



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Bogotá, septiembre 2 de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2014-00284-00
Demandante:	Liliam Stella Sánchez Sánchez
Demandado:	Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital

Tema: Prima de servicios docente.

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹: La señora, Liliam Stella Sánchez Sánchez por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C., solicita la nulidad de las Resoluciones N° 2088 del 12 de noviembre de 2013 y N° 1172 del 21 de junio de 2013² expedidas por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C. mediante las cuales le negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios prevista en los artículos 42, literal f) y 58 del Decreto 1042 de 1978.

¹ Folios 39-40, C. Ppal.
² Folios 9 a 27, expedidas por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene el reconocimiento y pago de la prima de servicios establecida en el Decreto 1042 de 1978, por remisión del parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994.

Así mismo impetra el reajuste de dichas sumas con base en el índice de precios al consumidor, conforme lo estipular el artículo 187 del C.P.A.C.A., y se dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 ibídem.

2.2. Hechos relevantes³: La señora Liliam Stella Sánchez Sánchez, manifiesta que labora al servicio del Distrito Capital de Bogotá como docente, conforme a los artículos 3 y 6 de la Ley 60 de 1993 y que durante el tiempo de sus labores solo percibió por concepto de factores salariales el pago de la Prima Especial, Prima de Vacaciones y la Prima de Navidad.

Sostiene que dentro de los factores salariales y prestacionales la entidad omitió reconocerle ni se le cancelaron los valores correspondientes a la prima de servicios.

Expresó que el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 estableció que el régimen salarial y prestacional de los empleados del nivel central y descentralizado de las entidades municipales y departamentales, como el de la demandante, será el señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Indica que al momento de solicitar el pago de la prima de servicios la entidad ha contestado de manera negativa lo solicitado, situación que considera ilegal a la luz de las normas constitucionales que amparan la situación más favorable al trabajador.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 25 de abril de 2014⁴, siendo admitida mediante auto del 28 de mayo de 2014⁵. El 15 de octubre de 2014⁶, fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la entidad demandada el 20 de febrero de 2015⁷ contestó la demanda, la audiencia inicial se celebró el 17 de junio

³ Folio 40, C. Ppal.

⁴ Fl. 67 del C. Ppal.

⁵ Fl. 69 del C. Ppal.

⁶ Fls. 72 a 77 C. Ppal.

⁷ Fls. 79-91, C. Ppal.

de 2015⁸ en la que fue apelada por parte de la entidad la decisión mediante la cual el Juzgado resolvió las excepciones previas.

Mediante providencia del 3 de mayo de 2018⁹ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” confirmó la decisión de este Despacho y ordenó la continuación del proceso en la etapa procesal correspondiente.

En cumplimiento a la orden anterior, el Despacho fijó fecha de continuación de audiencia inicial para el 24 de julio de 2019¹⁰ y en la fecha fue realizada la misma, la cual avanzó hasta la etapa de alegatos de conclusión, siendo el Ministerio Público la única parte que asistió a la audiencia y rindió su concepto.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandante sobre las normas violadas y el concepto de violación¹¹. La parte demandante invoca como violadas la Ley 60 de 1993, artículos 3 y 6; Decreto 1042 de 1978; Ley 115 de 1994, artículo 115; Ley 91 de 1989, artículo 15, parágrafo 2º; Decreto Nacional 1850 de 2002, artículos 9, 10 y 11.

En síntesis, considera que la Ley 91 de 1989 no creó la Prima de Servicios, sino que delegó su pago a cargo de la Nación a los entes territoriales certificados como es el Distrito Capital de Bogotá. Lo anterior significa que la prestación aquí reclamada es de antaño reconocida, pero que ha sido infundadamente negada por parte de los entes territoriales.

Sin embargo el Consejo de Estado ha reconocido a los docentes la Prima de Servicios tal como lo señaló en providencia del 22 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Gustavo Aranguren en un caso análogo donde se reconoce el derecho al pago de dicha prima a un grupo de servidores públicos, indistintamente de su vinculación (docentes nacionales, nacionalizados o territoriales).

2.5. Pronunciamiento de la parte demandada¹²: La entidad contestó de forma oportuna la demanda, en ella señala como ciertos algunos hechos y niega otros, se opone a las pretensiones y condenas formuladas por la parte demandante.

⁸ Fls. 117 a 119 C. Ppal.

⁹ Fls. 182 a 184, C. Ppal.

¹⁰ Fl. 210, C. Ppal.

¹¹ Fls. 40 a 63 del C. Ppal.

¹² Fls. 79 a 91 del C. Ppal.

Como razones de defensa adujo que los docentes se encuentran establecidos en un régimen salarial y prestacional especial, conforme a las Leyes 91 de 1989 y 715 de 2000 y el Decreto 1850 de 2002, por tanto cuentan con un sistema de carrera especial, situación que ha sido determinante para los beneficios que poseen, como la jornada laboral y los periodos de vacaciones de gozan, las cuales obedecen a las características propias de la actividad docente.

Precisó que la Ley 115 de 1994 creó el régimen especial del Estatuto Docente, la cual indica la aplicación de un régimen especial de los educadores frente a los demás trabajadores y que enuncia la primacía de esta norma sobre otras.

En el caso concreto la señora Liliam Sánchez, es una docente adscrita a la Secretaría de Educación Distrital, la cual demanda ante esta jurisdicción por considerar que existe una transgresión de los derechos laborales plasmados en la Resolución expedida por parte del Distrito Municipal – Secretaría de Educación de Bogotá, al no haberle reconocido y efectuado el pago de la prima de servicio de los años anteriores al 2014.

Señala que la Ley 1042 de 1978, en su artículo 42, estableció que la prima de servicios es un factor salarial y no una prestación social, y que dicha prima no es aplicable al sector educativo y conforme a tal disposición al docente no le asiste derecho a reclamar la mencionada prima.

Resaltó que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 hace alusión a las prestaciones sociales y no a los elementos constitutivos de salarios ya que en ella no se menciona ni establece el pago de la prima de servicios a los docentes, toda vez que la predicha Ley no deroga ni modifica lo pactado en la Ley 1042 de 1978 sino que contrario sensu la deja incólume, solo a partir de la creación de la Ley 1545 de 2013 se establece de manera definitiva el reconocimiento y pago de la prima de servicios para el gremio de los docentes y tal como lo estipula la norma el pago de la prima de servicios empieza a regir a partir del año 2014, hecho contrario a lo propuesto por la accionante quien pretende darle un carácter extralegal a la misma.

2.6. Alegatos de conclusión: La parte demandante: se abstuvo de presentar sus alegatos de conclusión.

2.6.1. La parte demandada: En esta oportunidad no presentó sus alegaciones.

2.6.2. Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho indicó, en síntesis, que sobre la materia no existía una línea definida sobre el reconocimiento de la prestación que en esta demanda se pretende, situación que dio cabida a múltiples interpretaciones de los despachos judiciales del país, sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 14 de abril de 2016 con ponencia de la Dra. Sandra Liseth Ibarra Vélez, esa Corporación expuso su postura sobre ese tema y estimó que el Decreto 1042 de 1978 excluyó de su aplicación a los docentes oficiales, pues si bien en el artículo 48 contempla la prima de servicios, esta no está instituida en favor de los docentes.

También indicó que la Ley 91 de 1989 no hizo de referencia al reconocimiento de la prima de servicios sino para aquellos docentes que ya la venían percibiendo en virtud de las competencias legales que tenían los entes territoriales antes del proceso de nacionalización de la educación.

Finalmente, expuso que mediante el Decreto 1545 de 2013 fue reconocida la prima de servicios para los docentes a partir de la expedición de esa norma y no con retroactividad.

Por lo anterior, solicita que sean denegadas las pretensiones de la demanda.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º del C.P.A.C.A., este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico: En la continuación de la audiencia inicial celebrada el 24 de julio de 2019, se fijó el litigio en el sentido de establecer si el acto administrativo contenido en las Resoluciones 1172 adiada 21 de junio de 2013 y en la No. 2088 del 12 de noviembre de la misma anualidad se encuentran viciadas por alguna de las causales de nulidad.

Resuelto lo anterior se debe determinar si la demandante en calidad de docente en un Establecimiento Educativo Distrital le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios prevista en el artículo 15, parágrafo 2º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, con retroactividad al 26 de junio de 2013, cuando presentó la petición ante la entidad demandada a efecto de obtener su reconocimiento.

Por último se debe comprobar si tiene derecho al reajuste de las sumas reconocidas tomando como base el I.P.C.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) El marco normativo aplicable a los docentes oficiales, ii) La sentencia de Unificación de abril 14 de 2016 sobre el reconocimiento o no de la prima de servicios a los docentes oficiales y, iii) Caso concreto.

3.2. Marco normativo aplicable a los docentes oficiales. El primer antecedente del régimen jurídico de los educadores oficiales se remonta a la Ley 5ª de 1978, con fundamento en la cual el Gobierno Nacional expidió el Decreto 715 de 1978, que fijó las asignaciones básicas mensuales correspondientes a las distintas categorías de empleo del magisterio y con base en las facultades otorgadas al ejecutivo por la Ley 8ª de 1979, posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2277 de 1979 *"por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, en el que estableció el régimen especial sobre las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro del personal docente, en los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo nacional, excepto en el nivel superior que se rige por normas diferentes.

El decreto mencionado no consagró las asignaciones salariales de los docentes, sino que dispuso en el artículo 36 literal b), que los educadores del servicio oficial tienen derecho a percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón. Por lo anterior, frente a las asignaciones salariales, el Gobierno Nacional expidió varios decretos durante los años 1980 a 1987 y 1989, mediante los cuales estableció anualmente la asignación básica que debían percibir los educadores, en los que no ordenó el reconocimiento y pago de la *"prima de servicios"*.

Ahora, en virtud del proceso de nacionalización de la educación establecida por la ley, se expidió la **Ley 91 de 1989**, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en su **artículo 15**, estableció:

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 0 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 (...).

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 10. de enero de 1990, para efecto de las **prestaciones** económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley (...).* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, se puede concluir que la Ley 91 de 1989, mantuvo el régimen prestacional, pero no el salarial, para los docentes nacionalizados que venían vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1990, es decir, que en materia prestacional hizo extensivo el Decreto 3135 de 1968 "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", el Decreto 1848 de 1969 "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", y el Decreto 1045 de 1978 "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional".

Los decretos mencionados hacen referencia a prestaciones sociales de los empleados públicos y no prevén ningún aspecto relacionado con el régimen salarial.

Más adelante, el Congreso de la República expidió la Ley 60 de 1993 "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", disposición que estableció frente al régimen prestacional y salarial del personal docente, lo siguiente, pese a que fue derogada por la Ley 715 de 2001:

"Artículo 6º Administración del Personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. (...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, será Incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

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

Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la ley general de educación", frente al régimen especial de los docentes estatales, estableció:

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores." (Negrilla y subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, se infiere que las normas citadas, expedidas con posterioridad a la Constitución Política de 1991, siguieron señalando que para efectos **prestacionales**, los docentes se sujetarían a las normas previstas en la **Ley 91 de 1989**, que no es otra que el régimen aplicable a los servidores públicos del orden nacional, e igualmente, para efectos salariales, dispuso que se regirán por el Decreto Ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 715 de 2001 *"Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros"*, el Congreso de la República derogó en su totalidad la Ley 60 de 1993 y facultó al Gobierno Nacional para que expidiera un nuevo régimen de carrera docente, que fuera acorde con la distribución de competencias y recursos y que consagrara requisitos de ingreso, salarios y **prestaciones** sociales propios.

De acuerdo con lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1278 de 2002¹³ *"Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente"*, norma que dispuso respecto de los salarios y prestaciones de los docentes, lo siguiente:

"ARTÍCULO 46. Salarios y prestaciones. *El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, establecerá la escala única nacional de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados, de acuerdo con el grado y nivel que acrediten en el Escalafón Docente de conformidad con el presente decreto y según el título que acrediten, para los docentes nombrados en provisionalidad o en o en período de prueba, lo mismo que las remuneraciones adicionales para los directivos docentes, de acuerdo con los niveles educativos y el tamaño de la institución educativa que dirijan.*

El salario de ingreso a la carrera docente debe ser superior al que devengan actualmente los educadores regidos por el Decreto-Ley 2277 de 1979". (El aparte resaltado fue declarado inexecutable por la sentencia C-1169 de 2004).

Con ello, se tiene que el nuevo Estatuto de Profesionalización Docente, consagró una regulación para los docentes estatales, conforme al grado y nivel del Escalafón Nacional Docente, a través de una tabla única nacional de salarios, por lo que, se precisa, que no es posible aplicar los conceptos propios de los empleados públicos del nivel nacional.

3.3. Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Sobre la prima de servicios para los docentes oficiales, el Consejo de Estado¹⁴ a través

¹³ Esta norma fue objeto de estudio de constitucionalidad, en la sentencia C-313 de 22 de abril de 2003, oportunidad, en la cual la Honorable Corte Constitucional, la declaró exequible.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial del 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. N° CE-SUJ21500133330102013001340, N° Interno 3828-

de sentencia de unificación del 14 de abril de 2016 precisó que después de una interpretación histórica, finalista, sistemática y gramatical de las normas que regulan la materia y en especial de la Ley 91 de 1989, que es la norma que cita la parte actora para fundamentar sus pretensiones, concluyó que la intención del legislador no fue la de crear o extender la prima de servicios, consagrada en el Decreto 1042 de 1978 a los docentes oficiales, sino unificar el régimen salarial y prestacional de los mismos a partir de 1990 “(...) equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional, dejando a salvo la exclusión de los beneficios del Decreto Ley 1042 de 1978, sin detrimento de los derechos adquiridos consignados en las disposiciones de las entidades territoriales (...)”.

En virtud de los diferentes métodos de interpretación desarrollados en el fallo en mención, la citada Corporación fijó unas reglas jurisprudenciales en materia de reconocimiento de la prima de servicios al sector docente oficial. Textualmente expuso:

“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 nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En tal virtud, los docentes oficiales nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.*

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 nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.*

6.6. *De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013¹⁵, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días (...)*

4. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de las Resoluciones N° 1172 del 21 de junio y N° 2088 del 12 de noviembre de 2013 a través de la cuales la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. le negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, de conformidad con el Decreto 1042 de 1978 y el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Como restablecimiento del derecho solicita que se ordene el reconocimiento y pago de la prima de servicios establecida en las normas mencionadas teniendo en cuenta que se desempeña como docente al servicio de un establecimiento educativo del Distrito Capital de Bogotá¹⁶, lo cual no es aceptado por la Secretaría de Educación

¹⁵ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

¹⁶ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en los ítems de restablecimiento del derecho visible a folios 39-40 del expediente.

Distrital de Bogotá D.C. en razón a que a su juicio tal solicitud carece de sustento factico y jurídico¹⁷.

Pues bien, se encuentra acreditado en el proceso que la demandante Liliam Stella Sánchez Sánchez, se encuentra vinculada como docente de conformidad con la expuesto en el hecho uno de la demanda (fl. 40), afirmación que fue aceptada por la entidad demandada en la contestación de la demanda (fl. 79) y se verifica en la certificación que reposa a folios 6 a 8 del expediente. La actora presentó petición ante la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación D.C.¹⁸ para que le reconociera y pagara la prima de servicios, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable a través de las Resoluciones N° 1172 del 21 de junio y N° 2088 del 12 de noviembre de 2013¹⁹ por considerar que tal prestación no es extensiva al personal docente al servicio del magisterio.

Así las cosas, para este Despacho no es procedente ordenar el pago de la prima de servicios en los términos solicitados por la parte demandante teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

1. La prima de servicios consagrada en el **Decreto 1042 de 1978**, fue establecida exclusivamente para los empleados públicos del **orden nacional**, razón por la cual no puede extenderse a los empleados del nivel territorial, ya que el artículo 1º. en relación con su ámbito de aplicación, dispuso:

***“ARTICULO 1º. DEL CAMPO DE APLICACIÓN.** El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos, administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante” (subrayados fuera de texto).*

El Juzgado estima que no es posible la inaplicación de la expresión del “orden nacional” consagrada en el Decreto 1042 de 1978, como en algún momento lo hizo el Consejo de Estado²⁰, teniendo en cuenta la sentencia de constitucionalidad C-402

¹⁷ De acuerdo con lo expuesto en la contestación de la demanda visible a folios 79 a 91 del expediente.

¹⁸ Folios 3-5 del expediente.

¹⁹ Folios 9 – 27 del expediente.

²⁰ Ver también sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", de 25 de marzo de 2010, Expd. No. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren. Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección "B", Exp No. 25000-23-25-000-2004-04746-01(0417-09), M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia de 15 de abril de 2010.

de 3 de julio de 2013²¹, mediante la cual la Corte Constitucional declaró *exequible* dicha expresión, con base en los siguientes argumentos:

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

(...)

14.2. En segundo lugar, esta vez desde el punto de vista formal, exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada.

(...)

Así, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado."

La Corte Constitucional reiteró, en la sentencia referida, que no existe desconocimiento al derecho a la igualdad, si se tiene en cuenta que en el sector público existen diferentes disposiciones especiales que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, que no son equiparables, en razón a que responden a exigencias o características peculiares dependiendo de la entidad u orden de que se traten, como la naturaleza y modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, municipales o distritales, los beneficios que se otorguen a ciertos sectores de empleados. Es decir, que no es viable comparar diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, porque ambos parten de supuestos de hecho que no son idénticos.

En ese sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, en el precedente anterior, ha aceptado *"que en materia laboral pueden existir regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad"*.

²¹ M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas Silva, Exp. No. D-9388.

2. El artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, incluyó la “prima de servicios” como un factor de salario y en el artículo 58 la definió como un factor que se debe pagar anualmente y que equivale a 15 días de remuneración; y el artículo 104 *ibídem*, señaló las excepciones a la aplicación de esta norma, así:

"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: (subrayado fuera de texto).

(...)

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva (...)".

De conformidad con lo expuesto, el Decreto 1042 de 1978, aplicable para los servidores públicos del **orden nacional**, excluyó expresamente de su aplicación al **personal docente**, y además, dicho estatuto no rige para los trabajadores del orden territorial, es decir, que a los docentes no se les aplica ese Decreto, en materia prestacional como tampoco salarial, como lo manifestó la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-402 de 3 de julio de 2013.

3. La Ley 91 de 1989 y demás normas citadas, sólo hicieron extensivo para los docentes, el conjunto de normas de carácter prestacional más no salarial, y es del caso señalar que la prima de servicio tiene naturaleza salarial, ya que se creó para retribuir directamente los servicios del trabajador, y no para cubrir contingencias a la que pudiera verse sometido²².

Al respecto, conviene precisar que siendo el “salario” distinto de la categoría “prestación social”, toda vez que ésta no retribuye propiamente el servicio prestado por el trabajador sino que cubre los riesgos, infortunios o necesidades a que se puede ver enfrentado, en tanto, el salario sí remunera el trabajo realizado atendiendo la característica de un factor objetivo o subjetivo o ambos²³, no se pueden confundir estos dos conceptos sin vulnerar el ordenamiento jurídico y por lo tanto, se concluye que al tener la prima de servicio naturaleza jurídica salarial y no prestacional, no puede regirse por las Leyes 91 de 1989, ni 115 de 1994.

²² Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara, sentencia de 5 de septiembre de 2012, N° Interno 1964-07.

²³ Cuando se habla del factor objetivo se hace referencia a que el salario se instituye dependiendo de criterios de responsabilidad y/o complejidad del cargo o empleo, y subjetivo cuando para establecerlo se atienden circunstancias tales como la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

4. Si bien es cierto, el parágrafo 2º del artículo 15²⁴ de la Ley 91 de 1989 señaló que el pago de las prestaciones allí señaladas, entre las que se encuentran las primas de navidad, de servicios y de alimentación, entre otras, continuarán a cargo de la Nación en razón a la nacionalización de la educación, también lo es, que de la norma en mención no se desprende que esté creando una prima de servicio para el personal docente.

Es verdad que, como lo afirma la parte actora, en el parágrafo 2º de dicha norma se incluyó la palabra “continuarán” (haciendo referencia al pago de las prestaciones sociales allí relacionadas a cargo de la Nación y no del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), lo que denota es la protección de unos emolumentos laborales que ya existían en las normas anteriores, y como ya se ha visto, para el personal docente no había sido creada la prima de servicios, no como lo interpreta la demandante, para quien esa redacción implica la creación de la citada prima, máxime si se tiene en cuenta que se calificó como una prestación social, cuando realmente corresponde a un factor salarial, como quedó explicado.

Lo anterior, fue ratificado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 14 de abril de 2016, en la que precisó:

“(…) Recapitula la Sala, que la actora hace consistir su argumento principal en que el señalado parágrafo 2, al indicar que el Fondo no pagaría entre otras, la prima de servicios, sino que dicho emolumento continuará a cargo de la Nación, lo crea o extiende en favor de los docentes oficiales; argumento sustancial para este estudio, que obliga a la Corporación a indagar por el significado del verbo “continuar”, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, alude a “seguir haciendo lo comenzado”.

Teniendo como punto de referencia esta definición, se analiza el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, encontrando que el correcto entendimiento de la disposición normativa en estudio es el que indica que las prestaciones y emolumentos que “continuarán” a cargo de la Nación, son aquellas que ya estaban reconocidas a los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, por las entidades territoriales a las que estaban adscritos antes del proceso de nacionalización ordenado por la Ley 43 de 1975, entre ellas la prima de servicio; interpretación que se encuentra acorde con el contenido de los antecedentes legislativos y judiciales

²⁴“Parágrafo 2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que **continuarán** a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989: Primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.” (subraya fuera de texto)

estudiados.²⁵ (Destaca el Juzgado)

Así mismo, se indicó en el citado fallo de unificación que en el párrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, no hay una expresión o verbo rector del cual se pueda inferir que dicha disposición legal está creando la prima de servicios o cualquier otro emolumento a favor de los docentes, pues darle este alcance a la norma “(...) *constituye una interpretación equivocada que no tiene en cuenta que dicho apartado en realidad sólo está consagrando la garantía del respeto a los derechos adquiridos de aquellos docentes oficiales, nacionales o nacionalizados, vinculados antes o después de la entrada en vigencia de la norma, que en su momento venían devengando, entre otras, la prima de servicios, más no la creación de dicho emolumento.*”²⁶.

En ese sentido, es claro que la intención del legislador no fue la de crear la prima de servicios para el sector docente, sino unificar su régimen salarial y prestacional a partir de 1990 y por ende tampoco significa que la excepción consagrada en el literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, se haya derogado tácitamente, y así lo determinó el Consejo de Estado al señalar que “*en aplicación de los métodos de interpretación histórico y teleológico, se concluye que el legislador de 1989 no tuvo intención de reconocer ni extender a todos los docentes oficiales, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978, y en consecuencia se mantiene la exclusión que respecto de ellos consagrada en el artículo 104 ibídem.*”

5. Finalmente, se tiene que el reconocimiento de la prima de servicios no procede para el personal docente en los términos solicitados por el actor, y por ende, tampoco es viable certificar que sea factor salarial. No obstante dicha prima fue creada en el marco de la negociación colectiva realizada entre el Gobierno Nacional y FECODE en el año 2013, a través del Decreto 1545 de 2013, mediante la cual se establece la prima de servicios para los docentes y directivos docentes del sector oficial sin distingo de cargo en forma escalonada a partir de su promulgación, y no en forma retroactiva.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda buscan la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la prima de servicios a una docente de vinculación territorial

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 14 de abril de 2016. Radicado No.: CE-SUJ21500133330102013001340, No. Interno: 3828-2014. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez
²⁶ *Ibídem*.

(distrital) y siguiendo las pautas establecidas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 14 de abril de 2016, este Despacho acoge íntegramente la postura esbozada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el concepto rendido por la representante del Ministerio Público ante este Despacho y en virtud de ello encuentra que los actos acusados deben conservar su validez al no desvirtuarse la presunción de legalidad que los ampara.

5. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018²⁷, tenemos que:

“ a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas.

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

²⁷ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de un trabajador que fue vencido en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de las normas que crearon la prima de servicios y las posiciones que acogían los distintos despachos judiciales del país, que se presentan después de la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, por ello y en razón a las actuaciones realizadas y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, este Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZA

Hjdg

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy _____ a las 8:00 a.m.

5 SEP 2019

Secretaria

5 SEP 2019

Hoy _____ se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrado s, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria