada, esta vez, al Municipio de Armenia.

Es de anotar, que dicho municipio interpuso acción de tutela en contra de 46 sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante las cuales la corporación reconoció la prima de servicios a docentes vinculados con el ente territorial bajo los argumentos expuestos anteriormente. En sede de revisión, la Corte Constitucional a través de sentencia T-1066 de 2012<sup>15</sup>, invocada en la demanda, examinó los planteamientos formulados por el tribunal, encontrando

La Ley 91 de 1989 en su artículo 1º definió las condiciones en que se encontraban los docentes, ya sea nacional, nacionalizado o territorial de la siguiente manera:

...(...)

Esta definición realizada por el legislador a través de la Ley 91 de 1989, se presentó cuando aún la entidad nominadora era la Nación, sin embargo con posterioridad se profirió la Ley 60 de 1993, por medio de la cual la entidad nominadora pasó a ser la respectiva entidad territorial, en virtud de la descentralización administrativa, situación que continuó con la Ley 715 de 2001 la cual derogó la Ley 60 de 1993, y que igualmente había sido contemplada en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994 "por la cual se expide la ley general de educación".

Ahora bien, la Ley 812 de 2003 "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario." Se refirió al régimen prestacional de los docentes oficiales de la siguiente manera:

...(...)

En este orden de ideas, es claro entonces que la prima de servicios debe ser reconocida no solo a los docentes nacionales y nacionalizados, sino también a los territoriales, en aras de garantizar el derecho a la igualdad, de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 1993. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la parte demandante prestó sus servicios como docente en el Municipio de Armenia, es procedente reconocerle la prima de servicios, por estar este concepto contemplado dentro del régimen docente, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, concepto que deberá ser reconocido por el Municipio de Armenia por ser la entidad nominadora, en virtud de la descentralización administrativa docente, de conformidad con las Leyes 115 de 1994 y 715 de 2001, y se liquidará proporcional al tiempo de servicios cumplidos en cada año, de conformidad con el artículo 60 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 7 del Decreto 31 de 1997<sup>14</sup> y artículo 6 del Decreto 600 de 2007<sup>14</sup> "Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan disposiciones".

<sup>15</sup> En sentencia T-1066 del 6 de diciembre de 2012 la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional sostuvo:

"De esta manera, observa la Sala que la interpretación efectuada por el Tribunal accionado del párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, como una disposición con un contenido prestacional y como base textual para el reconocimiento de la prima de servicios a docentes oficiales, no resulta irrazonable, caprichosa, ni arbitraria y no debe dar lugar a la configuración de un defecto sustantivo, como causal específica que lleve a invalidar las decisiones del Tribunal accionado.

Tanto no es irrazonable, caprichosa, ni arbitraria la interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 hecha por el Tribunal Administrativo del Quindío, que el propio Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha efectuado el mismo tipo de análisis. Así por ejemplo, en la sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 25 de marzo de 2010, mencionada por el Tribunal accionado en apoyo de sus decisiones, el Consejo de Estado determinó que la prima de servicios es factor salarial para la liquidación de cesantías.

Adicionalmente, en la sentencia del veintidós (22) de marzo de 2012 la Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió un caso análogo al que dio lugar a las decisiones del Tribunal Administrativo del Quindío acusadas por el tutelante.<sup>15</sup> Se trató de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta contra los actos administrativos a través de los cuales un municipio "negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios y la solicitud de reliquidación de los intereses a las cesantías con inclusión de dicho rubro." Al respecto, anota el Consejo de Estado: "Tanto la Administración como el Tribunal de Santander determinaron que los maestros no tienen derecho al reconocimiento a la prima de servicios, en tanto que la Ley 91 de 1989 no consagra este derecho para esta clase de servidores públicos. Por el contrario, señalaron que a la luz de la citada ley, específicamente, del párrafo 2º del artículo 15, los docentes quedaron excluidos de ese reconocimiento económico." (Negrilla del texto).

En consecuencia, contrario a lo manifestado por el peticionario, encuentra esta Sala que la motivación de las providencias judiciales controvertidas, así como la interpretación y aplicación del derecho legislado que en ellas efectuó el Tribunal Administrativo del Quindío, no son irrazonables, caprichosas, ni arbitrarias. En ellas no se decide con base en una norma "indiscutiblemente inaplicable", impertinente, derogada o declarada inconstitucional. Tampoco en las decisiones controvertidas se hace una interpretación fuera del margen de interpretación razonable reconocido a los jueces y tribunales en su labor de impartir justicia. Por el contrario, tanto no es irrazonable dicha interpretación que ha sido acogida por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por todo lo anteriormente expuesto, considera entonces la Sala que en el caso materia de análisis no se presenta ninguno de los supuestos para la configuración de un defecto sustantivo en las decisiones del Tribunal Administrativo del Quindío, en las cuales se reconoció el pago de la prima de servicios a docentes oficiales, como para proceder a invalidar las providencias acusadas".

que el análisis encaminado al reconocimiento de la prima de servicios con base en el Artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico

A juicio de la Corte, la interpretación realizada no puede catalogarse como irracional, arbitraria o caprichosa, así como tampoco se aleja del margen razonable de intelección normativa reconocida a los jueces y tribunales en su labor de impartir justicia, máxime cuando el Honorable Consejo de Estado como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en algunas de sus decisiones ha estructurado la misma tesis para reconocer la prima de servicios a los educadores del nivel territorial.

Visto lo anterior, se han abierto paso disímiles criterios, por lo que, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2.001 considerando 19, en puridad no existe fuerza gravitacional en el precedente cuando:

*"la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante la falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes al caso."*

En ese orden de ideas y en atención a que la jurisprudencia sobre el punto examinado, no era pacífica y ante los diferentes criterios esbozados por el Consejo de Estado, este estrado judicial, de conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial que antecede, ha procedido a acogerse a la tesis o tendencia mayoritaria por medio del cual niega el reconocimiento y pago al personal docente de la denominada prima de servicios, por cuanto la misma se aviene a la postura que mejor interpreta el imperio de la Constitución y la ley dentro del postulado o principio de legalidad que caracteriza al Estado de Derecho, y la que en últimas se enmarca dentro de los lineamientos expuestos en la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad C- 402 de 2.013 ya estudiada.

Con todo, cabe destacar que la improcedencia del pago de la prima de servidos en el sector docente resulta tan evidente, que su reconocimiento tan sólo vino a hacerse efectivo con la expedición del Decreto 1545 del 19 de junio de 2013, que dispuso el reconocimiento de la **prima de servicios para el docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media**, la cual, por disposición del mismo Decreto sería cancelada a partir de 2014 en el equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año, y a partir de 2015, y en adelante, en el equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año, prestación esta que será cancelada por las respectivas



entidades territoriales certificadas en educación en los primeros 15 días del mes de julio de cada año.

Ahora, la postura negativa frente al reconocimiento de derechos, con anterioridad a esta normativa, fue acogida finalmente por el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación del 14 de abril de 2016, proferida por la sección segunda, con ponencia de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ<sup>16</sup>, providencia de la cual se pueden extraer las siguientes conclusiones interpretativas:

- a) Bajo la aplicación de los métodos de interpretación histórico y teleológico se concluye que la intención o voluntad del legislador, al proferir la Ley 91 de 1989, no era la de crear o extender a favor de los docentes oficiales la prima de servicios; sino, la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales a partir de 1990, equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional, dejando a salvo la exclusión de los beneficios del Decreto Ley 1042 de 1978, sin detrimento de los derechos adquiridos consignados en las disposiciones de las entidades territoriales, por lo que, en los artículos 2 y 15 de dicha ley se estableció la regla según la cual, los docentes nacionalizados vinculados hasta ese momento, mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial.
- b) A la luz del método de interpretación sistemático o por contexto, se infiere que ninguna de las normas enunciadas expresamente por la Ley 91 de 1989, se creó la prima de servicios para los docentes oficiales, así como tampoco se encuentra consagrada en las demás normas aplicables. La lectura integral de estas disposiciones muestra que en ellas no se crea o extiende a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos del orden nacional; como sí lo hace el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir de 2014.
- c) En el marco de interpretación gramatical o literal, se tiene que, el correcto entendimiento del párrafo 2º de la Ley 91 de 1989, es el que indica que las prestaciones y emolumentos que “continuarán” a cargo de la Nación, son aquellas que ya estaban reconocidas a los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, por las entidades territoriales a las que estaban adscritos antes del proceso de nacionalización ordenado por la Ley 43 de 1975, entre ellas la prima de servicio. Pero además de la interpretación de dicho párrafo a partir del significado de las expresiones que lo integran,

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de 2016. Radicado número: 15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14)- CE-SUJ2. Actor: NUBIA YOMAR PLAZAS GÓMEZ Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

es necesario analizarlo a la luz del Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye de manera expresa a los docentes de la aplicación de sus disposiciones, entre las que está el artículo 48, que crea la prima de servicios a favor de los empleados públicos del orden nacional únicamente. En ese sentido, una interpretación gramatical del párrafo en mención no conduce a señalar la creación de la prima de servicios, pues, no hay expresión alguna que integre un verbo o verbos rectores que identifique el nacimiento del mencionado emolumento o del cual pueda derivarse la creación de un nuevo factor de salario a favor de los maestros oficiales.

- d) Aplicando el método de interpretación conforme a la Constitución, se colige que la sola existencia de diversos regímenes laborales y prestacionales no viola per se el derecho a la igualdad, tal como se desprende de las sentencias C-566 de 1997, C-313 de 2003 y C-402 de 2013. Ello en atención a las características peculiares de cada uno de los sistemas jurídicos aplicables, por lo que la comparación entre estos regímenes distintos no resulta conducente porque se partiría de supuestos de hecho que no son idénticos, lo que imposibilita el juicio o test de igualdad. Así las cosas, a partir del criterio fijado por la jurisprudencia constitucional y teniendo en cuenta que la comparación propuesta por la demandante es entre los docentes oficiales y la generalidad de los empleados públicos, no es posible realizar un juicio o test de igualdad, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares.
- e) Se precisa la improcedencia de aplicar el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos. En tal sentido, se señala que las interpretaciones que hasta ahora se han realizado del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a partir de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, según las cuales, la norma no cita no reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional, en nada quebranta el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, pues, en modo alguno el sentido de la disposición normativa, así entendida obliga a los maestros estatales a renunciar a dicha prima o factor salarial, puesto que con anterioridad no existía norma alguna que se las adjudicase.
- f) De igual forma, se destaca la improcedencia de aplicar el principio constitucional de la situación más favorable al trabajador en caso de duda con respecto a la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Sobre este aspecto en particular, se reitera que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no ofrece duda seria y objetiva, pues, como se ha visto, a partir de la aplicación de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, el verdadero sentido de la norma no permite inferir que su

contenido constituya base textual para entender que el legislador reconoció o extendió la prima de servicios a los docentes oficiales.

- g) Entre tanto, se consideró improcedente aplicar el principio de no regresividad de los derechos laborales, debido a que tan solo hasta la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, se reconoció la prima de servicios al sector docente, con efectos a partir de 2014, de tal suerte que no existía con anterioridad ningún fundamento para su reconocimiento, lo que impide inferir algún tipo de reducción normativa frente al derecho.

Bajo este contexto, la Corporación fijó las siguientes reglas jurisprudenciales en materia de reconocimiento de la prima de servicios, para el caso de los docentes oficiales, que servirán de sustento para analizar el caso concreto, dada su fuerza vinculante:

- a) La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.
- b) En aplicación de la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, la seguirán percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador, plasmada en dicha norma, consistió en respetar los derechos adquiridos de los maestros públicos que estuvieran en la situación descrita.
- c) De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario.
- d) Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En tal virtud, los docentes oficiales nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

- e) Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.
- f) De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.

#### **4. Del caso concreto:**

En el presente caso se encuentra acreditado que mediante escrito radicado el 26 de junio de 2013 (fls. 29 a 37 y 93 a 101), la demandante, actuando por conducto de su apoderado, solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá el reconocimiento y pago de la prima de servicios, tomando como fundamento el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en concordancia con lo establecido en el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Una vez examinadas las diligencias, el Despacho advierte que la administración no emitió respuesta alguna frente a la solicitud, de tal suerte que, conforme a lo establecido en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, ha de entenderse configurado el silencio administrativo negativo.

En efecto, la norma señala que transcurridos tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, debe entenderse que ésta (la decisión), es negativa.

Ahora, inconformes con el acto ficto negativo, el demandante, mediante escrito presentado por su apoderado el 24 de enero de 2014 (fls. 39 – 42 y 102 a 106), presentó recurso de reposición insistiendo en el reconocimiento del derecho laboral pretendido.

Finalmente, mediante Oficio No.1.2.1-38-2013PQR26594 del 11 de febrero de 2013 (fls. 44 a 49 y 107 a 113), la Directora Administrativa de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá se ocupó de resolver los recursos denegando la reposición, señalando básicamente que no es procedente el reconocimiento de la prestación, dado que se trata de un emolumento no consagrado en el régimen especial de los docentes, contemplado en los Decretos 2277 de 1979, 1381 de 1997,

1278 de 2002 y 1850 del mismo año, así como en las Leyes, 91 de 1989,, 115 de 1994 y 715 de 2001, agregando que tampoco puede estructurarse el reconocimiento con base en las normas generales contenidas en el Decreto 1042 de 1998, puesto que el personal docente se encuentra expresamente excluido de su aplicación, conforme a lo estipulado en el artículo 104 ibídem. Además, advirtió que aun cuando el Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, dispuso la creación de la prima de servicios para el sector docente, dicha norma no estableció efectos retroactivos, por lo que se consideró improcedente la solicitud.

Pues bien, dentro del plenario se encuentra demostrado que la demandante ha laborado para el servicio educativo oficial en calidad de docente nacional desde el 21 de febrero de 1990, tal como se desprende del certificado de tiempo de servicios obrante a folios 170 a 177 de las diligencias de manera que conforme a las reglas señaladas en la sentencia de unificación referidas en precedencia no tiene derecho a la prima de servicios, salvo en lo relacionado con la aplicación del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013. En efecto, según se señaló en la decisión, por orden de la Ley 91 de 1989, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos no les resulta aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios.

#### **4.1. Conclusión:**

Bajo los contornos expuestos hasta el momento, para el Despacho es claro que conforme a la sentencia de unificación referida en precedencia, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la prima de servicios, salvo en lo relacionado con la aplicación del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013.

Desde esta perspectiva, se advierte que en el presente caso la administración actuó bajo los parámetros impuestos por el ordenamiento jurídico, pues en efecto los docentes no tienen derecho al reconocimiento de la prima de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, en la medida que se trata de un factor no contemplado en el régimen especial vigente hasta ese momento, sin que en ningún caso pueda accederse a su reconocimiento con base en las normas generales, como acertadamente lo sostuvo la defensa.

Como corolario de lo anterior, se denegaran las pretensiones de la demanda, por cuanto se encuentran en caminadas al reconocimiento del derecho laboral bajo estudio, con anterioridad a la expedición del Decreto 1545 del 19 de julio de 2015, sin que en consecuencia sea necesario examinar la excepción de prescripción.

#### 4.2. Condena en costas:

Por último, como en el presente caso se impone la denegatoria de las pretensiones, el Despacho, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa dispuesta en el artículo 188 del C.P.A.C.A., condenará en costas a la parte demandante, cuya liquidación deberá elaborarse por Secretaría, en los términos previstos en el artículo 366 y siguientes del Código General del Proceso.

Para el efecto, conforme a lo prevé el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como valor de las agencias en derecho el 3% de las pretensiones.

#### IV DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

**PRIMERO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por la señora **ANA SILVIA POVEDA FORERO**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Condenar en costas a la parte demandante, cuya liquidación deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 366 y siguientes del Código General del Proceso.

**TERCERO:** Como agencias en derecho, se fija el 3% del valor de las pretensiones

**CUARTO:** En firme esta providencia, por Secretaría, adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios de los procesos quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Así mismo desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

**ADRIANA ROCÍO LIMAS SUAREZ**

**Juez**