

Doctora

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ

SECCION SEGUNDA

E.

S.

D.

REFERENCIA: PROCESO No. 1100133350172014--00576 00
DEMANDANTE: OLGA JANETH HERRERA TORRES
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RECONOCIMIENTO DEL DEREHO

MARIA DORIS CASAS UBAQUE, abogada titulada, identificada con cédula No. 51.900.471 de Bogotá, y Tarjeta Profesional No. 108.395 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada judicial del Departamento de Cundinamarca- Secretaria de Educación en el proceso de la referencia, conforme al poder que adjunto al presente escrito, con el debido respeto solicito se me reconozca personería para actuar y manifiesto al señor Juez que estando dentro del término legal procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** así:

1. PRETENSIOENES

1.1. Me opongo en razón a que la expresión “*del orden nacional*” contenida en el Decreto 1042 de 1978 (que creó la prima de servicios como factor salarial para los servidores públicos del orden nacional) fue declarada exequible en sentencia dela Corte Constitucional C-402 de 3 de julio de 2013 de ahí que, al in aplicar dicha expresión se estaría desconociendo la aludida sentencia que constituye precedente jurisprudencial.

1.2. Me opongo en razón a que el Decreto 1042 de 1978 (en el cual se encuentran reguladas la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados) en el artículo 104 fue muy claro al exponer: “**ARTICULO 104, DE LAS EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE ESTE DECRETO.** Las normas del presente decreto no se aplicarán a las siguientes personas cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones: (...) b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva” (Subrayado fuera de texto). Exclusión que fue declarada EXEQUIBLE por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-566 DE 1997, por lo cual no es posible in aplicar pues existe sentencia que declara la exequibilidad de dicho mandato. Por otro lado, hay que observar que la sentencia C-402 de 1978 declaró exequible el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 artículo que regula la prima de servicios.

1.3. Me opongo en razón a que se inaplique la expresión “*del orden nacional*” contenida en el encabezado de los decretos mencionados por el demandante, en razón a que se desconocería el precedente judicial de la Corte Constitucional en sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, que declaró exequible la expresión “*del orden nacional*” del artículo 1 del Decreto 1042 de 1978.

1.4. Me opongo a que se inapliquen las circulares mencionadas por el demandante, en razón a la existencia de un régimen salarial y prestacional especial para los docentes oficiales, diferente al marco normativo establecido para los demás regímenes salariales y prestacionales de los demás servidores públicos. Régimen especial, que encuentra su regulación entre otras disposiciones, en el artículo 15 de

la ley 91 de 1958, artículo 6 de la ley 60 de 1993, Parágrafo 2 del artículo 105 y 115 y Parágrafo del artículo 175 de la ley 115 de 1994 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 1381 de 1997; 1850 de 2002 y en especial los Decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002; normatividad específica que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos y totalmente diferente a la establecida en materia prestacional para los demás empleados públicos del orden nacional regulada entre otros por el Decreto 1042 de 1978, que de manera expresa en el artículo 104 literal b) excluye al personal docente de los distintos órganos de la rama ejecutiva de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Exclusión que fue declarada EXEQUIBLE por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-566 de 1997, por consiguiente en manera alguna contrarían ordenamiento jurídico alguno.

Es de observar que si bien los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, normas vigentes aplicables a los empleados del orden nacional que les asisten igualmente al personal docente, efectivamente relacionan diferentes prestaciones, no menos cierto es que las mismas no incluyen, ni mencionan y mucho menos otorgan o conceden la prima de servicios, expresamente excluida del catálogo salarial y prestacional docente, en virtud de los literales b) del artículo 104 de Decreto 1042 de 1978 y 4 del Decreto 451 de 1984, premisa que ha sido prohijada de antaño por el H. Consejo de Estado, quien mediante su Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto No. 820 de 22 de mayo de 1996, precisó lo siguiente.

“En cuanto al régimen jurídico que alude al conjunto de prestaciones sociales, el artículo 17 de la ley 6° de 1945, citado por el consultante, ha sido sustituido por el artículo 5° del Decreto – ley 1045 de 1978 que, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, prescribe las reglas generales. Por tanto, deberán reconocerse y pagarse las siguientes prestaciones: asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico, vacaciones, prima de vacaciones, prima e navidad, auxilio por enfermedad; indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional; auxilio de maternidad, auxilio de cesantía; pensión vitalicia de jubilación, pensión de invalidez, pensión de retiro por vejez; auxilio funerario y seguro por muerte.

“...El régimen jurídico vigente y obligatorio de prestaciones sociales para los docentes estatales, que incluye no solamente al personal nacional y nacionalizado sino también al personal territorial, es el establecido en la Ley 91 de 1989. El personal que figure vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989, mantiene el régimen prestacional que ha venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes; y el personal legalmente vinculado a partir del 1° de enero de 1990, se rige por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, contenidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en concordancia con la ley 60 de 1993...”

Lo anterior, permite dilucidar cualquier duda del régimen prestacional especial de los docentes y lo más importante para el presente caso, cuales son las prestaciones sociales de las que goza el personal educativo en virtud de lo contenido en las normas que conforman el mismo régimen especial; situación clara e inequívoca y en la cual no se encuentran amparados o respaldadas las prestaciones económicas que solicita el demandante, esto es la *prima de servicios*, la *bonificación por servicios prestados* y la *bonificación especial de recreación*; de ahí que, resulta necesario reiterar que las mismas se encuentran claramente excluidas para el personal docente por disposiciones normativas que se encuentran vigentes, motivo por el cual se impone su negativa.

Aunado a lo anterior la prima de servicios y la bonificación por servicios, que solicita la demandante, constituyen factor salarial conforme a lo previsto en el Decreto 1042 de 1978, artículo 42 y el Decreto 1919 de 2002 regula las prestaciones sociales.

1.5. Me opongo en razón a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 26 de julio de 2013 (allegado con la demanda) mediante el cual la Secretaría de Educación de Cundinamarca negó la petición de la demandante, toda vez que su contenido es consecuente y concordante con el ordenamiento jurídico para el caso, como se demostrará más adelante.

1.6; 1.7; 1.8; 1.9; Me opongo a las pretensiones enunciadas en los numerales **1.6; 1.7; 1.8; 1.9;** referidas a la declaratoria del reconocimiento y pago de la *prima de servicios; bonificación por servicios prestados; bonificación especial de recreación y prestaciones económicas;* en razón a que, el régimen salarial y prestacional fijado para los docente oficiales (diferente del marco normativo establecido para los demás regímenes salariales y prestacionales de los demás servidores públicos) no incluye, menciona otorga o concede la bonificación referida, la cual por demás se halla excluida del catálogo salarial y prestacional docente, en virtud del literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 y 4 del Decreto 451 de 1984.

1.10. Me opongo a esta pretensión toda vez que los docentes se rigen por normatividad especial, como se indicó en precedencia.

CONDENAS ESPECÍFICAS (RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO)

1.11; 1.12; 1.13; 1.14; 1.5; 1.6 y 1.7.- Me opongo a las condenas específicas, enunciadas en los numerales **1.11; 1.12; 1.13; 1.14,1.15;1.16 y 1.17;** referidas al reconocimiento y pago de la *prima por servicios prestados; bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación y prestaciones económicas; reajuste a las prestaciones económicas , indexación y cumplimiento de la sentencia;* en razón a que como se indicó en precedencia, la demandante en su calidad e docente **no tiene derecho al reconocimiento de las mismas**, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

2. HECHOS

SOBRE LA RELACION LABORAL

2.1. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.2. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.3. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.4. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.5. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.6. al 2.8. Es cierto según consta en la certificación de salarios de los años 2011, 2012 y 2013, allegada con la demanda.

2.9. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.10. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.11. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

1.12. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

SOBRE LA PRIMA DE SERVICIOS

1.13. Es cierto de conformidad con la normatividad vigente, decreto 1042 de 1978 dispuso su aplicación para aquellos funcionarios del orden nacional a quienes se les aplica este decreto. Y como se dijo anteriormente la aquí demandante, en su calidad de docente, no goza de este beneficio.

1.14. No es un hecho es un juicio subjetivo del apoderado de la parte actora.

1.15. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

SOBRE LA BONIFICACIÓN ANUAL POR SERVICIOS

2.16. Es cierto de conformidad con la normatividad vigente, decreto 1042 de 1978 dispuso su aplicación para aquellos funcionarios del orden nacional a quienes se les aplica este decreto. Y como se dijo anteriormente la aquí demandante no goza de este beneficio.

2.17. No es un hecho es un juicio subjetivo del apoderado de la parte actora.

2.18. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

SOBRE LA BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN

2.19. Es cierto de conformidad con la normatividad vigente, decreto 1042 de 1978 dispuso su aplicación para aquellos funcionarios del orden nacional a quienes se les aplica este decreto. Y como se dijo anteriormente la aquí demandante no goza de este beneficio.

2.20. No es un hecho es un juicio subjetivo del apoderado de la parte actora.

2.21. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

2.22. Es cierto de acuerdo con la constancia laboral expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca –Dirección de Personal Docente y Administrativo.

3. RAZONES DE LA DEFENSA

A continuación se esgrimen las razones de hecho y de derecho que sustentan la contestación de la demanda de reconocimiento y pago de la *prima de servicios*, *bonificación por servicios prestados* y *bonificación por recreación*.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, el extremo demandante expone que su poderdante es docente al servicio del Departamento de Cundinamarca, con vinculación legal y reglamentaria y que hasta la fecha no ha percibido el pago de la *prima de servicios*, *bonificación por servicios prestados* y la *bonificación por recreación*, estipulada en la Ley 91 de 1989, el Decreto 1042 de 1978, entre otras normas que a decir de la parte actora regulan dichas primas y que habiendo solicitado el reconocimiento y pago de las mismas ante la Entidad demandada, la misma le fue negada.

4. EN RELACION CON LA PRIMA DE SERVICIOS.

De conformidad con lo establecido en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, en especial el Decreto Nacional 1042 de 1978, que creó la *prima de servicios*, en los artículos 58, 59 y 60 y a su vez en su artículo 104 consagró como excepción que la misma no se aplicaría a las siguientes personas cuya remuneración se establece en otras disposiciones.

“b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva”. Declarado exequible en sentencia Corte Constitucional C-566 DE 1997...”

Es preciso indicar que el personal docente, se rige por un régimen especial el cual no reconoció la *prima de servicios*, como es el caso de los docentes y directivos docentes del Departamento de Cundinamarca.

Para mayor ilustración, dicha *prima de servicios*, para el personal docente y directivo docente oficial de las Instituciones Educativas, ha sido reconocida mediante el Decreto No. 1545 de fecha 19/07/2014, la cual según lo allí dispuesto, será a partir del año 2014, de ahí que el pago de la misma debe contar con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los mencionados Decretos.

3.2.b) En relación con la prima de servicios – factor salarial:

El artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 le da carácter de FACTOR SALARIAL a la *prima de servicios* así:

“De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitualmente y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:
(...)
f) La prima se servicio”.

1. Competencia para crear y reglamentar los factores salariales:

Reiteradamente la Jurisprudencia del Consejo de Estado se ha basado en el artículo 150 de la Carta Política, numeral 19, literal e) que al respecto preceptúa:

“Corresponde al Congreso hacer leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”

Por ello, cualquier acto administrativo que se emita por parte de las entidades territoriales es abiertamente contrario a derecho por no ser ellos los llamados a ejercer reconocimiento alguno. Complementariamente, de acuerdo al artículo 189 numeral 11 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República reglamentar dichas leyes y a su turno, la ley 4 de 1992 establece en su artículo primero muy claramente:

“El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico”

Por su parte el artículo 15 de la LEY 715 DE 2001 dispone:

“Los recursos de la participación para educación del sistema general de participaciones se destinan a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnico y administrativos, en las siguientes actividades:

15.1 Pago de personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales;

15.2. Contribuciones a la infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de las Instituciones educativas”.

El proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria establecido por la ley 43 de 1975, el cual se hizo en forma gradual se inició desde el 1° de enero de 1976 al 31 de diciembre de 1980, finalizado este, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleados públicos del orden nacional.

La ley 91 de 1989 en su artículo 15, dispuso:

“...A partir de la vigencia de la presente 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:

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

A su vez la ley 60 de 1993 dispuso en el Artículo 6:

“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”

Ahora bien, la Ley General de Educación o ley 115 de 1994 en su artículo 126 determina categóricamente que los educadores que ejerzan funciones de dirección, coordinación, Supervisión e Inspección, de Programación y Asesoría, son directivos docentes, es decir tienen carácter docente en cuanto a su vinculación se rigen administrativa y salarialmente por el llamado Estatuto Docente; así lo afirman los Decretos Nos. 2277/79, 1860/94 y 1278 de 2002 nuevo estatuto de profesionalización docente.

La mencionada incorporación de las plantas de personal se realizó en el Departamento de Cundinamarca mediante los Decretos 01838 de agosto 12 y 3400 de diciembre 22 de 1997, no obstante los salarios y demás emolumentos a que tienen derecho estos funcionarios se siguieron y siguen cancelando con dineros del Sistema General de Participación.

Así las cosas, se infiere que de acuerdo a la Ley General de Educación, ley 115 de 1984, determina categóricamente que los educadores que ejerzan funciones de dirección, coordinación, supervisión e Inspección, Programación y Asesoría, son directivos docentes, es decir tienen carácter docente en cuanto a su vinculación se rigen administrativa y salarialmente por el llamado Estatuto Docente; así lo afirman los Decretos Nos. 2277/79.

La ley 115/94 sobre el régimen prestacional expuso:

“...ARTICULO 175. PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DE LA EDUCACIÓN ESTATAL. *Con los recursos del situado fiscal y demás que se determinen por la ley se cubrirá el gasto el servicio educativo estatal, garantizando el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media. Estos recursos aumentarán anualmente de manera que permitan atender adecuadamente este servicio educativo.*

PARÁGRAFO. El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto –ley 2277 de 1979, de la ley 4 de 1992 y demás normas que los modifiquen y adicionen.

5. La Ley 91 de 1989 artículo 115.

La citada ley tuvo por objeto crear el Fondo de prestaciones sociales del Magisterio. Como su nombre lo indica, administra las PRESTACIONES y no los FACTORES SALARIALES de los educadores. Sise hade una lectura detallada de la totalidad de los artículos que componen dicha ley, siempre se habla de FACTORES PRESTACIONALES Y NUNCA DE SALARIALES.

En este orden de ideas, la Ley 91 de 1989, en su artículo 2° dispuso que las prestaciones sociales del personal nacional y las causadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley, así como los reajustes y las situaciones de pensiones son a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

La demandante se refiere al artículo 15 de la citada ley para justificar la petición y reconocimiento de la prima de servicios a los educadores, pero esta norma solo se refiere a las prestaciones así:

“A partir de la vigencia de la presente 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: ver art.6 Ley 60 de 1993.”

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 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, DAECRETOS 3135 DE 1968, 1848 DE 1969 Y 1045 DE 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en la ley.

2.- Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se le reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de Jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley se reconocerá sólo una **pensión** de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (Negrilla fuera de texto)

6. Régimen salarial y prestacional:

Para ilustración del Despacho se refiere la Sentencia emitida el 29 de mayo de 2013 por el Juzgado Noveno Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, dentro del proceso 2012-00030 demandante MAGDA PILAR CASTILLO SANCHEZ, DEMANDADO BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL, cuyas pretensiones o declaraciones pretendían el reconocimiento y pago de la prima de servicios de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, conceptos acogidos tanto por el Consejo de Estado, como por la Corte Constitucional en sentencias emitidas dentro de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, que se han adelantado contra el Departamento de Cundinamarca.

El juzgado Noveno Administrativo de Descongestión, expresó:

*“(...) Ahora bien, en lo concerniente a la prima anual de servicios, se conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y 58 del decreto 1042 de 1978, la prima de servicios **constituye factor salarial**, se cancela anualmente y equivale a 15 días de remuneración, que se pagará dentro de los primeros quince días del mes de junio de cada año...”* (Negrilla fuera de texto)

Más adelante agregó:

*“Ahora bien, el artículo 1 del Decreto 1919 de 2002, hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional para los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, entre otros órganos, no obstante, la pretensión de la demanda de reconocimiento de la prima de servicios no tiene vocación de prosperar por cuanto el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo inicialmente mencionado, **dado que esta acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional** (...)”* (negrilla fuera de texto).

Refiriéndose a la ley 91 de 1989, sostuvo: *“De conformidad con la anterior disposición los docentes nacionalizados que figuen vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantienen el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial... **No hace referencia al régimen salarial,...**”*

En concordancia con lo anterior, la ley 812 de 2003, cuya vigencia prorrogó el artículo 60 de la ley 1151 de 2007 igualmente se refirió tan solo al régimen prestacional y no salarial, por lo que no es posible concluir que con base en dichas normas, la ley 91 de 1989 en su parágrafo 2, haya instituido la prima de servicios y mucho menos la reglamentó, pues sólo fue hasta el año 2013 con la expedición del Decreto 1545 de 2013 que se creó.

7. Inaplicabilidad del decreto 1042 de 1978

Si bien el Consejo de Estado ha inaplicado la expresión **“del orden nacional”** contenida en el artículo primero de dicha norma, eso lo hizo antes de la Corte Constitucional expediera la Sentencia C-402 DE 2013, a la cual nos referiremos más adelante.

Existencia de precedente judicial con base en la declaratoria de exequibilidad de artículo 104 del decreto 1042 de 1978 que exime textualmente a los docentes de la aplicación del decreto aludido. En estas condiciones resulta contradictoria y excluyente la inaplicación de la expresión ya anotada, ya que la Corte Constitucional ha establecido los siguientes requisitos para que proceda la figura:

- Si existe precedente judicial, en especial sentencia de exequibilidad como en el presente caso, ésta hace tránsito a cosa juzgada y produce efectos erga omnes.
- Prevalece sobre las sentencias proferidas por el Consejo de Estado porque la guardiana de la Constitución es la Corte Constitucional y por tanto es el juez natural de cierre.
- Por seguridad jurídica y en virtud del principio de cosa juzgada, una vez proferida la sentencia de exequibilidad, no procede la inaplicación, o viceversa solo procede la inaplicabilidad de una norma si no hay sentencia de exequibilidad.

d. La inaplicabilidad no excluye del ordenamiento jurídico la norma inaplicada, teniendo efectos inter partes. De inaplicarse en este caso el Decreto 1042 de 1998 se desconocería el efecto erga omnes de la sentencia C-566 de 1997.

8. Sentencias proferidas a favor del departamento de Cundinamarca sobre el tema de prima de servicios solicitada por docentes:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se ha pronunciado sobre el tema de PRIMA DE SERVICIOS para docentes y directivos docentes, en forma favorable para el DEPARTMAENTO DE CUNDINAMARCA, en varias ocasiones, acogiendo plenamente los argumentos expuestos por la entidad demandada así:

No.	EXPEDIENTE	ACTOR
1	2013-051	ALBA INES HERRERA CELIS
2	2013-326	ROSA MARIA AMAYA AMAYA
3	2013-058	TERESA DE JESUS VELASQUEA
4	2013-364	SANDRA JANETH MORELES Y OTROS
5	2013-350	EDILMA GREGORIA ACOSTA AYLA
6	2012-061	JULIA ELVIRA MARTIN BELLO
7	2013-436	SONIA YAMILE FONSEC ROMERO
8	2014-123	ORLANDO URIEL CARRERA VALLE
9	2013-436	LUS MARTIN PAIBA Y OTROS
10	2013-049	PEDRO BELTRAL BELTRAN
11	2014-00025	MARTHA CECILIA RODRIGUEZ CASAS
12	2014-013	ELSA ZORAIDA NOVA BARRNTES
13	2014-063	BARBARA CASALLAS TRIANA
14	2014-116	JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ SANCHEZ
15	2014-094	NILMA DEL CARMEN CIPAGUATA
16	2013-340	FANY FORERO DE PARRA
17	2014-043	BELSY YADIRA FIGUEREDO
18	2014-119	LILIA REGINA SANCHEZ
19	2014-007	MERY YOLANDA BARRANTES SANCHEZ
20	2013-292	MARIA BRITIS POLOCHE
21	2014-068	MARCELAFORERO ARIZA
22	2013-671	ELSA MANJARRES
23	2014-058	MARCO EMIGDIO MOZO FONSECA
24	2013-402	JOSE MANUEL ALMECIGA ALMECIGA
25	2014-097	FLOR NELLY GAITAN DEMORA
26	2013-352	ZAIDA YUBLENY AGUILAR GONZALEZ Y OTROS
27	2013-586	JAENY ELIZABERTH AMECIGA
28	2013-636	JORGE ALEJANDRO GARAVITO DIAZ
29	2013-351	CLARA LIGIA BRAVO

Se resalta que en el proceso 2013-051 se entabló tutela por vía de hecho contra sentencia judicial, ante el Consejo de Estado, favorable al Departamento resultando en las dos instancias favorable a la demanda.

Aunado a lo anterior, sobre el particular, es preciso citar la Sentencia de Unificación Jurisprudencial, proferida por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejera Ponente Sandra LISSET IBARRA VÉLEZ, el 14 de abril de 2016, tema: reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, No. Interno 3828-2014, actora Nubia Yormar Plazas Gómez, Demandados-Nación-Ministerio de Educación Nacional- Departamento de Boyacá, proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

Sobre el particular, tal como lo advierte el Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia del 29 de abril de 2016, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Olga Elisa Gómez Rendón y Otros, proceso: 19001333300320130046301, Magistrado ponente DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO; concerniente al tema docentes, prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación. La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado En hizo un análisis conjunto de los artículos 42, 58 y 104 del Decreto Ley 1042 de 1978; el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y de algunas sentencias respecto del reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, fijando unas reglas jurisprudenciales respecto del reconocimiento de la aludida prestación

Indicó el alto Tribunal que, en la referida Sentencia de Unificación Jurisprudencial, expuso tanto los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de la prima de servicios para los docentes oficiales, y abordó la jurisprudencia en cita haciendo uso de las reglas y métodos de interpretación de la ley a través de un ejercicio hermenéutico y secuencial así: i) empleo del método histórico de manera conjunta con el teleológico o finalista para determinar la voluntad o intención del legislador al tramitar la Ley 91 de 1989; ii) aplicación del método sistemático para establecer el contexto de regulación de las normas que regulan la materia, junto con la Ley 91 de 1989; iii) interpretación literal con miras a despejar el sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y iv) aplicación del método de interpretación de acuerdo a la Constitución. Respecto de los métodos de interpretación histórico y teleológico, señaló que, en virtud de los antecedentes legislativos de la Ley 91 de 1989 no se concluye que la intención del legislador era la de crear la prima de servicios a favor de los docentes oficiales, *“pues, teniendo en cuenta que para el momento de la discusión y aprobación de dicha norma se encontraba vigente la exclusión contenida en el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, tendría que haberse formulado de manera clara y expresa el propósito de su creación o reconocimiento”*.

Indicó que fue el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013 el que creó la referida prima para este grupo de empleados a partir del año 2014. En cuanto al método de interpretación sistemático o por contexto, indicó que de las normas expresamente enunciadas en la Ley 91 de 1989 en ninguna de ellas se crea la prima de servicios a los docentes oficiales; tampoco en las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994, 715 de 2001, 812 de 2003, 1650 de 2013, ni en los Decretos 1272 de 2002. Solo el Decreto 1545 de 2013 establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir del año 2014.

En relación con el método de interpretación gramatical o literal, sostuvo que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 regula respecto de los docentes oficiales dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación. Bajo esa perspectiva, manifestó que el verbo *“continuar”* referido en el parágrafo 2, de acuerdo con su significado en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española²⁵ hace alusión a *“seguir haciendo lo comenzado”*. Por lo tanto, el correcto entendimiento de esa disposición normativa es que las prestaciones que *“continuarán”* a cargo de la Nación son aquellas que ya estaban reconocidas a los docentes oficiales nacionalizados, entre ellas la prima de servicio. Interpretación que en el contexto del Decreto Ley 1042 de 1978, especialmente el artículo 104, excluye a este grupo de su aplicación.

De otro lado, frente al método de interpretación conforme a la Constitución, HALLÓ IMPROCEDENTE (i) aplicar un juicio o test de igualdad entre el régimen de los

docentes oficiales y la generalidad de los empleados públicos, por tratarse de diferentes regímenes salariales y prestacionales de conformidad con jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto cada uno responde a requerimientos específicos de las entidades del Estado.

Además, advierte que mediante la C- 402 de 2013 la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “*del orden nacional*” contenida en varios apartes del Decreto Ley 1042 de 1978; (ii) aplicar el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, porque el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios consagrada en el Decreto Ley 1042 de 1978, por tanto no hay ningún tipo de renuncia a esa prestación, dado que la legislación no la contempló para ellos; (iii) aplicar el principio constitucional de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, por cuanto la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no ofrece ninguna duda seria y objetiva, la argumentación que se le opone deviene en “*acomodaticia*” y constituye “*una aproximación errada frente al verdadero sentido*” de la norma; y (iv) sobre la no regresividad de los derechos sociales, precisó que se requiere de la existencia previa de una disposición normativa que consagre el respectivo derecho, lo que no ocurre con la prima de servicios que reclaman los docentes oficiales, pues para ellos no existía norma que les hubiere reconocido esa prestación.

Finalmente, la sentencia de unificación sentó las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con el reconocimiento de la prima de servicios de los docentes oficiales:

“6.1. La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.

6.2. En aplicación de la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, la seguirán percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador, plasmada en dicha norma, consistió en respetar los derechos adquiridos de los maestros públicos que estuvieran en la situación descrita.

6.3. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario.

6.4. Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos no les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En tal virtud, los docentes oficiales nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

6.5. Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos no les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

6.6. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 201326, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días. Habiendo precisado, con el auxilio de los métodos de interpretación legal aplicados a la Ley 91 de 1989, las reglas jurisprudenciales que en lo sucesivo deberán tenerse en cuenta por esta jurisdicción al resolver controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, procede la Sala a realizar el estudio del caso en concreto”.

Y resolvió:

“PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con las controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, en el entendido que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no crea dicho factor de salario a su favor, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia. (...)”

3.3.- Sentencias de Unificación jurisprudencial, efecto vinculante.

Al tenor del artículo 237 de la Constitución Política el Consejo de Estado es el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Órgano de Cierre del mismo.

De otra parte, el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

“ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

De acuerdo con la norma transcrita el legislador le confirió la facultad de entregar a la jurisdicción contenciosa reglas de interpretación uniformes para solucionar casos análogos, y así lo ha reconocido la Corte Constitucional en la C- 588 de 2012:

“5.2.2. Resulta razonable que el Legislador, al regular los Procedimientos Administrativos, haya querido limitar el mecanismo de extensión administrativa de sentencias, a un tipo especial de ellas, las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, de las que por su naturaleza se deriva un alto grado de seguridad y certeza. En efecto, es este órgano el definido por la Constitución como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo y órgano de cierre del mismo (CP, 237), y como tal, ostenta el mandato de unificación jurisprudencial en su jurisdicción, condición que le imprime fuerza vinculante a

determinadas decisiones que profiere[3]. Restantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder vinculante de las anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación "claras, uniformes e identificables", en virtud del mandato constitucional aludido".

Señaló que como corolario de lo anterior, las reglas jurisprudenciales fijadas en virtud de la unificación tienen fuerza vinculante para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debiendo ser tenidas en cuenta al momento de decidir los casos puestos a su consideración.

En el caso bajo estudio se tiene que la demandante fue vinculada como docente oficial, razón por la cual, no es válido acceder al reconocimiento de la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación previstas en el Decreto 1042 de 1978, pues tal y como ha quedado consignado en precedencia, dicha disposición legal excluyó expresamente de su regulación a todos los educadores, independientemente del nivel, tanto a los nacionales como a los territoriales y nacionalizados.

De acuerdo con la interpretación hecha por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, la única excepción que consagró el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es que si las entidades territoriales hubieren reconocido a sus docentes la prima de servicios, éstos al mutar a nacionalizados continuarían devengándola a cargo de la Nación. Ello en garantía de sus derechos adquiridos, criterio que se refuerza con la sentencia de unificación proferida el 16 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, donde fijó las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta al momento de decidir un caso de reconocimiento de prima de servicios.

Consecuente con lo antes expuesto, al estar excluidos los docentes de la aplicación del Decreto 1042 de 1978, resulta inviable el reconocimiento de la prima de servicios en favor de la demandante.

9. EN RELACIÓN CON LABONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.

Es preciso señalar que la bonificación por servicios prestados, es un elemento de salario que está contemplado para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto-Ley 1042 de 1978, con excepción de los servidores señalados en el artículo 104, el cual consagró:

"ARTÍCULO 104.- De las excepciones a la aplicación de este decreto. Las normas del presente Decreto **no se aplicarán** a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:

- a) *A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.*
- b) *Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Declarado exequible sentencia Corte Constitucional 566 de 1997.*
- c) *A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72.*
- d) *Al personal de las fuerzas militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto-Ley 540 de 1977.*

- e) El personal de la policía nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.
- f) A los empleados del sector técnico-aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.
- f) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación.
- g) h) Al personal carcelario y penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989.”
(Negrilla fuera de texto)

Consecuente con lo anterior se tiene que desde su creación, el personal docente estuvo excluido del reconocimiento de la *Bonificación por Servicios Prestados*, así lo ratificó el Consejo de Estado en Sentencia del 2 de noviembre de 2006, MP. Alejandro Ordoñez Maldonado, en el cual se señaló:¹

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

Es de anotar que la Corte Constitucional en sentencias C-402 de 2013, declaró exequible que los beneficios salariales señalados en el Decreto ley 1042 de 1978 únicamente aplicarán a los empleados públicos del orden nacional.

Ahora bien, en cumplimiento del Acuerdo Único Nacional suscrito en el año 2015 entre el Gobierno Nacional y las Confederaciones y Federaciones de Sindicatos de servidores públicos se expidió el Decreto 2419 de 2015, por el cual se regula la bonificación por servicios prestados para los empleados públicos del nivel territorial. El Acuerdo al que se llegó en este punto excluyó expresamente al personal docente de Sector Educación, quienes cuentan con un sistema especial de remuneración.

Según el campo de aplicación del mencionado decreto, y lo acordado con las organizaciones sindicales en su momento, esta bonificación por servicios prestados se reconoce a los empleados públicos del nivel territorial actualmente vinculados o que se vinculen a las entidades y organismos de la administración territorial, del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, en los términos y condiciones señalados en la citada norma.

Con lo anterior, se concluye que **no es procedente el reconocimiento de la bonificación por servicios prestados** creada en el Decreto 2418 de 2015, al personal docente del orden territorial.

En suma, en relación con esta prestación se advierte:

- a. La Corte Constitucional en la Sentencia C-402 del 3 de julio de 2013 que constituye precedente judicial, como puntos principales estableció lo siguiente.

b. La expresión “del orden nacional” es constitucional.

c. No hay violación al derecho a la igualdad en relación a los funcionarios del orden territorial frente a los del nacional

d. La bonificación por servicios solicitada con base en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 no es procedente pues la norma se entiende derogada en el parecer de la Corte Constitucional, ya que el decreto 1374 de 2010 reguló nuevamente el tema, por lo que se refirió así: *“Como se observa, en aplicación de lo previsto en el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, ante la regulación por parte del Gobierno Nacional de los asuntos citados, las normas acusadas perderían sus efectos y se entenderían derogadas”*.

e. A lo anterior se añade que como ya se expuso, los educadores cuentan con el régimen especial que no contempla el reconocimiento de la bonificación por servicios.

4. TUTELAS POR VIA DE HECHO CONTRA SENTENCIA JUDICIAL

Con base en la expedición de la sentencia C-402 de 2013, las entidades públicas demandadas han venido siendo en su gran mayoría absueltas en las diferentes instancias judiciales; sin embargo, en 16 casos el Departamento de Cundinamarca fue condenado a pesar de la existencia del precedente judicial ya señalado. Ante esta situación el Departamento instauró tutelas por vía de hecho contra sentencia judicial ante el Consejo de Estado siendo protegidos los derechos fundamentales de este ente territorial por desconocimiento de precedente judicial, por violación directa de la Constitución y por falta de motivación para condenar. Incluso se dio un desacato por no cumplimiento de dicho fallo, lo cual el Consejo de Estado revocó directamente la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Es así que el Departamento de Cundinamarca ha hecho valer el debido proceso pues condenar a un ente territorial hoy en día en contradicción de la Sentencia C-402 de 2013 no resulta procedente.

4. EN RELACIÓN CON LA BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACION.

Sobre el particular se tiene que fue creada mediante Decreto Nacional 451 de 1984 *“Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial para el personal que presta servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas del orden nacional”* y mediante Decreto 404 de 2006 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional”*, el Gobierno Nacional, en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4° de 1992, señala: *“Artículo 1°. Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación”*

Atendiendo que la bonificación especial por recreación fue creada a través de la ley 451 de 1984, por la cual se dictan disposiciones en materia salarial y que el Decreto 404 de 2006, la establece como factor prestacional, es relevante dilucidar la distinción entre factores y prestaciones sociales, criterios que servirán para definir la naturaleza jurídica de la bonificación especial de recreación.

Por los factores salariales se entienden aquellos consagrados en una disposición legal y que hacen parte del salario percibido por el funcionario o el servidor público, los cuales, además del salario básico mensual, son aquellos consagrados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1979 (que excluyó de su aplicación a los docentes

art. 104) . Por su parte las prestaciones sociales se hallan definidas a través del Decreto 1045 de 1978, artículo 5 dentro de las cuales están las vacaciones y la prima de vacaciones.

Sobre el particular es importante precisar que el Consejo de Estado- Sala Consulta del Servicio Civil, en concepto del 26 de marzo de 1992 expresó:

“Prestación social: Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en fallos arbitrales o en cualquier otro unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo con motivo d la misma”

La misma Corporación, en concepto del 6 de diciembre de 1967, recogido por la doctrina y la jurisprudencia, expresó:

“Tanto en el sector público como en el privado, debe considerarse como sueldo o salario para los efectos legales, toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancia, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de este..., siempre que las asignaciones tengan como destinación la de remunerar el trabajo”.

En relación con lo expuesto, resulta claro que la *bonificación especial por recreación* es una prestación social en la medida que no remunera directamente el servicio y si la necesidad de auxilio adicional para las vacaciones concedidas en la legislación actual, como una prestación social, por consiguiente se halla en la misma línea con las vacaciones¹

Sobre el particular se advierte que no obstante la bonificación por recreación creada a través del Decreto 451 de 1984, continuar vigente y para el caso de los servidores públicos de la rama ejecutiva del nivel territorial, el pago de dicha bonificación se hizo efectiva para todos los funcionarios a quienes se le reconocieron vacaciones a partir del 1° de septiembre de 2002m, esto es desde la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002, no menos cierto es que los docentes oficiales en materia de régimen salarial y prestacional están cobijados por un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ejercen, el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001, Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así como por ejemplo tienen una jornada laboral y períodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto delos empleados del sector público.

Aunado a lo expuesto en precedencia, los docentes, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto –Ley 2277 de 1979-Estatuto Docente y Decreto 1278 de 2002- Estatuto de Profesionalización docente, tienen un sistema de carrera especial, por lo cual sus condiciones de entrada, ascenso y permanencia son distintas a las del resto de empleados, Es así como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se ha previsto para los docentes un régimen salarial y prestacional diferente al de los empleados públicos del orden

¹ Circular 013 del 25 de octubre de 2005

nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

Es así como el artículo 4° del Decreto 451/84, vigente a la fecha, establece:

“Artículo 4°. Las normas de este decreto no se aplicarán: “...b) Al personal docente de los distintos organismos de la rama ejecutiva.”

Y el Decreto Ley 1042 de 1978 (art1°) limita expresamente su campo de aplicación a los funcionarios de Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, entidades de las que no hacen parte los docentes.

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

Ahora bien, en relación con las disposiciones contenidas en la ley 91 de 1989, es de observar que las mismas en ningún momento, derogan, ni expresa ni tácitamente, la excepción contenida en el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978:

“Ahora bien, en relación con las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 es de observar que las mismas en ningún momento, derogan, ni expresa ni tácitamente, la excepción contenida en el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978:

“Artículo 104.- De las excepciones a la aplicación de este decreto. Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones: “... b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva”, como quiera que en la sentencia de precedente C-566 la Corte Constitucional ratificó expresamente la vigencia de dicha excepción, bajo el entendido de que la distinción que se realiza en la Ley, más que violar la Constitución reconoce las particularidades del ejercicio de la docente, sobre el particular, la Corte Constitucional expuso:

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

En consecuencia, en relación con el régimen especial que cobija a los docentes, nos encontramos frente a cosa juzgada constitucional, en donde no le es posible apartarse de la interpretación expuesta por la Corte Constitucional.

En el mismo sentido el Consejo de Estado en sentencia del 2 de noviembre de 2006, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, dispuso:

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

Sobre el particular la Corte Constitucional, se ha pronunciado en un caso similar cuando decidió sobre la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, que versa sobre la aplicación de precedentes judiciales, aclarando que:

“...todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al impero de la Constitución y la Ley, por expreso mandato Constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes... “con fundamento en todo lo anterior, la sala ratifica la obligación a todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción Contenciosa Administrativa por el Consejo de Estado, y en la Jurisdicción Constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizados en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que sistematizan en apartado...”

Sumado a lo anterior la ley 812 de 2003, establece que el régimen de prestaciones de los docentes que se encuentran vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido por el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la vigencia de esta ley. La ley 715 de 2001 preceptúa que a los docentes de los planteles educativos que se financien con los recursos del Sistema General de Participaciones solo se les podrá reconocer el régimen prestacional establecido por la Ley o de acuerdo a ésta (Ley 715 de 2001 artículo 38, inciso 3), La ley 91 de 1989 determina el régimen de prestaciones sociales que debe aplicarse al personal docente al servicio del estado y en el tema de vacaciones dispone que están continuarán rigiéndose por lo previsto en el estatuto docente y no incluye la prima de vacaciones (ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 4). Disposiciones que a la fecha se encuentran vigentes.

Consecuente con lo anterior no hay lugar al reconocimiento y pago de la bonificación especial por recreación a la demandante, dado el régimen especial que la cobija como docente al servicio del estado.

EXCEPCIONES

Como excepciones se proponen las siguientes:

1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN. Con fundamento en que de acuerdo con los argumentos de defensa expuestos a lo largo de la contestación de la demanda, con fundamento en la Sentencia de Unificación de la Jurisprudencia y con aplicación del artículo 10 de C.P.A.C.A., “*deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia*” no hay lugar al reconocimiento y pago de la **prima de servicios**. En igual sentido en lo concerniente a la **bonificación por servicios prestados**, del análisis conjunto del Decreto 1042 de 1978, artículo 104; la ley 91 de 1989 se colige que la **bonificación por servicios prestados**, establecida en el artículo 45 de la ley 1042 de 1978, no es aplicable al personal docente, ya que el citado decreto es aplicable a los servidores del orden nacional, régimen regulado por los decretos nacionales de salarios que incide sobre los empleados de los ministerios,

departamentos administrativos y demás entidades del orden nacional, **y no al personal docente que cuentan con un régimen especial**. En igual sentido respecto de la **bonificación por recreación** se advierte que de acuerdo con el 19 del Decreto 2710 de 2001 y el artículo 4 Decreto 451 de 1984 el personal docente no es beneficiario de la bonificación por recreación, de ahí que, se debe dar por probada la inexistencia de obligación frente al reconocimiento de dichos emolumentos.

2. COBRO DE LO NO DEBIDO. Con fundamento en que de acuerdo con los argumentos de defensa expuestos a lo largo de la contestación de la demanda, con fundamento en la Sentencia de Unificación de la Jurisprudencia y con aplicación del artículo 10 de C.P.A.C.A., “*deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia*” no hay lugar al reconocimiento y pago de la **prima de servicios**. En igual sentido en lo concerniente a la **bonificación por servicios prestados**, del análisis conjunto del Decreto 1042 de 1978, artículo 104; la ley 91 de 1989 se colige que dicha prestación creada mediante el decreto 1042 de 197, artículo 45, no es aplicable al personal docente, ya que el citado decreto es aplicable a los servidores del orden nacional, régimen regulado por los decretos nacionales de salarios que incide sobre los empleados de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades del orden nacional, **y no al personal docente que cuentan con un régimen especial**. En igual sentido respecto de la **bonificación por recreación** se advierte que es una prestación creada mediante el Decreto 451 de 1984, para los empleados públicos del orden nacional, la cual no se encuentra consagrada a favor de los docentes nacionales, de ahí que, se debe dar por probada la inexistencia de obligación frente al reconocimiento de dichos emolumentos.

3. PRESCRIPCION. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en 3 años. En el caso que nos ocupa, de acuerdo con los anexos de la demanda el extremo demandante presento la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación el 2013/06/19, de ahí que los derechos generados con anterioridad a los tres años se encuentran prescritos.

4. CADUCIDAD. En el caso bajo estudio el extremo demandante radicó la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación el 2013/06/19, le fue contestada el 2013/07/26 y radico la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el 29 de septiembre de 2014, esto es con posterioridad a los cuatro meses que dispone el artículo 164, Literal c) del C.P.C.A, para la presentación de la demanda.

PRUEBAS.

Solicito de tengan como pruebas las allegadas con la demanda y las siguientes que se aportan con la presente contestación:

1. Expediente administrativo de la señora OLGA YANETH HERRERA TORRES
2. Certificado de salarios de la señora OLGA YANETH HERRERA TORRES
3. Actos administrativos de nombramiento y posesión de la señora OLGA YANETH HERRERA TORRES

4. Certificado de Salarios de la señora OLGA YANETH HERRERA TORRES

ANEXOS

1. Poder otorgado por la Directora Técnica de Defensa Judicial y Extra Judicial de la Secretaría Jurídica del Departamento de Cundinamarca, con sus respectivos anexos.
2. Fotocopia de la tarjeta profesional y cédula de ciudadanía de la suscrita

NOTIFICACIONES

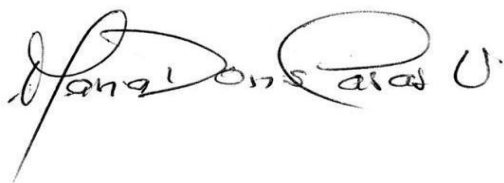
De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, informo los canales digitales de comunicación de la suscrita, de la siguiente manera:

Correo electrónico de la suscrita reseñado en el Registro Nacional de Abogados:
mdcasas@cundinamarca.gov.co

De conformidad con lo anterior solicito que las actuaciones judiciales que se adelanten sobre este proceso sean notificadas al correo electrónico: mdcasas@cundinamarca.gov.co, así como también al correo institucional de la entidad que represento notificaciones@cundinamarca.gov.co

De la misma manera, informo sobre la disposición de desarrollar las actuaciones por medios tecnológicos, estando presta a adelantar dichas actuaciones de forma presencial de ser necesario.

Del señor Juez, respetuosamente,



MARIA DORIS CASAS UBAQUE
C.C. 51'900.471 expedida en Bogotá
T.P. 108.395 del C. S. de la J.

