



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA**

Tunja, treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)

EXPEDIENTE:	15001-33-33-013-2013-00300-00.
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	DORIS ÁLVAREZ CORREDOR Y OTROS
DEMANDADO:	COLEGIO DE BOYACÁ-MUNICIPIO DE TUNJA-MUNICIPIO DE TUNJA- NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.
TEMA:	PRIMA DE SERVICIOS DOCENTE

Procede el Despacho a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia, toda vez que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

I. LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

1. PRETENSIONES:

Estuvo encaminada a que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios sin números del 30 de julio de 2013, por medio de los cuales se niega el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios a que tienen derecho los demandantes, por laborar o haber laborado como docentes, de conformidad con lo ordenado en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, y el artículo 115 de la ley 115 de 1994.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita se proceda al reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios, desde el 01 de enero de 2003 a la fecha; que se reajusten y paguen todas las prestaciones sociales y salariales que habitualmente reciben los demandantes, para que la prima legal o de servicios sea tenida en cuenta en las correspondientes liquidaciones.

Finalmente que las sumas reconocidas sean indexadas, y se reconozcan los intereses corrientes y moratorios, en los términos ordenados en la ley y en las sentencias que sobre el tema se han proferido; que la liquidación de las anteriores condenas y el cumplimiento de la sentencia, se efectúe conforme a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 193 de la ley 1437 de 2011.

2. HECHOS:

Dicen los demandantes que laboran (o laboraron) como docentes vinculados al servicio público de la educación en el Colegio de Boyacá; por lo anterior radicarón

derecho de petición ante la institución accionada, solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicio, desde el 1° de enero de 2003 a la fecha; mediante los actos administrativos acusados, les fue resuelta en forma desfavorable la petición presentada.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Respecto al concepto de violación grosso modo afirma lo siguiente:

Asegura el mandatario de la parte demandante que, con la expedición de los actos acusados se agrede la dignidad humana y los derechos a la dignidad y al trabajo de los demandantes, al negarles las prerrogativas a las que legalmente tienen derecho y sometiendo a un proceso judicial, desconociendo de igual manera que los derechos laborales y prestacionales son irrenunciables.

Dice de igual manera el apoderado de la parte actora que, la administración utiliza indebidamente el contenido de la constitución y la norma, contraviniendo el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Pasa ahora, a explicar que la ley 91 de 1989 creo la prima legal o de servicios a favor de los servidores públicos que ostentan la calidad de docentes, equivalente a 15 días de salario por cada año de servicios o proporcional al tiempo laborado, motivo por el cual le corresponde al Colegio de Boyacá el reconocimiento liquidación y pago de esta prestación al personal docente y administrativo docente, desde el 01 de enero de 2003, fecha a partir de la cual fue traspasado el Colegio a la entidad territorial certificada Municipio de Tunja, de conformidad con lo dispuesto en la ley 715 de 2001, reglamento que en su artículo 38 determinó que a los docentes, directivos docentes, y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con Sistema General de Participaciones SGP, solo se les podrá reconocer el régimen prestacional establecido por la ley o de acuerdo a esta.

Afirma que los demandantes son docentes que se encuentran sujetos al régimen contemplado en las leyes 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que en su artículo 15 dispuso que dicho fondo pagaría entre otras prestaciones la prima de servicios al personal nacional y nacionalizado, aclarando que sin importar el tipo de vinculación el Colegio de Boyacá- Establecimiento Público de Orden Municipal Adscrito a la Secretaria de Educación de Tunja, adeuda a los demandantes el pago de la prima de servicios, porque el colegio al ser traspasado al municipio de Tunja conservó el carácter de ESTABLECIMIENTO PUBLICO y porque el artículo 81 de la ley 812 de 2003, se ocupó del régimen prestacional de los docentes sin distinguir entre docentes nacionales, nacionalizados o territoriales.

Manifiesta el mandatario de los actores que, existen múltiples pronunciamientos tanto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, como del Ministerio de Educación frente a la viabilidad del reconocimiento de la prima de servicios al personal docente, así mismo un sin número de fallos positivos de la jurisdicción contenciosa administrativa, por tanto debe darse aplicación a lo preceptuado en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, el cual ordena a las entidades públicas de cualquier orden tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. Igualmente el ente demandado, como autoridad administrativa se encuentra sometido a la constitución y a la ley y como parte se esa sujeción está

obligado a acatar el precedente judicial dictado por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y/o jueces administrativos.

Finaliza el representante judicial, argumentado que con el actuar de la administración se quebrantaron diferentes mandatos del C.P.A.C.A y que los actos demandados están viciados por falsa motivación y desviación de poder, pues desconocen la normatividad en que deberían fundarse y aplica por el contrario normas de forma arbitraria y acomodada de acuerdo con la conveniencia financiera y pasando por encima de una serie de derechos fundamentales.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS

A. NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Comienza por aclarar que no es titular de la obligación, puesto que la ley no le encarga en forma alguna intervenir en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales o de salud, el cual está a cargo del Fondo Nacionales de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como tampoco de los trámites de las reclamaciones, los cuales se encuentran en cabeza de la entidad territorial correspondiente sin que haya lugar a que se interprete como una delegación y que estén actuando a nombre del Ministerio. En cuanto al pago le corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A. por ser la administradora de los recursos, por tanto se opone a la prosperidad de las pretensiones.

Luego de citar las funciones a su cargo, expone que dada la descentralización de sector educativo en virtud de la ley 60 de 1993, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de ser el nominador de los docentes, facultad que fue trasladada a los Departamentos y Municipios y por tanto son estos quienes tienen a cargo la administración del sector docente y administrativos de los servicios educativos estatales.

Agrega que sin perjuicio de lo anterior el Ministerio de Educación Nacional tiene a su cargo la guarda de los recursos que hacen parte del sistema general de participaciones, por lo tanto el reconocimiento de los emolumentos salariales pretendidos afectaría de manera directa los recursos del Sistema General de Participaciones.

De igual manera explica que los decretos 1048 de 1972 y 1042 de 1978, excluyen de manera explícita al personal docente de su aplicación, dice que existe un régimen salarial y prestacional especial para los docentes, el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001 y decreto 1850 de 2002, por otro lado también tienen un sistema de carrera especial, conforme lo indica el decreto –ley 2277 de 1979 y el decreto 1278 de 2002.

Respecto al párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989,, asegura que en ningún momento está creando una prima de servicios para el personal docente sino que establece la continuación del reconocimiento de dichos conceptos en virtud de la nacionalización de la educación, de manera que la norma hace alusión a emolumentos que ya existían y no a la creación de uno nuevo.

Como excepciones propone las que denominó:

- **Prescripción y asuntos judiciales:** Para determinar con precisión los derechos de cada individuo es necesario identificar las reclamaciones laborales que cada funcionario presentó.
- **Excepción de legalidad.** El Decreto 1042 de 1978 que regula la prima de servicios, en el artículo 104 literal b, excluye de su aplicación al personal docente, quienes gozan de un régimen especial.
- **Pago de lo no debido.** Refiere que las pretensiones de los demandantes no deberán tenerse en cuenta, en razón a que no se está frente a una obligación que provenga de la ley, sino a la interpretación errónea que quieren hacer ver los demandantes, tergiversando lo expuesto en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Esta entidad sostiene que, no existe nexo causal entre los hechos que originaron la presentación de la demanda y el Ministerio de Educación Nacional, situación que por sí misma lo libera de responsabilidad, de acuerdo con lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia que data del 28 de enero de 1994, radicado 7091-94, Magistrado Ponente DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ.

Por lo anterior pide se cambie su vinculación excluyéndose como parte del proceso, pero manteniéndolo como autoridad administrativa interesada, por cuanto el reconocimiento de los emolumentos salariales discutidos en este litigio afectarían de manera directa el sistema general de participaciones. (Sobre esta excepción se pronunció el Juzgado en la audiencia inicial – fls. 198 y ss).

B. COLEGIO DE BOYACÁ.

Afirma que la ley 91 de 1989 no ha creado prestación social alguna que pueda denominarse prima de servicios, se limita a tratar el tema de creación, funcionamiento y financiación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Manifiesta que la prima de servicios fue creada por el decreto 1472 de 1978, norma que expresamente excluye al sector docente de su aplicación, toda vez que su régimen laboral tiene características diferentes a las del común de los funcionarios públicos, es decir que para los docentes no se había consagrado en norma alguna el reconocimiento de la prima pretendida, tanto es así que mediante el decreto 1545 de 19 de julio de 2013, el Departamento Administrativo de la función Pública, estableció la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial, cancelada a partir del año 2014 en los términos que señala la mencionada norma.

Como excepciones propuso las que denominó:

- **Ausencia de los requisitos axiológicos para la estructuración de la prima de servicios en favor de los docentes demandantes:** En cumplimiento a lo estipulado en la Ley 715 de 2001, el Establecimiento público Colegio de Boyacá del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, se traspasó a la entidad territorial certificada del Municipio de Tunja. La planta de personal docente del Establecimiento Público Colegio de Boyacá que eran de orden nacional, pasaron sin solución de continuidad al Establecimiento Público, sin que con esto variara el régimen salarial y prestacional docente. Si

bien la ley 91 de 1989 hace parte de las normas que tratan el régimen prestacional docente, en ningún momento ha derivado el reconocimiento expreso e inequívoco, para el pago de la prima de servicios reclamada por los docentes, de dicha norma se extracta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará la prima de servicios, y la misma continuará a la cargo de la Nación, como entidad nominadora, circunstancia especial para los docentes demandantes, al ser servidores públicos de un establecimiento docente del orden municipal las excluye de plano del reconocimiento de la prestación – prima de servicios, tal y como lo señala el Decreto 1042 de 1978. Con la expedición del Decreto 1515 de 2013 fue que se reconoció la prima de servicios en la forma y términos allí indicados.

- **Carencia de legitimación en la causa por activa:** Los docentes demandantes no tienen los requisitos para ser beneficiarias de la prima de servicios, pues no existe norma legal que les reconozca este derecho. (Sobre esta excepción se pronunció el Juzgado en la audiencia inicial – fls. 198 y ss)
- **Enriquecimiento sin causa:** La reclamación carece de toda justificación o fundamento legal, pues no existe norma que permita reconocer y pagar la prima de servicios a las docentes demandantes.
- **Prescripción:** En el evento en que prosperen las excepciones de la demanda, solicita se decrete la “prescripción extintiva trienal del derecho”, teniendo en cuenta que la reclamación en sede administrativa se presentó el 22 de noviembre de 2013.

C. MUNICIPIO DE TUNJA

Indica que la ley 91 de 1989 si bien es cierto menciona la prima de servicios, bajo ningún entendido está creando factor salarial o prestación social alguna, ni mucho menos establece requisito alguno para acceder a la misma. Contrario sensu el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, establece por primera vez la prima de servicios a favor del personal docente.

Señala que al municipio de Tunja no le compete erogación alguna a cargo de este tipo de gasto, pues los mismos devienen de recursos del Sistema General de Participaciones de destinación específica para el sector educativo.

Por ultimo precisa que el Colegio de Boyacá es un establecimiento público el cual fue traspasado por la Nación al Municipio de Tunja que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, motivo por el cual en las decisiones respecto al personal docente y directivo que contraten y vinculen no tiene injerencia alguna la Secretaria de Educación del Municipio de Tunja.

- **Inexistencia del derecho reclamado:** Porque a través de la ley 91 de 1989, artículo 15 no se creó la prima de servicios, ya que allí solo se enuncia ésta.

La Corte Constitucional en análisis jurisprudenciales ha dicho que no es posible dar aplicación a normas de orden nacional a favor del personal docente, quienes tiene régimen especial, y que la prima pretendida nació a la vida jurídica a partir del 19 de julio de 2013 con la expedición del Decreto No 1545, la que será percibida a partir del año 2014 en la forma y términos establecidos en dicha normativa.

- **Prescripción extintiva:** Dice el Municipio de Tunja – Secretaría de Educación que las acreencias laborales causadas deben reclamarse en un término perentorio de 3 años a partir de su erogación; para el presente caso, tratándose de una acreencia laboral, se hace necesario que opere el fenómeno de la prescripción contada a partir de la fecha de la causación de la obligación crediticia laboral; si ello se hubiere generado, en virtud de lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T.

Aduce la entidad territorial accionada que en el caso sub examine no hay certeza de la exigibilidad del derecho, por cuanto no se sabe si surge a partir de la vinculación de la parte actora con la administración, o, a partir de la ley 91 de 1989 o del Decreto 1042 de 1978. Agrega que, prescribe el derecho si no hay claridad de la fecha de creación del mismo, por tanto debe declararse la prescripción.

Resalta que, “habiendo duda en la fecha de exigibilidad del derecho, no habiendo lugar a la prescripción, no hay lugar al derecho, inexistente la obligación en tanto no ha sido creada en forma legal”; y en el evento de que se acceda a las pretensiones solicita respetuosamente se acoja la prescripción, por no haberse acudido a la jurisdicción en un término perentorio, pues han transcurrido 65 años a partir del Decreto 1042 y 23 años a partir de la ley 91 de 1989.

Por último, solicita se declare probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que las demandantes piden que se pague la prima de servicios desde el 01 de enero de 2003. (Sobre esta excepción se pronunció el Juzgado en la audiencia inicial – fls. 198 y ss).

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** el Colegio de Boyacá es un establecimiento público, que fue traspasado por la Nación al Municipio de Tunja mediante Decreto No 3176 de 9 de septiembre de 2005 y adoptado por el Municipio mediante acuerdo municipal No. 008 del 13 de abril de 2005, cuyas funciones y características están establecidas en la ley 489 de 1998.

Manifiesta que en virtud al artículo 9 de la ley 715 de 2001, y el acuerdo No 008 del 13 de abril de 2005 se infiere que el Colegio de Boyacá es un establecimiento público del orden municipal, entidad descentralizada adscrita a la Secretaría de Educación Municipal que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; razón por la cual en las decisiones que tome respecto al personal docente y administrativo que contraten y vinculen, no tiene injerencia alguna el Municipio de Tunja.

Agrega que la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja, tiene la facultad de administrar la planta de personal docente de las instituciones educativas, pero la ley no hace referencia alguna a que tenga la facultad de efectuar dicha administración en los Establecimientos Públicos que prestan el servicio educativo, de manera que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor del Municipio de Tunja – Secretaría de Educación.

Luego de hacer referencia a normas como la ley 91 de 1989, y 115 de 1994 señala que no existe obligación alguna a cargo del ente territorial con la parte actora, que pueda comprometer sus recursos propios; además que la prima de

servicios la creó el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, que en cuanto a su pago está a cargo del Municipio, pero como mero ejecutor, teniendo en cuenta que los recursos provienen del Sistema General de Participaciones de conformidad con la ley 715 de 2001.

Adicionalmente indica que al Municipio de Tunja, como entidad territorial certificada para dirigir, planificar y administrar el servicio público educativo en la ciudad de Tunja; no le corresponde la asignación de recursos que devienen del Gobierno Nacional, esto es de parte del SGP para el pago de la nómina, por estar expresamente prohibido.

Por último, resalta que el Municipio de Tunja – Secretaría de Educación, carece de legitimación en la causa para resistir las PRETENSIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA, toda vez que la función legal de reconocimiento y pago de la prima de servicios no está en cabeza del ente territorial, sino directamente del Ministerio de Educación Nacional. (Sobre esta excepción se pronunció el Juzgado en la audiencia inicial – fls. 198 y ss).

- **La connotación que otorga la ley 91 de 1989 contiene un expreso mandato de regulación prestacional y difiere de la salarial, en tanto con ella no se busca dar la creación de una prima de servicios, ni de una bonificación, sino regula aspectos atinentes a las prestaciones sociales del Magisterio; ambos son aspectos diferentes,**
- **Ilegalidad del petitum:** Arguye que no es viable acceder a una pretensión que ha sido prohibida previamente por la ley, pues a las Secretarías de Educación certificadas les fueron asignadas funciones meramente administrativas, de organización y vigilancia del servicio educativo, más no de asignación de escalas salariales y menos aún de desviar las partidas que previamente han sido asignadas y devienen del Gobierno Nacional.
- **Entrada en vigencia del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013:** Sostiene que dicho decreto tiene vigencia a partir del 19 de julio de 2013, y que la prima de servicios es efectiva a partir del año 2014, con un equivalente de 7 días de remuneración al 30 de junio y constituye factor salarial.
- **Inepta demanda por falta de agotamiento de requisito de procedibilidad respecto del municipio de Tunja** Dice que verificada la respectiva certificación de conciliación extrajudicial de 18 de noviembre de 2013, expedida por la Procuraduría Judicial 69 I para asuntos administrativos de la Ciudad de Tunja se observa que respecto a la Secretaria de Educación Municipio de Tunja, en audiencia de conciliación extrajudicial celebrada el 29 de octubre de 2013, se convocó solamente al Establecimiento Público Colegio de Boyacá, sin hacer lo propio a la entidad territorial vulnerando con ello el derecho a la defensa y debido proceso en dicha etapa procesal. (Sobre esta excepción se pronunció el Juzgado en la audiencia inicial – fls. 198 y ss).

II. TRAMITE DE LA INSTANCIA.

1. TRAMITE.

La demanda fue presentada el 06 de diciembre de 2013 (folio 68); fue admitida el 22 de enero de 2014 (folio 70); auto notificado en debida forma a la parte demandante el 23 de enero del mismo año (folio 72), y a las partes demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, el 01 de agosto de 2014 (folios 77 a 84), el termino común de 25 días de que trata el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P, corrió desde el 08 de agosto hasta el 12 de septiembre de 2014 (folio 85) y el traslado de la demanda (artículo 172 ley 1437) inició el 16 de septiembre de 2014 y finalizó el 29 de enero de 2015 (folios 86 y 191), términos estos que fueron hechos saber a las partes, mediante publicación en la página web de la rama judicial. Mediante auto de 25 de febrero de 2015 se señaló fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial (artículo 180 ibídem) (folio 194), la cual tuvo lugar el día 28 de abril de 2015 (acta vista a folios 198 a 202); la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la misma codificación se celebró el día 17 de junio de 2015.

2. ALEGATOS DE LAS PARTES Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO

En audiencia de pruebas celebrada el día 17 de junio de 2015 (Folio 287), por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme al inciso final del artículo 181 del CPACA; ésta instancia dispuso la presentación por escrito de los alegatos por parte de los sujetos procesales, dentro de los **diez (10) días** siguientes a la audiencia; advirtiéndose igualmente que se dictaría sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento del concedido para presentar alegatos.

3. **PARTE ACTORA.** En el término otorgado por el Despacho, no presentó alegatos de conclusión.

4. PARTE DEMANDADA.

COLEGIO DE BOYACÁ: Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, pues asegura que para el periodo que se solicita en la demanda, no existía fundamento legal para reconocimiento de la prima de servicios al personal docente y administrativo docente, toda vez que el decreto 1042 de 1978, los excluyo de su aplicación, situación que no varía por el hecho de laborar en un Establecimiento Público del Orden municipal, como lo es el colegio de Boyacá, pues son docentes al servicio del Estado y por tanto se les aplica en régimen especial consagrado para ellos, tal como lo indica la Corte Constitucional del sentencia C-566 de 1997.

Exalta que el párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989, en ninguno de sus apartes está reconociendo este emolumento – el cual no se sabe si es salarial o prestacional-, por tanto la interpretación que debe darse a esta norma es en el sentido de que si bien algunos docentes mediante otras disposiciones ya le fueron reconocidas primas de navidad, de servicios, de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones, estas prestaciones serán canceladas por la Nación y no por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero sin reconocer esta prima, mucho menos crearlo, pues no señala los periodos en que se deban cancelar, las cuantías o si son o no factor salarial y prestacional.

Argumenta que la jurisprudencia citada por la parte actora, no es aplicable al caso concreto, pues ninguna trata del reconocimiento de la prima de servicio al sector docente.

Del mismo modo, afirma que no existió violación al derecho a la igualdad de los servidores públicos docentes, pues ellos tienen unas especiales condiciones que justifican que sean tratados de manera diferente a los demás servidores públicos, ya que el régimen especial docente es más beneficioso.

Finaliza, aseverando que con antelación al 19 de julio de 2013, fecha en la cual se expidió el decreto 1545 de 2013, no existía norma jurídica válida para el reconocimiento y pago de dicha prestación a los servidores públicos docentes y directivos docentes del Estado que fueran financiados con Recursos del Sistema General de Participaciones, y es a partir de allí que tales docentes podrían tener derecho al pago de este emolumento.

MUNICIPIO DE TUNJA: Comienza por insistir en que carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto los docentes accionantes laboran en el Colegio de Boyacá, que es un Establecimiento Público el cual fue traspasado por la Nación al municipio de Tunja, mediante decreto No. 3176 de 09 de septiembre de 2005 y adoptado por el municipio a través de Acuerdo Municipal No. 08 de 13 de abril de 2005, cuyas características y Funciones están establecidas en la ley 489 de 1998.

Asegura que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, los recursos deben ser girados por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que mediante concepto No. 2012EE70012, circular No. 007 de 20 de febrero de 2013 y además con el concepto 2013EE44694, determinó el no reconocimiento y pago de la prima de servicios, la que solo es reconocida en virtud del decreto 1545 de 2013, norma que fue expedida gracias a un acuerdo nacional con FECODE que se ha celebrado sin que participara el municipio, razón más para asegurar que el municipio de Tunja Carece de legitimación en la causa para resistir las pretensiones y condenas de la parte demandada.

De otra parte afirma que, la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados, por el contrario dice que este Despacho en casos similares ha dejado claro que la ley 91 de 1989 que sirve de sustento a las pretensiones de los demandantes no estableció la prima de servicios sobre la cual recae el litigio, el objeto de la misma fue precisar temas de competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Nación.

Destaca que de acuerdo a distinta jurisprudencia del Consejo de Estado la prima de servicios no tiene connotación prestacional sino salarial, y que distintos despachos judiciales han negado pretensiones de índole idéntica, basándose en la expresado por el Consejo de Estado en auto de fecha 25 de mayo de 2000 en el expediente 991078-581-00, la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 4 de julio de 1999 y en conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil-839 1996 y 954 de 1997, sección II, Plena de Unificación Jurisprudencial, sentencia del 04 de agosto de 2010, Exp. 250000232550002006150901 (0112-09) Consejero Alvarado Ardila.

NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL: Resalta que la entidad emisora del acto administrativo es quien tiene responsabilidad en el presente asunto, debido al fenómeno jurídico de la descentralización administrativa.

Manifiesta que al igual que lo hace el decreto 1048 de 1972, el decreto 451 de 1984 excluye de manera expresa de su aplicación al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Así mismo destaca que el decreto ley 1042 de 1978 establece el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, régimen que se encuentra contenido en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001, decreto 1850 de 2002, el cual contempla iguales o mejores condiciones que las reconocidas de manera general a los servidores públicos.

De otra parte afirma que, no puede decirse que el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91, haya creado la prima de servicios para los docentes y directivos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que en aras de garantizar los derechos adquiridos de aquellas asignaciones que ya se encontraban debidamente reconocidas y de asegurar un responsable en el pago de dichos conceptos, siendo del caso recalcar que en virtud de la nacionalización de la educación, se asignó como responsable a la Nación y no al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del pago de los conceptos relacionados con la norma en mención, toda vez que el Fondo como entidad de previsión social, le corresponde el pago de prestaciones sociales a cargo de terceros, tales como cesantías, pensiones, sustitución pensional y servicios médicos asistenciales, entre otras con ocasión de la afiliación a la afiliación y cotización que deben realizar trabajadores y empleadores a las entidades del sistema.

Adicionalmente las normas, allí relacionadas no hacen mención al decreto 1042 de 1978, precisamente porque dicha norma no crea prestaciones sociales sino establece factores salariales constitutivos de salario, de tal suerte que las normas enunciadas en dicho articulado como lo son los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, son una enumeración taxativa de las prestaciones las prestaciones que a partir de la fecha rigen para los docentes estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indica que si bien existen fallos reconociendo la prima de servicios bien sea basados en el decreto 1042 de 1978 o en la ley 91 de 1989, el Ministerio ha tenido conocimiento de que a la fecha en varios despachos judiciales también se han preferido fallos sobre el presente tema absolviendo de dicha condena, por tanto no se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 102 de la ley 1437 de 2011 para dar aplicación extensiva a las decisiones judiciales.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de pago de intereses de mora y pago de indexación, aclara que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, estos solo pueden acontecer en cumplimiento de decisiones judiciales, por lo que la administración no está facultada para ordenarlos.

- **MINISTERIO PÚBLICO:** Se abstuvo de rendir concepto.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMAS JURÍDICOS.

¿Tienen derecho los demandantes en su condición de docentes y Directivos Docentes del servicio público oficial, al reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el artículo 115 de la ley 115 de 1994?

¿Se extiende a los demandantes el derecho subjetivo a la prima de servicios consagrado en el Decreto 1042 de 1978?

¿Para la época en que se solicita el reconocimiento de la prima de servicios, existe sustento normativo que lo reconozca a los Docentes y Directivos Docentes Municipales vinculados como Nacionales, Nacionalizados o Territoriales?

¿Es viable extender a los docentes y Directivos al servicio público de la educación oficial, los beneficios establecidos para los empleados públicos a quienes se les aplica el sistema salarial general, específicamente en lo relacionado con la prima de servicios que regula el decreto 1042 de 1978?

2. POSTURA DEL DEMANDANTE Y DEL DEMANDADO.

Parte Demandante:

Dice la parte actora que el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 creó la prima legal o de servicios a favor de los servidores públicos que ostentan la calidad de docentes, equivalente a 15 días de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado; por lo tanto al ser la prima de servicios para el personal docente, un emolumento creado por el Congreso de la República en pleno uso de sus facultades constitucionales, existe en cabeza del Colegio de Boyacá y la Secretaria de Educación del Municipio de Tunja, la obligación de reconocer y cancelar dicho emolumento, desde el 1° de enero de 2003, fecha desde que fue certificado como ente territorial para la administración de la educación pública, por efectos de la descentralización administrativa;

Además a la fecha se han proferido un sin número de fallos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como el Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados Administrativos que determinan en forma indudable la legalidad y viabilidad del reconocimiento del beneficio pretendido, y debe hacerse con cargo a los recursos del SGP.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional:

Sostiene que el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, en ningún momento está creando una prima de servicios para el personal docente, sino que establece la continuación del reconocimiento de los conceptos allí enunciados a cargo de la Nación y en virtud de la nacionalización de la educación, y no están a cargo del FNPSM; al hablar el citado parágrafo de “continuación” del pago de las prestaciones relacionadas, resulta evidente que la protección de la norma es en relación de un emolumento que ya existía y que estaba siendo cancelado, esto para garantizar los derechos adquiridos de “las asignaciones que ya se encontraban debidamente reconocidas”, y no como se ha interpretado de uno nuevo;

Agrega que el Decreto 1042 de 1978 establece factores constitutivos de salario, entre los cuales se encuentra la prima de servicios, pero que el mismo no se aplica al personal docente por disposición misma de dicha normativa en su artículo 104-

literal b, preceptiva que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 566 de 1997.

En cuanto a la aplicación del precedente jurisprudencial indica que en el presente caso no es viable, toda vez que sobre el tema no existe unidad de interpretación judicial, pues algunos juzgados han reconocido el derecho aquí reclamado, y otros lo han negado.

Municipio de Tunja – Secretaría de Educación:

Refiere que a partir de la ley 91 de 1989 no se creó la Prima de servicios, pues la citada norma creó el FNPSM, y dicho emolumento tan solo fue establecido para el personal docente al servicio de la educación pública, mediante el Decreto 1545 de 2013.

Además allí se estipula la forma y términos en que se causa el derecho, cuantía, pago, y señaló que debe cancelarse con cargo al Gobierno Nacional con recursos del sistema general de participaciones –SGP, sin que con ello se halla impuesto obligación alguna con cargo al presupuesto municipal, lo que lleva a considerar que no existe responsabilidad en este tema por parte del ente territorial.

Además la prima de servicios reclamada no puede tener sustento en el Decreto 1042 de 1978, pues allí se indica a quienes se aplica, y el personal docente está excluido de la aplicación de dicho decreto según lo previó el artículo 104 en su literal b, toda vez que ellos cuentan con un régimen especial, tal y como lo señala la ley 115 de 1994, el Decreto 2277 de 1979, ley 715 de 2001 y 91 de 1989.

Establecimiento Público Colegio de Boyacá:

Los demandantes al ser servidores públicos de un establecimiento docente del orden municipal se encuentran excluidos de plano del reconocimiento de la prima de servicios, tal como lo enseña el decreto 1042 de 1978, de manera que las pretensiones de la parte demandante carecen sustento factico o jurídico; tanto es así que el Ministerio de Educación Procedió al reconocimiento de la prima de servicios mediante decreto 1545 de 2013, siendo evidente que con antelación a la expedición de esta norma no existía ninguna preceptiva legal que reconociera u ordenara efectuar el pago de tal prestación.

Los docentes cuentan con un régimen salarial y prestacional especial y que es más favorable al régimen general de los demás servidores públicos del Estado, siendo justificado aplicarles un trato diferenciado y por tanto no existe violación alguna al derecho a la igualdad.

3. HECHOS PROBADOS.

De las pruebas obrantes en el plenario es posible concluir por el Despacho lo siguiente:

- A. Determinados por existir elementos de convicción al momento de la Audiencia Inicial.

- Está probado que los señores CECILIA DEL ROSARIO LEÓN DE MOLANO, GRACIELA SUESCUN CÁRDENAS, DORIS ÁLVAREZ CORREDOR, LYDIA DEL CARMEN CHAPARRO FONSECA, JULIA MARÍA ZORRO AMEZQUITA, GILBERTO OTÁLORA VELANDIA, ANA MARÍA BARRERA DE GAONA, JOSÉ CLAUDIO CALA BAYONA, GLORIA EVELIA USSA ÁLVAREZ, DIANA MARÍA GUERRA GÓMEZ, HAIDY YAZMIN TOLERO BUSTAMANTE, PILAR EUGENIA DUARTE ZAFRA, mediante escrito radicado el 22 de noviembre de 2012, solicitaron al Colegio de Boyacá, el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios, y que dicha solicitud fue atendida en forma desfavorable por el Establecimiento Público – Colegio de Boyacá, mediante los actos administrativos contenido en el oficio sin número de fecha 30 de julio de 2013 (folios 25 a 65).
 - Así mismo, está acreditado que a los demandantes No le han reconocido, liquidado y pagado la prima de servicios por ellos solicitadas, pues esto se demuestra con la prueba documental que obra en el plenario como la vista a folios 25 a 65, así como con las afirmaciones efectuadas por las partes en la demanda y su contestación (fls. 91, 109 y 141).
- B. Incorporados como medios de convicción durante la Audiencia de Pruebas llevada a cabo el 17 de junio de 2015 (Folio 287 y ss).
- Se demostró que los educadores CECILIA DEL ROSARIO LEÓN DE MOLANO, GRACIELA SUESCUN CÁRDENAS, DORIS ÁLVAREZ CORREDOR, LYDA DEL CARMEN CHAPARRO FONSECA, JULIA MARÍA ZORRO AMEZQUITA, GILBERTO OTÁLORA VELANDIA, ANA MARÍA BARRERA DE GAONA, JOSÉ CLAUDIO CALA BAYONA, GLORIA EVELIA USSA ÁLVAREZ, DIANA MARÍA GUERRA GÓMEZ, HAIDY YAZMIN TALERO BUSTAMANTE, PILAR EUGENIA DUARTE ZAFRA, prestan o prestaban sus servicios en el Establecimiento Público de orden municipal Colegio de Boyacá, como docentes de tiempo completo, que percibieron en los años 2013 y 2014, la prima de servicios estipulada en el decreto 1545 de 2013. Lo anterior se evidencia en las certificaciones expedidas por el Colegio de Boyacá vistas a folios 275 a 286

4. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

Es de mencionar que la Nación – Ministerio de Educación Nacional propuso como excepciones de fondo las siguientes: i) prescripción y asuntos judiciales, ii) excepción de legalidad, iii) pago de lo no debido, y iv) falta de legitimación en la causa, respecto a esta última es de mencionar que en la audiencia inicial se precisó que la misma como fue planteada se dirige no a la pretensión procesal en su contenido, sino al fondo del asunto, por tanto este aspecto debía resolverse con las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el Municipio de Tunja presentó como excepciones de i) inexistencia del derecho reclamado, ii) prescripción extintiva, iii) falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Municipio de Tunja-Secretaria de Educación iv) la connotación que otorga la ley 91 de 1989, contiene expreso mandato de regulación prestacional, y difiere de la salarial, en tanto con ella no se busca dar creación de una

prima de servicios, ni de una bonificación, sino regula aspectos atinentes a las prestaciones sociales del Magisterio, ambos son dos aspectos diferentes, v) ilegalidad del petitum, vi) entrada en vigencia del decreto 1545 de 19 de julio de 2013 vii) inepta demanda por falta de agotamiento de requisito de procedibilidad respecto del municipio de Tunja. De las descritas excepciones fue resuelta en la inepta demanda por falta de agotamiento de requisito de procedibilidad declarándola infundada y no probada, de la falta de legitimación en la casusa por pasiva y de la prescripción extintiva, en la audiencia inicial se dijo que deberían resolverse con el fondo del asunto.

El Colegio de Boyacá en su contestación alegó como excepciones i) excepción de ausencia de los requisitos axiológicos para la estructuración de la prima de servicios en favor de los docentes demandantes ii) excepción de carencia de legitimación en la causa por activa, iii) enriquecimiento sin justa causa y iv) prescripción, las cuales deberán ser resueltas al momento de desatar los problemas jurídicos, pues la de acuerdo a lo establecido en la audiencia inicial, el medio exceptivo falta de legitimación en la causa por activa debe resolverse al momento de analizar el caso concreto.

Pues bien, advierte el Despacho que éstos medios exceptivos, penden de la prosperidad del fondo del asunto, razón por la cual serán desatados de consuno con las pretensiones de la demanda, una vez verificado y analizado el material probatorio y conforme a los supuestos jurídicos aplicables.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

5.1 LA SITUACIÓN LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO (EMPLEADO PÚBLICO) ES DE CARÁCTER LEGAL Y REGLAMENTARIO. ESTA SITUACIÓN LABORAL SE REGULA POR NORMAS QUE SON DE ORDEN PÚBLICO Y DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO.

La regulación de la estructura administrativa, el empleo público, sus funciones y emolumentos, es un aspecto que se encuentra regulado en la Constitución y en la Ley.

La vinculación de los empleados públicos se hace a través de una situación que es legal y reglamentaria, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de trabajadores no regidos por normas de orden público.

Los aspectos relacionados con la vinculación, funciones, permanencia, derechos y obligaciones, se encuentran reglados en la Constitución y la Ley.

Ello se advierte además por cuanto, Colombia se encuentra adscrita como un Estado Social de Derecho (Art. 1 de la C.P.); en el cual la Constitución es norma de normas (Art. 4 de la C.P.) y, los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la Ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Art. 6 de la C.P.)

En armonía con lo anterior, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (Art. 122 de la C.P.) y, ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento (Art. 123, inciso 2º de la C.P.)

De acuerdo a lo visto, es claro que la situación del servidor público – empleado público, difiere del trabajador privado, por cuanto a aquél no le es dable el regular convencionalmente su relación de trabajo; es decir que su actuación, funciones, salarios y prestaciones sociales, así como su responsabilidad, se encuentran mediadas por una situación que es legal y reglamentaria, donde son el congreso, el gobierno nacional y los gobiernos seccional y local, quienes tienen la competencia dentro de sus respectivas órbitas y mecanismos, para regular los elementos a los que se ha hecho alusión, e incluso, lo que corresponde al ingreso, ascenso y permanencia. En si es una facultad reglada la que determina todos los aspectos relacionados con el empleo y el empleado público.

5.2 ES REGLADO LO QUE CORRESPONDE AL ESTABLECIMIENTO DE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA, SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES. ESTOS ASUNTOS SON PROPIOS DE UNA LEY MARCO.

Las competencias en materia de ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA, SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, se encuentran repartidas entre el Congreso, las Asambleas departamentales, los Concejos Municipales, el Presidente de la República, el Gobernador y el Alcalde.

En el anterior sentido, es dable observar competencias en materia de ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA, las que, se encuentran repartidas entre el Congreso, las Asambleas departamentales, los Concejos Municipales, el Presidente de la República, el Gobernador y el Alcalde.

Así, son normas aplicables de la Constitución: El artículo 150, numeral 1; artículo 300, numeral 7; artículo 313, numeral 6; artículo 189, numeral 14; artículo 189, numeral 16 y, artículo 305, numerales 7 y 8.

Igualmente existen competencias en materia de PRESTACIONES SOCIALES, y competencias para su establecimiento, pudiendo señalarse: El artículo 150, Numeral 19, literales e) y f) de la Carta Política y, los artículos 2, 9, 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992.

La Corte Constitucional en Sentencia C-290 del 21 de junio de 1994 dijo que, en los literales e) y f) del numeral 19 se atribuyen competencias al Congreso para la expedición de leyes generales o marco en las cuales se establecen los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

De acuerdo al Consejo de Estado¹, éstas leyes marco confieren hoy en día un campo de acción más amplio al poder ejecutivo, para expedir las normas que han de desarrollar tales disposiciones generales, para que con decretos con capacidad decisoria, ponga en funcionamiento y desarrolle los principios y políticas, fijadas por el legislador.

Así las cosas, es característica fundamental del RÉGIMEN DE PRESTACIONES SOCIALES el que, ésta función está constitucionalmente atribuida al Congreso para que mediante ley marco dicte normas generales y señale los objetivos y criterios a los

¹ Sentencia de la Sección Segunda de fecha 27 de noviembre de 1991.

cuales debe someterse el Gobierno para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos, dado el vínculo legal y reglamentario; y regule el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, por su vínculo contractual, mejorables mediante la contratación colectiva. Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales, son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.

El Consejo de Estado en Sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, Radicación No **11001-03-25-000-2002-00224-01(4564-02); 11001-03-25-000-2002-0239-01(4904-02); 11001-03-25-000-2002-00276 01(5882-02)** dijo entre otros aspectos que, del análisis del artículo 150 de la Constitución Política y del artículo 12 de la Ley 4 de 1992, se concluye que la determinación del RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el Legislador; en cuanto al régimen salarial el Gobierno señala el límite máximo salarial de los servidores públicos Territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden Nacional.

5.3 SON DISIMILES LOS CONCEPTOS DE SALARIO Y PRESTACIÓN SOCIAL, CUBREN ASPECTOS DISTINTOS Y LAS COMPETENCIAS PARA SU ESTABLECIMIENTO SON DIVERSAS. LA PRIMA DE SERVICIOS NO ES PRESTACIÓN SOCIAL, SINO QUE A LA VEZ ES SALARIO Y FACTOR SALARIAL.

Se entiende por PRESTACIONES SOCIALES, los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados. Al respecto puede verse: Consejo de Estado, Auto de mayo 25 de 2000, Exp. 991078-581-00.

Son conforme al artículo 14 del Decreto 3135 de 1968, artículo 5 del Decreto 1045 de 1978 y la Ley 100 de 1993 PRESTACIONES SOCIALES: Asistencia médica, Auxilio por enfermedad, Indemnización por accidente de trabajo, Enfermedad profesional, Auxilio por maternidad, Vacaciones, Prima de vacaciones, Bonificación por recreación, Prima de Navidad, Auxilio de cesantía, pensión de jubilación, Pensión de invalidez, Pensión de retiro por vejez, Auxilio funerario y, seguro por muerte. Lo anterior, de acuerdo a JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ, Derecho Administrativo Laboral, Tomo I, Página 791.

Ahora bien, con vigencia a partir del día 1 de septiembre de 2002, el DECRETO 1919 DE 2002 dispone que, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector 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. Se agrega allí que, las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.

En éste aspecto es de traer a colación la CIRCULAR NO 001 DEL 28 DE AGOSTO DE 2002, en la que el Departamento Administrativo de la Función Pública, mencionó cuales son las prestaciones sociales que se podrían reconocer y pagar a saber: Prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, subsidio familiar, auxilio de cesantía, intereses a las cesantías, calzado y vestido de labor, pensión de vejez (jubilación), indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pensión de invalidez, indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio de maternidad, auxilio por enfermedad, indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, auxilio funerario y, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico.

Se agrega allí en la circular que, los FACTORES QUE NO SON PRESTACIÓN SOCIAL SINO SALARIO, tales como prima de servicios, gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación y bonificación por servicios prestados, a que se ha hecho referencia para la liquidación de las diferentes prestaciones sociales, se tendrá en cuenta en la medida en que hayan sido establecidos para el respectivo departamento, distrito o municipio, mediante ordenanza o acuerdo.

En lo que alude a la determinación del RÉGIMEN SALARIAL EN EL ORDEN TERRITORIAL, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-510 del 14 de julio de 1999, concluyendo que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales:

- Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen.
- Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar solo los límites máximos en los salarios de éstos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el Legislador.
- Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate.
- Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

Son normas aplicables: Constitución Nacional (Artículos 150; 189, numeral 14; 287; 300, numeral 7; 313, numeral 6; 305, numeral 1 y, 315, numeral 7), Ley 4ª de 1992 (Artículos 2, 3, 4, 6, 7, 10), Decreto 1042 de 1978 (Artículo 3), Decreto 1950 de 1973 (Artículos 8, literal b) y c))

Es de mencionar en éste aspecto que, CONSTITUYEN SALARIO todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Al efecto puede verse: Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 839 de 1996 y 954 de 1997; Sección II, Plena de Unificación Jurisprudencial, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 2500023250002006150901 (0112-09) Consejero Alvarado Ardila.

La expresión ASIGNACIÓN es predicable exclusivamente del empleo público, constituye uno de los factores salariales y corresponde al valor mensual básico señalado para el cargo o empleo, de acuerdo con los criterios y objetivos señalados por la Ley y según la estructura de los empleos, y su nivel determinado por la naturaleza de las funciones, responsabilidades y calidades exigidas para su desempeño (Decreto Ley 1042 de 1978 y Ley 4ª de 1992).

Entre los FACTORES DE SALARIO Y DE REMUNERACIÓN se encuentran: El incremento salarial por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el reconocimiento por coordinación, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima anual de servicios, la bonificación por servicios prestados, los viáticos recibidos por funcionarios en comisión de servicios. Al respecto ver JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ, Derecho Administrativo Laboral, Páginas 770 a 782.

En lo que corresponde a los FACTORES SALARIALES ÉSTOS SE TIENEN en cuenta para liquidar prestaciones sociales: Vacaciones (artículo 17 del Decreto 1045 de 1978), Prima de navidad (Artículo 33 del Decreto 1045 de 1978), Cesantía y pensiones (Artículo 45 ib.), otras prestaciones (Artículo 46 ib.) y, Cesantías en el nivel territorial (Artículo 2 del Decreto 2712 de 1999).

5.4 LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES DE EDUCACIÓN Y DOCENTES, CON EL CURSO DE LOS AÑOS HA TENIDO MODIFICACIÓN PRODUCTO DE LA CENTRALIZACIÓN Y LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA. LOS DOCENTES NO TIENEN UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES.

La definición de docente la proporciona el artículo 2º del decreto ley 2277 de 1979: *Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales, y no oficiales en los distintos niveles que integran el sector. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.*

La educación pública fue objeto de CENTRALIZACIÓN, toda vez que 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 las Comisarías, al paso que se definió como un servicio público a cargo de la Nación.

Es de considerar que, en vigencia de la Constitución de 1991, mediante la Ley 60 de 1993, se fijaron parámetros sobre la distribución de competencias y recursos, dando inicio a la DESCENTRALIZACIÓN del servicio educativo. Con dicho mandato se determinó la entrega por parte de la Nación a los departamentos y distritos de los bienes, el personal y los establecimientos educativos, para que ellos asumieran la prestación de éste servicio.

Los docentes que prestan sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son EMPLEADOS OFICIALES DE RÉGIMEN ESPECIAL y, tal régimen

comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3° del Dcto 2277/79) pero, en manera siquiera alguna, regula lo relativo a régimen especial de salarios y prestaciones.

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994, se refirió al tema en los siguientes términos: "...Los empleados públicos están sometidos a un régimen salarial y prestacional cuyas normas, criterios y objetivos generales dicta el congreso y a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijarlo y regularlo (C.P. art.150-19e). Por su parte, en el nivel departamental y en el municipal, LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN correspondientes a las distintas categorías de empleo, se determinan por la asamblea y el concejo respectivamente (C.P. art. 300-7 y 313-6)

5.5 EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 91 DE 1989 PRINCIPALMENTE SE REFIERE A ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES SOCIALES. LA NORMA NO CREA SALARIO O PRESTACIÓN SOCIAL ALGUNO.

- El artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Se dispone allí que a partir de la vigencia de dicha ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes y que, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones allí consagradas.

Así mismo el parágrafo 2° dispone que, 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; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

De ésta norma extracta el Despacho que:

- El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone que a partir de la vigencia de dicha ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por diversas disposiciones;
- La norma se refiere a aspectos relacionados con prestaciones sociales, más no salarios o factores salariales, toda vez que se menciona que, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones allí consagradas;
- Se dispone en el parágrafo 2° que, 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, a efecto de garantizar situaciones anteriores a la norma y,

- La Ley 91 de 1989 menciona las primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones; pero no está creando salario, prestación social o factor salarial alguno, ni determina requisitos para acceder al beneficio; además que el Objeto de la Ley es crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5.6 EL CONSEJO DE ESTADO HA SIDO ENFÁTICO EN ADVERTIR QUE LOS DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS NO TIENEN DERECHO A LA PRIMA DE SERVICIOS CON FUNDAMENTO EN LA LEY 91 DE 1989, 60 DE 1993 Y 115 DE 1994.

La Sección Segunda, Subsecciones A y B, del Consejo de Estado con fecha 15 de junio de 2011² y reiterado el 7 de diciembre de 2011³, manifestaron entre otros aspectos lo siguiente:

- 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.
- El régimen prestacional de los docentes nacionales o nacionalizados es el mismo para todos los niveles, según lo fijado por el gobierno nacional, bajo el marco normativo del Congreso y las normas que lo regulan cambian en cuanto a la responsabilidad del pago. En materia de prestaciones, los empleados públicos docentes, vinculados por una entidad territorial territorial solo son beneficiarios de aquellas prestaciones que el legislador haya deferido en su favor.
- Para la Corporación Judicial, resulta manifiestamente improcedente la inclusión de la prima demandada, simplemente porque esta prestación está por fuera de la ley, no comporta un derecho adquirido y no puede formar parte de las asignaciones de los empleados.
- No es posible ordenar el reconocimiento de la prima de servicio porque, no existe un soporte normativo válido y, por supuesto, esta clase de prestaciones no puede ser objeto de homologación con respecto a las demás plantas 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 el demandante.
- No puede alegarse la existencia de derechos adquiridos en contra de la Constitución y de la ley y no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados del hecho de haberlas percibido indebidamente, pues se repite, esta prestación no está dentro de las previstas por el Gobierno Nacional dentro del marco regulatorio fijado por el Legislador. Adicionalmente debe precisarse que el servidor queda sometido a

² Radicación No 68001-23-15-000-2001-02569-01 (0550-07), Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

³ Radicación No 68001-23-15-000-2001-02579-01 (2200-07), Magistrado Ponente DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

las normas vigentes al inicio de su vinculación y todas las que las modifiquen o subroguen durante el término de su servicio.

5.7 LA CORTE CONSTITUCIONAL HA ADVERTIDO QUE A LOS DOCENTES TAMPOCO LE ES APLICABLE EL DECRETO 1042 DE 1978 Y QUE NO HAY VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD CUANDO SE TRATA DE RÉGIMENES DIFERENTES.

Por su parte la Corte Constitucional en la Sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, al estudiar entre otras, la constitucionalidad de los artículos 1º (Campo de aplicación) y 58 (De la prima de servicio), del Decreto 1042 de 1978, determinó: Declarar exequibles los apartes “del orden nacional” y, “Los funcionarios a quienes se aplica el presente decreto”, que refieren éstas normas.

Allí, luego de aludir a la aplicación del principio de concurrencia en la determinación del régimen salarial de los servidores de la Rama Ejecutiva en el orden territorial, señala que, es improcedente prima facie un juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles. Al ser para el Despacho, éste último aspecto el que cobra mayor relevancia en el asunto sub examine, se procede a reseñar que para la Corte Constitucional deben ser analizados los siguientes supuestos:

La inferencia de una discriminación injustificada que contradice el principio de igualdad, depende de la comprobación de tres premisas definidas. La primera consiste en la determinación suficiente acerca de los sujetos o situaciones jurídicas particulares y concretas respecto de la cual se predica el tratamiento desigual; la segunda premisa la conforman las razones que hacen que los mencionados sujetos o situaciones jurídicas sean comparables, aspecto que la jurisprudencia ha denominado como la construcción tertium comparationis y, la tercera premisa corresponde a la identificación, si a ello hay lugar, de una previsión de rango constitucional que justifique la adopción de un tratamiento distinto entre sujetos o posiciones jurídicas que prima facie deben estar reguladas por el ordenamiento de manera análoga.

En el caso 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.

Refiere que, en sentencia C-313 de 2003 dijo que, si cada régimen especial es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales.

Afirma que en Sentencia C-995 de 2000 dijo la Corte que, el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, la cual no se presenta en el caso bajo examen, pues diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, que hacen que cada beneficio en particular no pueda ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad. Aspecto que reitera en la Sentencia que se reseña.

Uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de Servidores Públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.

La determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas.

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. Esto a partir de la 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.

Exigir que el Decreto 1042 de 1978, 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 su expedición, por cuanto fue expedido en razón de las facultades para el ejercicio de la actividad legislativa otorgadas al Gobierno por la Ley 5 de 1978, por cuanto el artículo 1º faculta por el término de noventa días para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional.

Dice la Corte allí que, tanto a partir de la Constitución derogada, como de la carta política vigente, el Gobierno Nacional tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la rama ejecutiva del nivel territorial. Dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía allí explicado.

5.8 EL DECRETO 1545 DE FECHA 19 DE JULIO DE 2013 ESTABLECE POR PRIMERA VEZ LA PRIMA DE SERVICIOS PARA EL PERSONAL DOCENTE Y DIRECTIVO DOCENTE Y ALLÍ PREVÉ UNA REGULACIÓN COMPLETA A PARTIR DEL AÑO 2014 A DIFERENCIA DE LA LEY 91 DE 1989 QUE SIMPLEMENTE ALUDÍA A ELLA.

El Decreto 1545 de fecha 19 de julio de 2013. El artículo 1º del referido Decreto expedido por el Presidente de la República dispone: Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014. En el año 2014 se dispone que será de 7 días de la remuneración mensual del docente o directivo y a partir del año 2015 y en adelante, será equivalente a 15 días de la remuneración.

Se señala que, la prima de servicios que se establece, será cancelada por las entidades territoriales certificadas en educación, en los primeros 15 días del mes de julio de cada año; que son factores para su liquidación la asignación básica, el auxilio de

transporte y la prima de alimentación, incluyéndose además la asignación adicional que corresponde a los directivos docentes y que se requiere haber laborado un año completo o en forma proporcional siempre que se haya laborado un término de 6 meses.

Además de lo anterior, se regula la situación de su pago cuando hay cambio de autoridad nominadora; que constituye factor salarial para el pago de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad; su incompatibilidad con otras primas que se perciban por el mismo concepto, sin importar su denominación y cualquiera que sea su fuente de financiación y, su financiación con los recursos que conforman la partida en educación del Sistema general de participaciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001.

De otra parte se menciona que, ninguna autoridad podrá modificar el régimen de la prima de servicios que establece dicho Decreto; que el Departamento Administrativo de la Función Pública es el competente para conceptuar en materia salarial y prestacional, no pudiéndose arrogar ningún órgano ésta competencia y que, el Decreto rige a partir de su publicación, esto es el día 19 de julio de 2013, derogando todas las demás normas que le sean contrarias.

De lo visto se concluye por el Despacho que:

- i. En ejercicio de las competencias Constitucionales del Ejecutivo, el Decreto 1545 de fecha 19 de julio de 2013 establece por primera vez la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014;
- ii. El Decreto establece así la reglamentación de la prima de servicios siendo beneficiarios los servidores a que allí se alude, teniendo una regulación completa de éste factor de remuneración, a diferencia de la Ley 91 de 1989 que simplemente aludía a ésta;
- iii. Ello por cuanto se establece su periodicidad, factores para su liquidación, la situación de su pago cuando hay cambio de autoridad nominadora, que constituye factor salarial para el pago de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, su incompatibilidad con otras primas que se perciban por el mismo concepto, sin importar su denominación y cualquiera que sea su fuente de financiación y, su financiación con los recursos que conforman la partida en educación del Sistema general de participaciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001;
- iv. Se advierte que, ninguna autoridad podrá modificar el régimen de la prima de servicios que establece dicho Decreto y que,
- v. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el competente para conceptuar en materia salarial y prestacional, no pudiéndose arrogar ningún órgano ésta competencia y que, el Decreto rige a partir de su publicación, esto es el día 19 de julio de 2013, derogando todas las demás normas que le sean contrarias.

5.9 EL CASO DE MARRAS

Se advierte dentro del expediente que los señores CECILIA DEL ROSARIO LEÓN MOLANO, GRACIELA SUESCÚN CÁRDENAS, DORIS ÁLVAREZ CORREDOR, LYDIA DEL CARMEN CHAPARRO FONSECA, JULIA MARÍA BARRERA DE GAONA, JOSÉ CLAUDIO CALA BAYONA, GLORIA EVELIA

USSA ÁLVAREZ, DIANA MARÍA GUERRA GÓMEZ, HAIDY YAZMÍN TALERO BUSTAMANTE, PILAR EUGENIA DUARTE ZAFRA, se desempeñan o se desempeñaban como docentes en el Colegio de Boyacá –Establecimiento Público Adscrito al Municipio de Tunja (folios 275 a 286) y que mediante escrito radicado ante dicho establecimiento educativo el 22 de noviembre de 2012, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios, desde el 1º de enero de 2002, al considerar que tenían derecho de acuerdo a lo ordenado en el parágrafo 2 del numeral 4 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, y artículo 115 de la ley 115 de 1994 (folio 25); petición que le fue resuelta en forma negativa por el Colegio de Boyacá, mediante el acto administrativo acusado.

Visto lo anterior, se advierte que No es posible que a los demandantes en su condición de docentes y directivos docentes al servicio del Estado, se les reconozca la prima pretendida en la forma y términos pedidos en la demanda porque:

- a) La regulación de la estructura administrativa, el empleo público, sus funciones y emolumentos, es un aspecto que se encuentra regulado en la Constitución y la Ley, estableciendo sus beneficiarios, campo de aplicación y autoridades competentes para su establecimiento;
- b) El servidor público queda sometido a las normas vigentes al inicio de su vinculación, y todas las que lo modifiquen o subroguen durante el término de su servicio, por ser su situación legal y reglamentaria;
- c) Los docentes que prestan sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son empleados de régimen especial, y tal régimen comprende el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro, pero, en manera siquiera alguna, regula lo relativo a régimen especial de salarios y prestaciones;
- d) El régimen docente previsto por las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1194, como advirtió el Consejo de Estado, No prevén el reconocimiento de la prima de servicios para los educadores que tienen el carácter de nacional o nacionalizado, de acuerdo con lo previsto por la ley 91 de 1989;
- e) El hecho que en la Ley 91 de 1989 se aluda a la continuidad en el pago de la prima de servicios, no implica que se esté creando por cuanto, no determina allí los elementos y condiciones para su reconocimiento;
- f) Como advirtió la Corte Constitucional, para el reconocimiento de la prima reclamada No existe un soporte normativo válido, y esta clase de beneficios no puede ser objeto de homologación con respecto a las demás plantas de personal de empleados de otra índole laboral;
- g) Es improcedente prima facie un juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles;
- h) Cada régimen especial, debe ser mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales y los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente para enfrentarlos con sistemas también especiales.
- i) Tampoco es posible extender los efectos de la aplicación del Decreto 1042 de 1978, específicamente respecto de la prima de servicios a los docentes oficiales, porque el mismo no le es aplicable a dicho personal;
- j) El Decreto 1919 de 2002 tampoco es sustento del reconocimiento por cuanto allí lo que se extiende a los Servidores Territoriales son las Prestaciones Sociales, más no los salarios y los factores salariales y, los demandantes tampoco encajan como Personal Administrativo de las Instituciones Educativas.

- k) El Decreto 1545 de fecha 19 de julio de 2013 establece por primera vez la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014; norma que regula en forma completa éste factor de remuneración, a diferencia de la ley 91 de 1989, artículo 15, que simplemente aludía a esta.
- l) Así las cosas, sin la existencia de fundamento normativo para los periodos reclamados, es improcedente el reconocimiento de la prima solicitada; ir en una vía disímil implicaría vulnerar el principio de legalidad;
- m) La prima de servicios es un factor salarial, que a su vez se tiene en cuenta para liquidar prestaciones sociales, teniéndose competencia restringida entre el Gobierno Nacional y el Congreso para su determinación, y como quiera que se estableció con el Decreto 1545 de 2013, es a partir de allí que se hace exigible su reconocimiento previo cumplimiento de todos los requisitos allí previstos y no antes como lo pretende la parte actora.

Ahora bien es de precisar que, los otros precedentes que se enuncian no son aplicables por referirse a docentes territoriales con regulación local de la prima de servicios (municipio de floridablanca), existir una norma posterior que crea la prima de servicios (decreto 1545 de 2013), haberse expedido una sentencia en ejercicio de control de constitucionalidad (sentencia c-402 de 2013), existir pronunciamientos del consejo de estado que niegan la prima a los docentes nacionales y nacionalizados (sentencias del 15 de junio y 7 de diciembre de 2011, radicados 0550-07 y 2200-07) o no referirse a lo sustancial sino a la vigencia de interpretaciones judiciales divergentes y, tener efectos interpartes y no erga omnes (sentencia t-1066 de 2012).

El Despacho observa que el Consejo de Estado con fecha 22 de marzo de 2012 se pronunció con respecto a la prima pretendida⁴ manifestando que: Al interpretar las disposiciones de la Ley 91 de 1989 y salvo las excepciones especiales, resultaba claro que los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1 de enero de 1990, quedaron comprendidos dentro de las regulaciones de carácter salarial y prestacional de los demás servidores públicos, que se encuentran consignados entre otros, en los Decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, pues el listado de las normas no debe tenerse como taxativo; que en lo que tenía que ver con la prima de servicios, ha de remitirse al artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 y que, a la demandante en su carácter de docente territorial le asistía el derecho al reconocimiento de la prima de servicios, por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, no resultando lógico que la entidad territorial negara el reconocimiento de un emolumento a uno de sus empleados, so pretexto de que la Ley 91 de 1989 haya excluido al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de pagar tal obligación, sin poderse confundir los compromisos prestacionales a los que está obligado el fondo con las obligaciones laborales que deben ser pagadas por el nominador, pues son situaciones completamente diferentes.

Con respecto a ésta posición del Consejo de Estado, el Despacho considera que ésta no tiene efectos vinculantes para resolver éste asunto por cuanto, la misma es de una subsección del Consejo de Estado a la que se oponen otras dos decisiones de la misma Corporación y de diferentes Subsecciones que no acceden al reconocimiento de la prima de servicios; referirse a docentes territoriales con regulación local de un

⁴ Radicación No 68001-23-31-000-2001-02589-01 (2483-10), Magistrado Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

Municipio como es Floridablanca; luego de ésta se profirió una sentencia en ejercicio de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional como es la Sentencia C-402 de 2013, la cual a diferencia de ésta tiene efectos erga omnes y no inter partes y, el Presidente de la República además expidió una reglamentación que regula el asunto estableciendo la prima de servicios, Decreto cuyas directrices primigenias provienen de una Ley marco en ejercicio como se vio de competencias Constitucionales.

En igual sentido se menciona un precedente en Sede de Tutela en la Sentencia T-1066 del 6 de diciembre de 2012⁵ de la Corte Constitucional el cual no tiene efectos erga omnes y además tampoco se pronuncia respecto a lo sustancial del caso de marras por cuanto allí se menciona que:

“Si bien es cierto que el Tribunal Administrativo de Risaralda, como lo demuestra el actor⁶, llega a conclusiones diferentes en cuanto al reconocimiento del pago de la prima de servicios a docentes oficiales frente a lo decidido por el Tribunal Administrativo del Quindío, también lo es que, por ejemplo, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca comparte la misma interpretación del Tribunal accionado, como lo hace notar uno de los intervinientes en sede de tutela en representación de los docentes⁷. Sin embargo, como se expresó previamente, dicha comparación es inútil tratándose de tribunales ubicados en el mismo nivel jerárquico, a la luz de los principios de autonomía e independencia judicial.

*En efecto, como ya se anotó en esta sentencia y se reitera ahora, el hecho de sostenerse, en una decisión judicial, un criterio diferente al utilizado por otros operadores jurídicos, no implica per se una violación del principio de igualdad, ni constituye en sí mismo una de las causales específicas para la procedibilidad de la acción de tutela respecto de providencias judiciales.*⁸

Así, la comparación propuesta por el actor, entre decisiones de diferentes tribunales de la misma jerarquía y especialidad, resulta inane desde el punto de vista constitucional para determinar la posible vulneración del principio de igualdad por cuenta de las decisiones adoptadas por el Tribunal accionado. Sería diferente si el municipio accionante manifestara que el Tribunal (i) sostiene un criterio interpretativo opuesto al utilizado por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (por manera que se viera trasgredido el precedente judicial vertical), sin ofrecer razones suficientes y adecuadas para apartarse del precedente, supuesto que no se presenta en este asunto como se demostró previamente dando cuenta de la posición del Consejo de Estado; o (ii) sostiene un criterio interpretativo diverso al que ha utilizado el mismo tribunal en pronunciamientos anteriores frente a casos análogos (con desconocimiento del precedente judicial horizontal y del principio de igualdad), lo cual no se ha alegado, ni se encuentra demostrado en este caso. En síntesis,

⁵ Magistrado Ponente Dr. ALEXEI JULIO ESTRADA. Caso relacionado con Acción de Tutela interpuesta por el Municipio de Armenia al solicitar la protección de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, presuntamente conculcados con las decisiones del Tribunal Administrativo del Quindío de reconocer, a través de sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho, el pago a favor de personal docente de la prima de servicios con cargo al Municipio de Armenia, Quindío.

⁶ Folio 82, cuaderno principal.

⁷ Folio 116, cuaderno 1 de la Corte.

⁸ Sentencia T-565 de 2006.

ninguno de los supuestos recién mencionados se configura, y el sostener una posición diferente a la de otros operadores judiciales de la misma jerarquía y especialidad no constituye una razón para considerar vulnerado el derecho a la igualdad, ni para invalidar las providencias judiciales acusadas.

Por lo expuesto, se procederá a confirmar la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 24 de mayo de 2012, la cual confirmó la sentencia proferida por la Sección Quinta de la misma Corporación el 16 de febrero de 2012, mediante la cual se negó el amparo de tutela de los derechos al debido proceso y a la igualdad del actor, dentro de la acción de tutela del Municipio de Armenia contra el Tribunal Administrativo del Quindío”.

En lo que alude al precedente del Tribunal Administrativo de Boyacá, de fecha 15 de julio de 2014 y Radicación No 2013-00018-01, éste Despacho considera respetuosamente que es del caso apartarse del mismo en atención a que:

1. El Superior Funcional de ésta Instancia no se ha pronunciado respecto a las razones y argumentos que han llevado en otros casos similares a éste Despacho a negar las pretensiones de la demanda;

2. La Sentencia de segunda instancia no se pronuncia respecto a la Sentencia C-402 de 2013 de la Corte Constitucional y,

3. La Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia de Tutela de fecha 15 de mayo de 2014, Radicación No 11001 0315 000 **2013 02125** 01, siendo Magistrado Ponente el Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA, al estudiar un asunto relacionado con la aplicación del Decreto 1042 de 1978 a Servidores Públicos fuera de su ámbito de aplicación, la asimilación de factores salariales como prestacionales y su extensión de acuerdo al Decreto 1919 de 2002 a servidores territoriales y el análisis de vulneración del derecho a la igualdad entre regímenes diferentes; DETERMINÓ que el Tribunal de Cundinamarca había incurrido en una vía de hecho, consecuencia de lo cual se vulneraron los derechos fundamentales de la parte allí demandante. Por ende dispuso revocar la providencia de tutela de primera instancia para en su lugar dejar sin efectos la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenarle que profiriera una nueva decisión.

De conformidad con lo anteriormente expuesto es dable inferir que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico vigente, en razón a que niegan a la parte actora el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios en la forma pedida por los demandantes, y no se logró demostrar causal alguna de nulidad que haga que los mismos sean retirados del mundo jurídico.

Bajo las consideraciones expuestas, el Despacho precisa que las excepciones que el Colegio de Boyacá denominó AUSENCIA DE LOS REQUISITOS AXIOLÓGICOS, PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE LA PRIMA DE SERVICIOS EN FAVOR DE LOS DOCENTES DEMANDANTES, y tiene vocación de prosperidad, por tanto así se declarará en la parte resolutive de la decisión.

Conforme al inciso 3° del artículo 282 del CGP, aplicable por remisión normativa del artículo 306 del CPACA, y por prosperar medios exceptivos que conllevan a negar todas las pretensiones de la demanda, es del caso por ésta Instancia abstenerse de examinar los restantes.

COSTAS.

El artículo 188 del CPACA dispone que:

Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso:

- a) Se dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso (parte demandante), Líquidense por Secretaría.
- b) Como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación se señala la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$150.000), conforme lo señala el Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.
- c) En la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (Numeral 8° del artículo 365 del CGP)

EL ARANCEL JUDICIAL.

Con respecto al Arancel Judicial dispuesto en la Ley 1653 del 15 de julio de 2013, es de manifestar que el artículo 5° de ésta normatividad, disponía que se encuentran exceptuados del mismo los asuntos contencioso laboral; no obstante en reciente fallo la Corte Constitucional (sentencia C 169 de marzo 19 de 2014, siendo MP Dra. María Victoria Calle Correa), declaró inexecutable la referida ley.

En mérito de lo expuesto el JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probadas la excepción que el Colegio de Boyacá denominó AUSENCIA DE LOS REQUISITOS AXIOLÓGICOS, PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE LA PRIMA DE SERVICIOS EN FAVOR DE LOS DOCENTES DEMANDANTES, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior **NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovida por CECILIA DEL ROSARIO LEÓN MOLANO, GRACIELA SUESCÚN CÁRDENAS, DORIS ÁLVAREZ CORREDOR, LYDIA

DEL CARMEN CHAPARRO FONSECA, JULIA MARÍA BARRERA DE GAONA, JOSÉ CLAUDIO CALA BAYONA, GLORIA EVELIA USSA ÁLVAREZ, DIANA MARÍA GUERRA GÓMEZ, HAIDY YAZMÍN TALERO BUSTAMANTE, PILAR EUGENIA DUARTE ZAFRA en contra del **COLEGIO DE BOYACÁ- MUNICIPIO DE TUNJA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. Costas en esta instancia y Agencias en Derecho en contra de la parte vencida según lo indicado.

CUARTO. En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso y archívese el proceso previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI”. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

QUINTO. La presente providencia deberá ser notificada conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011, de igual manera se indica que contra la misma procede recurso de apelación en los términos y condiciones del artículo 247 de la misma obra.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Juez