REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, Dieciocho (18) de agosto de 2015

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE:	ELSA MENDIVELSO COCUNUBO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
EXPEDIENTE:	150013333013201400030-00.
TEMA:	RECONOCIMIENTO 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. DEMANDA Y CONTESTACION

1. PRETENSIONES.

Estuvo encaminada a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No 1.2.1.- 38-2013PQR30340/02 del 15 de octubre de 2013, por medio del cual se niega el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios a que tiene derecho, por laborar o haber laborado como docente, 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 recibe la demandante, para que la prima legal o de servicios sea tenida en cuenta en las correspondientes liquidaciones; 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 (Folio 2).

2. HECHOS.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narra los siguientes:

Dice la parte actora que labora (o laboró) como docente vinculada al servicio público de la educación del Departamento de Boyacá; por lo anterior radicó derecho de petición ante el ente territorial accionado, solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicio, desde el 1° de enero de 2003 a la fecha; mediante

el acto administrativo acusado, le fue resuelta en forma desfavorable la petición presentada.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.

A. Como disposiciones violadas cita la parte actora de orden Constitucional el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 25, 29, 53, 83, 90, 93, 94, 121, 122 y 209; y de orden legal el parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, ley 812 de 2003, la ley 115 de 1994; y el CPACA.

B. Respecto al concepto de violación grosso modo afirma lo siguiente:

Se indica en la demanda que los actos administrativos objeto de impugnación se encuentran afectados de nulidad por violación de normas supranacionales, constitucionales y de orden legal; además por falsa motivación y desviación de poder.

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 Departamento de Boyacá 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.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS.

A. NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL:

Sostiene que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de la obligación reclamada por esta vía, puesto que la ley no lo encargo de forma alguna de intervenir en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales o de salud, lo cual está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así como tampoco está a cargo de los trámites de las reclamaciones, las cuales se encuentran en cabeza de la entidad territorial correspondiente, sin que haya lugar a que se interprete como una delegación de funciones y que estén actuando a nombre del Ministerio. Aclara que los recursos con que se eroga o cubre los pagos tampoco son del presupuesto del Ministerio, ni son administrados por éste.

Señala que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular, conforme a la ley, de la obligación que demanda la actora, toda vez que no fue la entidad que emitió el acto demandado, y tampoco tuvo injerencia en los hechos que han generado las demandas, ni en los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de obligaciones.

Igualmente refiere que no le asiste el derecho a la actora al reconocimiento y pago de la prima de servicios reclamada, en razón a que el Decreto ley 1042 de 1978 que regula el citado factor no se aplica a los docente por expresa disposición, pues en el artículo 104 literal b prevé que dicho decreto no se aplica " *Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva*", precepto que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 566 de 1997.

Sostiene que los docentes se encuentran regulados por un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ejercen, el cual se encuentra previsto en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993, 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, el cual contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos; así mismo tienen un sistema especial de carrera contenido en la ley 2277 de 1979 y Decreto 1278 de 2002.

Agrega 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 dichos conceptos a cargo de la nación como entidad nominadora, y no del FNPSM, pues el hecho de referirse el citado parágrafo a la "continuación" del pago de las prestaciones relacionadas, hace evidente que la protección de la norma hace relación a un emolumento que ya existía y no como se ha interpretado la creación de uno nuevo.

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.

Como excepciones propuso las que denomino:

a) Prescripción y asuntos judiciales: Para determinar con precisión los derechos de cada individuo es necesario identificar las reclamaciones laborales que cada funcionario presentó.
b) 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.
c) Pago de lo no debido: Refiere que las pretensiones de la demandante 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 quiere hacer ver la demandante, tergiversando lo expuesto en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.
d) Falta de Legitimación en la causa: Dice la Nación – Ministerio de Educación Nacional que no existe nexo causal entre los hechos que originaron la presentación de la demanda y el Ministerio, situación que por sí misma lo libera de responsabilidad (sobre esta excepción se pronunció el Juzgado en la audiencia incial – fls. 112 y ss).

B. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ:

Dice que no es procedente acceder al reconocimiento de la prima de servicios establecida por los artículos 42 literal f y 58 del Decreto 1042 de 1978, por cuanto esta gratificación no hace parte de la remuneración que en el marco del régimen especial de carrera docente, ha previsto la ley para este grupo de funcionarios, hecho que reconoce esta disposición, al excluirlos en forma expresa de su ámbito de

aplicación, a través del literal b del artículo 104 del citado Decreto. normativa que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 566 de 1997.

Señala que la carrera docente oficial hace parte de los denominados sistemas especiales de carrera, actualmente regulada por los Decretos 2277 de 1979, 1278 de 2002, 1850 de 2002, Leyes 91 de 1989, 115 de 1994, 715 de 2001 y los decretos nacionales de salarios que anualmente modifican la escala de asignaciones, pero éstas disposiciones No contemplan la prima reclamada.

Acceder al reconocimiento solicitado conllevaría además el desconocimiento de los postulados de la ley 4ª de 1992 y de la prohibición impuesta por los decretos nacionales de salarios a las autoridades administrativas del orden territorial, de modificar las asignaciones salariales de este grupo de servidores públicos, porque pertenecen a un régimen especial de carrera y están sujetos a una condición particular, propia y específica en esta materia, y al ordenar su eventual pago se estaría incurriendo en una actuación irregular y carente de cualquier efecto legal.

Refiere 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 dichos conceptos a cargo de la Nación, en virtud de la nacionalización de la educación, y no del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues al hablar el citado parágrafo de "continuación" del pago de prestaciones allí relacionadas, hace evidente que la protección de la norma es en relación con un emolumento que ya existía y no como se ha interpretado la creación de uno nuevo.

El Decreto 1919 de 2002 estableció el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y reguló el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales del nivel territorial, en el cual se determinó que gozarán de las consagradas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, enunciando en el artículo 1° a los empleados a los que se les aplica la referida norma, dentro del cual no se menciona al personal docente ni directivo docente.

Señala que la Sentencia emitida por la Corte Constitucional T 1066, en la que se revisó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío citada por la parte actora, en realidad no niega ni reconoce la prima de servicios, pues únicamente se limitó a afirmar que la interpretación dada por el citado Tribunal Administrativo fue razonable y motivada.

Como excepciones propuso las que denomino:

a) Prescripción: En el evento en que se otorgue por el Despacho el reconocimiento de la prima de servicios, se debe dar aplicación a la prescripción trienal de derechos de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, teniendo en cuenta que la accionante pretende le sean reconocidos derechos salariales y prestacionales desde el año 2003, pero la reclamación administrativa la presentó el 3 de julio de 2003, configurándose así el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto de los periodos anteriores a los 3 años de la petición.

b) Inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento: No se puede decir que el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 haya creado la

prima de servicios para docentes y directivos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que en aras de garantizar derechos adquiridos de aquellas asignaciones que ya se encontraban debidamente reconocidas y de asegurar un responsable en el pago de dichos conceptos, ello en virtud de la nacionalización de la educación, se designa como responsable a la Nación y no al FNPSM, de la continuidad en el pago de los conceptos relacionados en el parágrafo 2 de la norma en cita, por cuanto al Fondo como entidad de previsión le corresponde el pago de las prestaciones sociales comunes a cargo de terceros.

c) Cobro de lo no debido: No hay fundamento legal que ampare el petitum de la demanda, por lo tanto y por disposición legal No le asiste derecho a la accionante, pues no existe regulación alguna que determine el pago de la prima de servicios, además porque el Decreto 451 de 1984 y el Decreto 1048 de 1972 excluyen de su aplicación al personal docente de los distintos organismos de la rama ejecutiva.

d) Ausencia de Litis consorte necesario: (El juzgado se pronunció sobre este medio exceptivo en la audiencia inicial llevada a cabo el 21 de mayo de 2015, en donde se declaró no probada --fls. 112 – 115-).

Efectuado el correspondiente traslado de las excepciones, **LA PARTE ACTORA** guardo silencio (folio 109).

II. TRAMITE DE LA INSTANCIA

1. TRAMITE.

La demanda fue presentada el 4 de marzo de 2014 (folio 24), fue admitida el 12 de marzo del mismo año (folio 26); auto notificado en debida forma a la parte demandante el 13 de marzo de 2014 (folios 27 y 28), a las partes demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, el 19 de agosto de 2014 (folios 33 a 36), 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 25 de agosto hasta el 26 de septiembre de 2014 (folio 39) y el traslado de la demanda (artículo 172 ley 1437) inició el 29 de septiembre de 2014 y finalizó el 11 de febrero de 2015 (folio 63); 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 111), la que se celebró el 21 de mayo del año en curso (fls. 112 y ss). En igual forma, el día 30 de junio de 2015, se dispuso la celebración de la audiencia de pruebas (Folio 125).

2. ALEGATOS DE LAS PARTES Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO.

En audiencia de pruebas celebrada el día 30 de junio de 2015 (Folio 125), 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.

A. PARTE ACTORA. Guardo silencio.

B. PARTES DEMANDADAS:

i) **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ:**

Recalca lo expuesto en la contestación de la demanda; en especial reitera que el Decreto 1042 de 1978 no es aplicable a los docentes por expresa disposición de dicha normativa; igualmente refiere que los docentes tienen un sistema especial de prestaciones contenido en los Decretos 2277 de 1979, 1278 de 2002, 1850 de 2002, ley 115 de 1994, ley 91 de 1989, ley 715 de 2001, así mismo tienen un régimen especial en jornada laboral, periodo de vacaciones, carrera especial, y salud; en consecuencia no se pueden comparar al régimen común de los demás servidores públicos.

Agrega que la H. Corte Constitucional mediante sentencia C – 402 del 3 de julio de 2013 estudio la constitucionalidad de la expresión del "orden nacional" contenida en el Decreto 1042 de 1978, declarándola exequible, bajo el argumento que existe imposibilidad general para comparar prestaciones entre regímenes laborales diversos, entre el nacional y el territorial, de manera que la corporación acepto la existencia de dos regímenes especiales entre trabajadores y empleados ya sean oficiales o privados, sin que ello signifique la vulneración del derecho a la igualdad, ya que para probar el quebrantamiento de este derecho fundamental, debe existir una discriminación entre iguales frente a situaciones fácticas idénticas, la cual para el caso que nos ocupa no se aplica.

Señala que la ley 91 de 1989 en ningún momento derogó en forma expresa o tácita la excepción contenida en el artículo 104 del decreto 1042 de 1978, por el contrario, en fallos jurisprudenciales se ha ratificado expresamente la vigencia de dicha excepción, bajo el entendido que tal distinción que se realiza en la ley, más que violar la Constitución, reconoce las particularidades del ejercicio de la profesión docente, afirmación plasmada en la sentencia C-566 de 2007 (fls. 150 a 158).

ii) **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL:** Guardó silencio.

C. MINISTERIO PÚBLICO. No presentó concepto.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMAS JURIDICOS.

Es de mencionar que al momento de fijar el litigio ésta Instancia determinó como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

1. ¿Tiene derecho la demandante en su condición de docente 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?

2. ¿Se extiende a la demandante el derecho subjetivo a la prima de servicios consagrado en el Decreto 1042 de 1978?

3. ¿Para la época en que se solicita el reconocimiento de la prima de servicios, existe sustento normativo que lo reconozca a los Docentes Departamentales, ya sea vinculados como Nacionales, Nacionalizados o Territoriales?

4. ¿Es viable extender a los docentes 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. POSICION DE LAS PARTES RESPECTO AL CASO SUB EXÁMINE.

La PARTE ACTORA, afirma 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 Departamento de Boyacá 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.

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. El Decreto 1042 de 1978 establece factores constitutivos de salario, entre los cuales se encuentra la prima de servicios, pero 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.

Por su parte el Departamento de Boyacá sostiene que no es procedente acceder al reconocimiento de la prima de servicios establecida por los artículos 42 literal f y 58 del Decreto 1042 de 1978, por cuanto esta gratificación no hace parte de la remuneración que en el marco del régimen especial de carrera docente, ha previsto la ley para este grupo de funcionarios, hecho que reconoce esta disposición, al excluirlos en forma expresa de su ámbito de aplicación, a través del literal b del artículo 104 del citado Decreto, normativa que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 566 de 1997. La carrera docente oficial hace parte de los denominados sistemas especiales de carrera, actualmente regulada por los Decretos 2277 de 1979, 1278 de 2002, 1850 de 2002, Leyes 91 de 1989, 115 de 1994, 715 de 2001 y los decretos nacionales de salarios que anualmente modifican la escala de asignaciones, pero éstas disposiciones No contemplan la prima reclamada. La Sentencia T- 1066 emitida por la Corte Constitucional, en la que se revisó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío citada por la parte actora, en realidad no niega ni reconoce la prima de servicios, pues únicamente se limitó a

afirmar que la interpretación dada por el citado Tribunal Administrativo fue razonable y motivada.

El MINISTERIO PÚBLICO: No emitió concepto

3. HECHOS PROBADOS.

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

- La demandante ELSA MENDIVELSO COCUNUBO, el 12 de julio de 2013 presentó derecho de petición ante la Gobernación de Boyacá, a efectos que le reconocieran y pagaran la prima de servicios (folios 13 a 15), petición que le fue negada mediante el acto administrativo acusado (folios 16 a 19).

B. Incorporados como medios de convicción durante la Audiencia de Pruebas llevada a cabo el 30 de junio de 2015 (Folio 125 y ss).

- Se incorporó la comunicación No. 1.2.5.1.3-38 PQR 21947-15 calendada el 17 de junio de 2015, suscrita por la Doctora RAQUEL YAMILE RATIVA GARCÍA, profesional especializado de Historias Laborales, por medio de la cual se aportó el certificado de tiempo de servicios de la actora.
- Se incorporó el certificado de salarios y devengados a nombre de la señora ELSA MENDIVIELSO COCUNUBO aportado por la parte demandada en la diligencia.

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 Departamento de Boyacá planteó como excepciones de fondo: i) prescripción, ii) inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento, y iii) cobro de lo no debido.

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.

Se debate en el sub exámine si, la demandante ELSA MENDIVELSO COCUNUBO, le asiste el derecho a que en su condición de docente se le reconozca la prima de servicios reclamada a través de este medio de control.

5.1. LA SITUACIÓN LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO ES DE CARÁCTER LEGAL Y REGLAMENTARIO Y SE REGULA POR NORMAS QUE SON SE 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 2° 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. CARÁCTER REGLADO DEL 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 Estado[1], 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 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 DISCIMILES LOS CONCEPTOS DE SALARIO Y PRESTACIÓN SOCIAL, CUBREN ASPECTOS DISTINTOS Y LAS COMPETENCIAS PARA SU ESTABLECIMIENTO SON DIVERSAS. LA PRIMA DE SERVICIOS NO ES PRESTACION 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.

---

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

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 ARBELAEZ, Derecho Administrativo Laboral, Tomo 1, 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 (Artículos150; 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. 25000232500020061509O1 (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 ARBELAEZ, 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 2° 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 3º 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 PRESTACION SOCIAL ALGUNO.

Dispone el artículo 15 de la ley 91 de 1989, 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 2011[2] y reiterado el 7 de diciembre de 2011[3], 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

[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.

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 territoriales 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 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 REGÍMENES 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 1° (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 1° 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 artículo 1° del Decreto 1545 de fecha 19 de julio de 2013, 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 las 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 CASO DE MARRAS

Está acreditado que la señora ELSA MENDIVELSO COCUNUBO, presta sus servicios como docente en el nivel básica secundaria, vinculación en propiedad como NACIONALIZADA, hasta la fecha en que se expide el certificado de tiempo de servicios por la Secretaría de Educación de Boyacá, esto es hasta el 17 de Junio de 2015, se desempeña como docente en el Instituto Educativo Panamericano Puente Boyacá – sede principal del Municipio de Ventaquemada (Boyacá) (folios 122 a 124).

Igualmente se acreditó que la parte demandante, el 12 de julio de 2013 presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Boyacá, a efectos que le reconocieran y pagaran la prima de servicios establecida por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (folios 13 a 15), petición que le fue negada mediante el acto administrativo acusado (folios 16 a 19).

Visto lo anterior, se advierte que No es posible que a la demandante en su condición de docente al servicio del Estado, con vinculación como NACIONALIZADA, se le reconozca la prima de servicios 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 los mismos no son aplicables 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, la demandante 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) 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.
m) Así las cosas, sin la existencia de fundamento normativo para los periodos reclamados, es improcedente el reconocimiento de la prima solicitada;– se insiste -, porque la norma que regula esa acreencia laboral excluye de su aplicación al personal docente; ir en una vía disímil implicaría vulnerar el principio de legalidad;

Ahora bien es de precisar que los precedentes que se enuncian en la demanda 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 de servicios[4] 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; 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 2012[5] 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 actor[6], 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 docentes[7]. 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.*

---

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

[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.

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, 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". (Subrayas fuera de texto)

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;

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

[8] Sentencia T-565 de 2006.

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.

4. Además de lo anterior el H. Consejo de Estado al resolver una acción de tutela de segunda instancia emitida dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2014-02304-01, siendo demandante el Departamento de Boyacá y demandado el H. Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia de fecha 26 de febrero de 2015, decidió amparar el derecho de acceso a la administración de justicia y dejo sin efectos la sentencia de 15 de julio de 2014 (que accedió al reconocimiento y pago dc la prima de servicios a favor de la docente demandante) proferida por dicha corporación, al no haberse pronunciado sobre la aplicabilidad de la sentencia C – 402 de 2013, y ordenó que dentro de los 10 días siguientes profiera una nueva decisión de conformidad con los parámetros establecidos en esa sentencia.

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 la demandante y no se logró demostrar causal alguna de nulidad que haga que los mismos sean retirados del mundo jurídico.

Bajo las consideraciones expuestas en el desarrollo de la presente audiencia, el Despacho precisa que la excepción que el Departamento de Boyacá denomino INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO, tiene vocación de prosperidad, por tanto así se declarará en la parte resolutiva de la decisión.

Conforme al inciso 3° del artículo 282 del C.G.P., 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.

6. LAS 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 regirán 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, esto es a la PARTE ACTORA. Liquídense por Secretaría.

b) Como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación se señala el valor de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($150.000),

conforme al 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 365 del CGP).

7. 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), declaro inexequible 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 probada la excepción que el Departamento de Boyacá denominó inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento, 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 ELSA MENDIVELSO COCUNUBO, 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. 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.

QUINTO. En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento 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.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Juez