



fl. 49-52  
@-2

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Acción:</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicado No:</b>	13001-33-33-007-2013-00334-01
<b>Accionante:</b>	Trinidad Barrios Torres
<b>Accionado:</b>	Distrito de Cartagena de Indias
<b>Tema:</b>	Prima de servicios docente
<b>Magistrado Ponente:</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

**II. PRONUNCIAMIENTO.**

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de octubre de 2014, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

**III.- ANTECEDENTES**

**3.1. LA DEMANDA**

**a). Pretensiones.**

La señora Trinidad Barrios Torres presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias – Secretaría de Educación, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

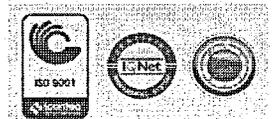
*“PRIMERA: Que es nulo el acto administrativo consistente en la Resolución 2782 del 23 de abril de 2013, por medio de la cual la demandada NIEGA las solicitudes de reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS presentada por mi mandante.*

*SEGUNDA: Que TRINIDAD BARRIOS TORRES tiene derecho al reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS de la que trata la Ley 91 de 1989.*

*TERCERA: Como consecuencia de las declaraciones anteriores y con sujeción a lo legalmente establecido, Ordénese a la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL Y AL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, al Restablecimiento de los Derechos de TRINIDAD BARRIOS TORRES, conculcados con la actuación ilegal de la accionada.*

*CUARTA: Ordenar a la entidad demandada a que reconozca y pague a la demandante los siguientes conceptos, con sus respectivos intereses moratorios e indexación:*

*A.- Que se condene a la parte demandada a pagar favor de mi mandante la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS M/C (4.000.000,00) correspondientes a*





*los 7 años de primas de servicios dejados de percibir por mi asistida, equivalente cada año a \$ 633.500,00 desde el momento que entró a laborar mi mandante.*

*B.- Que se condene a la parte demandada al pago de los Intereses moratorios a la máxima tasa legal, además de los retroactivos causados desde cuando se adquirió el derecho a esta prestación y con aplicación de los reajustes anuales, todo lo anterior y cualquier otro concepto que resultare probado dentro del proceso, debidamente indexado.*

*C: Solicito se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales, en los términos del C. de P. C."*

### **b). Hechos:**

Para sustentar sus pretensiones, la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Labora como Docente en propiedad desde el mes de enero de 2006 en la Institución Educativa Nuestro Esfuerzo – Sede Valores Unidos, adscrita a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, en el grado 2-A con asignación salarial de \$1.325.952.00.

El 21 de marzo de 2013 solicitó ante la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena que le reconociera y pagara la prima de servicio de conformidad con la Ley 91 de 1989.

La Secretaría de Educación Distrital, a través de la Resolución 2782 del 23 de abril de 2013, negó su solicitud de reconocimiento y pago de la prima solicitada.

### **c) Normas violadas y concepto de violación**

El accionante consideró violados los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución Política, 15, 17 y 115 de la Ley 91/89; 115 de la Ley 115/94; 81 de la Ley 812/03; 1, 17, 33, 45, 58 y 104 del Decreto 1045/78

Luego de transcribir las normas violadas, afirmó que el acto acusado irrespeta la dignidad humana, el derecho al trabajo y el principio de solidaridad, así como los fines esenciales del Estado, pues desconoce el pago justo a que tiene derecho la demandante; también vulneró el debido proceso al desconocer las normas aplicables a su caso concreto.

Señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha sido favorable a pretensiones similares a las formuladas en su caso.

Citó en su apoyo la sentencia que decidió la acción de tutela radicada con el No. 63-001-3331-004-2009-00143-01(2011-1386) del Tribunal Administrativo de Quindío, que resolvió a favor de un docente la inclusión de la prima de servicios como factor en cuenta para la liquidación de otras prestaciones, manifestando que: "No hay duda sobre la obligación que pesa sobre la entidad demandada de reconocer y pagar la prima de servicios a los servidores públicos que ostentan



*la calidad de docente, no sólo por habérselo reconocido dicho beneficio en el régimen especial que los gobierna (Arts. 15 de la Ley 91 de 1989 y 115 de la Ley 115 de 1994), sino porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la inclusión de dicha prima al momento de liquidar otro tipo de prestaciones, tales como la cesantía de los servidores que tienen dicha calidad."*

Igualmente citó la sentencia T-1066 de 2012 de la Corte Constitucional que reconoció el derecho de los docentes a recibir una prima de servicios en los mismos términos que los demás servidores públicos.

Adujo que el establecimiento donde labora está a cargo del ente territorial accionado, lo que implica que está a su cargo la cancelación de la prima de servicios.

Concluyó señalando que los actos acusados son nulos por falsa motivación, puesto que no aplicó en debida forma la prima de servicios de la Ley 91 de 1989.

### **3.2. Contestación.**

La parte demandada manifestó que no es procedente la aplicación de los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978, toda vez que los docentes tienen un régimen salarial y prestacional especial. Por lo tanto, acceder a dicho reconocimiento entrañaría el desconocimiento de lo establecido en la Ley 4ª de 1992 y los Decretos de salarios nacionales que prohíben a las autoridades administrativas modificar las asignaciones salariales.

Agregó que la prima de servicios docentes tampoco fue creada por la Ley 91 de 1989, que estableció la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la Nación, en virtud de la nacionalización de la educación, y no del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

De lo anterior concluyó que el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se deriva el derecho de los educadores para percibir la prima de servicios establecida en el Decreto 1042 de 1978, porque dicho régimen nunca ha incluido esa prima.

Finalmente, propuso como excepciones inexistencia del derecho para pedir lo reclamado por la demandante, y expedición regular de los actos acusados.

### **3.3. Sentencia apelada.**

El Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 21 de octubre de 2014, negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión señaló que la prima de servicios solicitada no es aplicable a los docentes, por no ser los destinatarios del Decreto 1042 de 1978, y



porque la Ley 91 de 1989 no la creó, pues no derogó la excepción prevista en el artículo 104 del Decreto mencionado y además, porque de acuerdo con el artículo 150-9 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 4ª de 1992, solo en Gobierno Nacional tiene la capacidad jurídica para establecer la prima de servicios en favor de los docentes.

Finalmente señaló que la sentencia T-066 de la Corte Constitucional no constituye un precedente vinculante, por no tener la calidad de una sentencia de unificación sobre el tema del reconocimiento de la prima de servicios en favor de los docentes territoriales.

### **3.4. Recurso de apelación.**

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria con apoyo en los argumentos que enseguida se resumen:

El A-quo omitió analizar los argumentos expuestos en la demandada, relacionados con las decisiones proferidas por la Corte Constitucional y el Tribunal Administrativo del Quindío.

Reiteró que la Corte Constitucional, en Sentencia T-1066 de 2012, reconoció y ratificó el derecho de los docentes a devengar una prima de servicios de la misma manera en que la reciben los demás servidores públicos del país.

Incurrió en un error de interpretación de la Ley 91 de 1989, ya que el hecho de que ésta señale que el pago de las prestaciones sociales, continuará a cargo de la Nación, no significa que está norma cree la prima de servicios para el sector docente.

Citó en su apoyo sentencias del Tribunal Administrativo del Quindío y del Juzgado Octavo del Circuito de Cartagena que reconocieron la prima de servicios a docentes del carácter territorial.

### **3.5. Trámite procesal segunda instancia.**

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 28 de julio de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 3, C-2), y por providencia de 18 de agosto de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 6, C-2).

**La parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fs. 8-14).

**La parte demandante** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fs. 15-27).



El **Ministerio Público** rindió concepto y solicitó que se confirme la providencia de primera instancia, toda vez que a partir de la interpretación de la Corte Constitucional en sentencia C-402 de 3 de julio de 2013, la prima de servicios establecida en el Decreto 1042 de 1978 tiene como beneficiarios únicos a los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional (fs. 28-38)

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

El recurso que se resuelve en la presente providencia corresponde a la apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia.

##### **5.2. Problema Jurídico.**

Corresponde a esta Corporación determinar si la actora tiene derecho, en su condición de docente territorial, a que el Distrito de Cartagena de Indias le reconozca y pague la prima de servicios establecida en los artículos 58 y siguientes del Decreto 1042 de 1978.

##### **5.3. Tesis del despacho.**

La Sala estima que la actora no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios establecida en los artículos 58 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, porque el mismo se aplica únicamente a los empleados del nivel nacional, no a los de nivel territorial, incluido el personal docente, como es el caso de la demandante, conforme a lo preceptuado por el artículo 104 ibídem; criterio éste adoptado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 No. 001/16.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Providencia de fecha catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), proferida dentro del proceso con radicación No. 15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



#### 5.4. Marco normativo y jurisprudencial.

Para dilucidar la controversia es necesario realizar un recuento de los procesos de nacionalización y descentralización en materia de educación desde el año de 1975, a efectos de establecer el régimen prestacional aplicable al personal docente.

##### 5.4.1 Del régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales.

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 115 de 1994<sup>2</sup>, la educación no sólo es un derecho, sino un servicio público prestado por instituciones educativas del Estado o de carácter particular, bajo la suprema vigilancia y control de aquél.

Por virtud de la Ley 43 de 1975, tanto la educación primaria como secundaria constituyen un servicio a cargo del Estado y, al tenor del artículo 3 del Decreto-Ley 2277 de 1979<sup>3</sup> y del Decreto-Ley 1278 de 2002, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, y municipal, son servidores públicos.

A partir de la vigencia de la Ley 43 de 1975<sup>4</sup>, se nacionalizó la educación primaria y secundaria, prestada previamente por los Departamentos, Distritos, Municipios, Intendencias y Comisarías, a efecto de transformarla en un servicio público a cargo de la Nación, quien asumiría sus costos.

Acorde con lo anterior, el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, realizó la distinción entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, atendiendo su vinculación, en los siguientes términos:

*"1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

<sup>2</sup> Prestación del Servicio Educativo. Modificado por el art. 1, Ley 1650 de 2013. El servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional. - De la misma manera el servicio educativo podrá prestarse en instituciones educativas de carácter comunitario, solidarios, cooperativo o sin ánimo de lucro.

<sup>3</sup> "Artículo 3. EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto..."

<sup>4</sup> LEY 43 DE 1975 (diciembre 11) "por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones".



**3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10<sup>5</sup> de la Ley 43 de 1975."**

Respecto de la clasificación de docentes de vinculación territorial, se tiene que en virtud de facultades otorgadas por el artículo 11<sup>6</sup> de la Ley 344 de 1996<sup>7</sup> a los entes territoriales (Distritos, Municipios y Departamentos), se dio un proceso de normalización docente, consistente en incorporar a la planta de personal docente de la respectiva entidad territorial a aquellos vinculados por contratos de prestación de servicios celebrados con anterioridad al 8 de febrero de 1994, procediendo, previo concurso de mérito, a nombrar en propiedad a dichos docentes, pasando en consecuencia a tener la calidad de docentes de vinculación territorial.

Precisado lo anterior, debe indicarse que el Estatuto Docente previsto en el Decreto 2277 de 1979, estableció el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, pero no reguló lo pertinente al régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales.

Mediante la Ley 91 de 1989 (modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003), se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se agrupó en un mismo cuerpo normativo el régimen prestacional y el régimen de seguridad

---

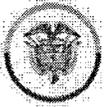
5 Artículo 10<sup>o</sup>.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

6 Artículo 11<sup>o</sup>.- Las entidades territoriales elaborarán y ejecutarán anualmente un plan de racionalización de los recursos humanos del servicio educativo estatal que atienden con recursos propios del situado fiscal. En la elaboración de este plan participarán dos miembros elegidos por la correspondiente Junta de Educación de que trata la Ley 115 de 1994. Las entidades territoriales no podrán convocar a concurso docente para proveer nuevos cargos dentro de la respectiva planta de personal, ni suplir las vacancias que se presenten, mientras subsistan contratos de prestación de servicios docentes celebrados con anterioridad al 8 de febrero de 1994, de manera que se otorgue prioridad a la incorporación de dichos docentes en los términos de las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994.

Parágrafo.- Para los efectos de establecer la lista de elegibles las expresiones "antes del" o "con anterioridad" al 8 de febrero de 1994, se entenderá que también cobijan a los educadores que laboraron por períodos continuos iguales o mayores a 8 meses en los años de 1992 o 1993, aunque su relación contractual haya terminado en cualquier fecha de alguno de esos años. Una vez agotada la lista de elegibles por contrato, previo concurso, se restablecerá el mismo en concordancia con lo estipulado en la Ley General de la Educación.

Parágrafo.- El primero de los planes de racionalización que se ordenan en este artículo se formulará la vigencia fiscal siguiente a la expedición de la presente Ley y, por una sola vez, la autoridad nominadora podrá efectuar, previo concepto y aprobación de la Junta de Educación correspondiente, los traslados derivados de la reorganización establecida en dicho plan.

7 LEY 344 DE 1996 (Diciembre 27) "por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones".



social de los docentes oficiales, quienes a partir del primero de enero de 1990 debían vincularse obligatoriamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada de pagar sus prestaciones, excepto las señaladas en el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

La afiliación a este régimen especial y por tanto, al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es obligatoria y automática para todos los docentes oficiales del país, obligación que implica a su vez aportar un porcentaje del sueldo básico para el funcionamiento y el pago de las prestaciones por parte de dicho fondo.

La Ley 91 de 1989 permitió al Magisterio Nacional contar con un Sistema de Seguridad Social exclusivo y especial para los docentes, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son manejados mediante un contrato de fiducia, para el cual se contrató a la Fiduciaria La Previsora S.A., quien tiene como función administrar los recursos del Fondo y efectuar los pagos de las prestaciones sociales y servicios médicos a que tienen derecho los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales de todo el país, así como el núcleo familiar de los mismos.

En efecto, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso:

**"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 1º 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 1o. de enero de 1990, para efecto de las **prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.**

(...) PARÁGRAFO 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"** (Resaltado fuera de texto).

De conformidad con la normativa transcrita, se concluye que la Ley 91 de 1989, extendió al personal docente, el régimen de **prestaciones sociales** –y no el régimen salarial– de los servidores públicos nacionales, contenido en 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".

En cuanto a la referencia que el parágrafo 2º del artículo 15 hace a la prima de servicios, para esta Sala es inequívoca la advertencia que será de cargo de la Nación y no de las entidades territoriales. De modo que el Gobierno Nacional es quien debe regularla conforme a su competencia para fijar los salarios, con el fin de hacerla efectiva, como en efecto lo hizo a partir del año 2014<sup>8</sup>, puesto que de la simple referencia no se desprende derecho alguno a percibirla, como se explica adelante. Por demás, la prima de servicios reviste un carácter salarial.

Luego, mediante la Ley 60 de 1993, se fijaron los servicios y competencias en materia social a cargo de las entidades territoriales y la Nación y se distribuyeron recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política. En lo relacionado con el régimen salarial y prestacional de los docentes, se dispuso:

*"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.**" (Resalta la Sala).

Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la ley general de educación", respecto del régimen especial de los educadores estatales, dispuso:

**"Art. 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.**

<sup>8</sup> Mediante el Decreto 1545 de 2013, "Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media".



*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". (Negritas nuestras).*

Se concluye entonces, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 transcritos, que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, es decir, el previsto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y leyes 33 y 62 de 1985; mientras que el régimen salarial, aplicable a los docentes oficiales es el regulado por el Decreto 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen.

Por otro lado, con la expedición de la Ley 715 de 2001<sup>9</sup>, el Congreso de la República derogó en su integridad 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.

Conforme a lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1278 de 2002<sup>10</sup> "Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente", norma que respecto de los salarios y prestaciones de los docentes, dispuso:

**"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..., 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<sup>11</sup>.

*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." (Negritas y subrayas para destacar).*

De la norma transcrita se infiere que los docentes oficiales gozan de un régimen salarial y prestacional especial fijado por el Gobierno Nacional, a través de una tabla única nacional de salarios, establecida en atención al grado y nivel del Escalafón Nacional Docente, razón por la cual se concluye que la normativa

<sup>9</sup> "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."

<sup>10</sup> Está 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.

<sup>11</sup> El aparte tachado fue declarado inexecutable por la sentencia C-1169 de 2004.



prevista en materia salarial y prestacional para los empleados públicos del nivel nacional, no es aplicable al personal docente que presta sus servicios al Estado.

#### 5.4.2 Regulación de la prima de servicios.

La demandante pretende el reconocimiento y pago de la prima de servicios que consagra el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones", cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 58. LA PRIMA DE SERVICIO. **Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto** tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.<sup>12</sup>*

*Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre".*

La prima de servicios tiene carácter salarial, toda vez que, su finalidad es reconocer al empleado una recompensa, estímulo o contraprestación directa por los servicios prestados y no está destinada para cubrir un riesgo o necesidad del trabajador, como sucede con las prestaciones sociales.<sup>13</sup>

Así lo precisó el artículo 42 del decreto 1042 de 1978, que dispuso:

*"ARTICULO 42. 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 habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.*

**Son factores de salario:**

*.... f) La prima de servicio. (...). - (Negritas de la Sala).*

En lo que atañe al campo de aplicación del Decreto 1042 de 1978, sus artículos 1 y 104 ibídem, disponen:

*"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*

<sup>12</sup> Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

<sup>13</sup> Sobre el particular se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado en concepto calendado el 26 de marzo de 1992.



especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante" (Resaltos de la Sala).

"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." (Resaltos de la Sala).

En consecuencia, el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 favorece únicamente a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del **orden nacional**, y de manera expresa **excluye de sus beneficios al sector docente**, entre otros grupos de empleados enlistados en el artículo 104 ibídem.

El anterior argumento, se soporta en la Sentencia de la Corte Constitucional C-402 de 3 de julio de 2013 que declaró *exequible* la expresión **del orden nacional** que dispone la norma cuyos apartes fueron transcritos, con base en los siguientes argumentos:

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

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

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

14. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.

14.1. La tesis sostenida por el actor, por lo tanto, presentaría al menos dos tipos de problemas. En primer lugar, sostener que el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno en desarrollo de la ley marco fijada por el Congreso, vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales explicadas en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Esto a partir de una



**maximización del principio de Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades.**

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

Así las cosas, el Decreto 1042 de 1978 se aplica únicamente a los empleados del nivel nacional, no a los de nivel territorial, incluido el personal docente, conforme a lo preceptuado por el artículo 104 ibídem.

Por otro lado, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 No. 001/16<sup>14</sup> proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, la Sección Segunda del Consejo de Estado, frente al reconocimiento de la prima de servicios para el personal docente, precisó:

*“Conduce a precisar por parte de la Sala, que los entes territoriales, antes de iniciado el proceso de nacionalización de la educación ordenado por la Ley 43 de 1975, regularon de distinta manera el asunto atinente a los salarios y prestaciones sociales de los docentes oficiales, por lo que en varios departamentos y municipios, antes de la expedición de dicha norma, los maestros oficiales devengaban emolumentos adicionales a los mínimos legales. Lo cual responde a la voluntad o intención del legislador de garantizar el respeto por los derechos adquiridos de los docentes nacionalizados que venían devengando emolumentos salariales y prestaciones adicionales a los mínimos legales, reconocidos por normas territoriales.*

*La segunda situación es la descrita por el inciso 2 del numeral 1 de la norma, que dice lo siguiente: Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados, agrega la Sala), para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*Por otra parte, para el caso de la norma en comentario, se hace necesario analizar el parágrafo 2, porque a partir de él la actora deriva su pretensión, encontrando la Sala, que dicho enunciado normativo estipula, que el FOMAG no pagará al personal docentes nacionalizado y nacional, vinculado antes o después de 31 de diciembre de 1989, las siguientes prestaciones y emolumentos: prima de navidad, prima de servicio, prima de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte y vacaciones; los cuales “continuarán” a cargo de la Nación.*

*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*

<sup>14</sup> Providencia de fecha catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), proferida dentro del proceso con radicación No. 15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



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 estudiados.**

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

En la sentencia de unificación citada, el Consejo de Estado estableció unas reglas jurisprudenciales a seguir para efectos de resolver los asuntos relacionados con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales:

**"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. 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.**

**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.**

**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.**

**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.*

**De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días” (Resaltado fuera de texto).**

De acuerdo con la sentencia transcrita del Consejo de Estado, en la actualidad, con la expedición del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013<sup>15</sup>, el Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, reguló la prima de servicios a favor del personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual, en virtud de ese decreto, **a partir del año 2014** es cancelada por las entidades territoriales certificadas en educación, con los dineros provenientes del sistema general de participaciones<sup>16</sup>, en los términos allí señalados expresamente<sup>17</sup>.

Este emolumento, de conformidad con lo señalado en el artículo 2º del Decreto 1545 de 2013, se liquidará incluyendo la asignación básica mensual, la asignación adicional que se reconoce a los directivos docentes, el auxilio de transporte y la prima de alimentación, siempre que el docente los perciba.

Igualmente, en el Decreto 1545 de 2013 el Gobierno Nacional dispuso que el docente o directivo docente que no haya trabajado el año completo, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, en forma proporcional, siempre que hubiere prestado sus servicios en la misma entidad territorial certificada en educación por un término de 6 meses; y le dio

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> **Artículo 7.** Financiación de la prima de servicios. La prima de servicios establecida mediante el presente Decreto será financiada con los recursos que conforman la partida en educación del Sistema General de Participaciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001.

<sup>17</sup> **Artículo 1.** Prima de servicios. Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan:

1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.
2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año. **Parágrafo.** La prima de servicios que se establece en el presente Decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.



connotación de factor salarial a ese emolumento, para efectos de liquidar las vacaciones, las cesantías y las primas de vacaciones y navidad.

## **5.5. Caso concreto**

### **5.5.1. Hechos probados**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la solución del problema jurídico:

- Copia de la Resolución 2782 de 23 de abril de 2013, emitida por la Alcaldía de Cartagena – Secretaría de Educación Distrital, la cual resuelve negativamente las solicitudes de reconocimiento y pago de la prima de servicios, presentada por docentes del Distrito de Cartagena el 21 de marzo de 2013, entre ellos la demandante (fs. 15-21).

- Copia del Acta de posesión de la demandante en propiedad en el cargo de Docente del Distrito de Cartagena de Indias, suscrita el 27 de marzo de 2007 (f. 22).

-Copia del Acta de 23 de enero de 2006, en la que consta que la demandante se posesionó en período de prueba en el cargo de Docente del Distrito de Cartagena (f. 23).

- Copia autentica de la historia laboral de la demandante, donde se acredita que fue nombrada mediante Decreto N° 0043 de 17 de enero de 2006 como docente de pre-escolar al servicio del Distrito de Cartagena (fl.92 -141).

### **5.5.1. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

De conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial que antecede y atendiendo las pruebas allegadas al proceso, es claro que la demandante es una docente del orden territorial que goza de un régimen salarial y prestacional especial, fijado por el Gobierno Nacional a través de una tabla única nacional de salarios, establecida en atención al grado y nivel del Escalafón Nacional Docente; por ende, la normativa prevista en materia salarial para los empleados públicos del nivel nacional (Decreto 1042 de 1978), no le es aplicable.

Aunado a lo anterior, en aplicación de las sub-reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sección Segunda comentada previamente, en torno al tema materia de estudio, puede concluirse que al tratarse de un docente oficial vinculado primero al Distrito de Cartagena con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tiene derecho a la prima de servicios, toda vez que, en materia salarial y prestacional, a este tipo de docentes se les aplica 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 le es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prestación social reclamada.

En ese sentido, la demandante solo tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, en los términos del Decreto 1545 de 2013, es decir, 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, pues se reitera, con anterioridad a esta disposición la prima de servicios no era una prestación establecida de manera expresa para los docentes.

Adicional a ello, en la actualidad la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, citada en precedencia, fijó las reglas para el reconocimiento de la prestación reclamada y conforme a las cuales a la demandante no le asiste ese derecho.

La apelante cuestionó al A quo por no estudiar los argumentos contenidos en sentencias del Tribunal Administrativo del Quindío que reconoció la prima reclamada; lo cual no es cierto pues dichos argumentos sirvieron de apoyo al actor y el Juez los estudió y los desestimó: y en cuanto a los fallos de Juzgados Administrativos que hubieran podido reconocer dicha prestación, se debe anotar, como lo afirmó el Juez A-quo, que no son precedentes verticales vinculantes.

Por lo anterior, procederá la Sala a confirmar la sentencia recurrida.

#### **4.2 Condena en costas.**

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, como el recurso en estudio se resolvió desfavorablemente frente al demandante, se le condenará al pago de costas procesales a favor de la entidad demandada, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho; condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3°.

Falta determinar agencias en el



En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**V. FALLA**

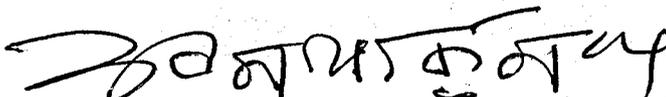
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 21 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia.

**SEGUNDO:** Se condena a la parte demandante al pago de costas procesales en segunda instancia en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con el artículo 188 del CPACA que remite a los artículos 365 y 366 del CGP.

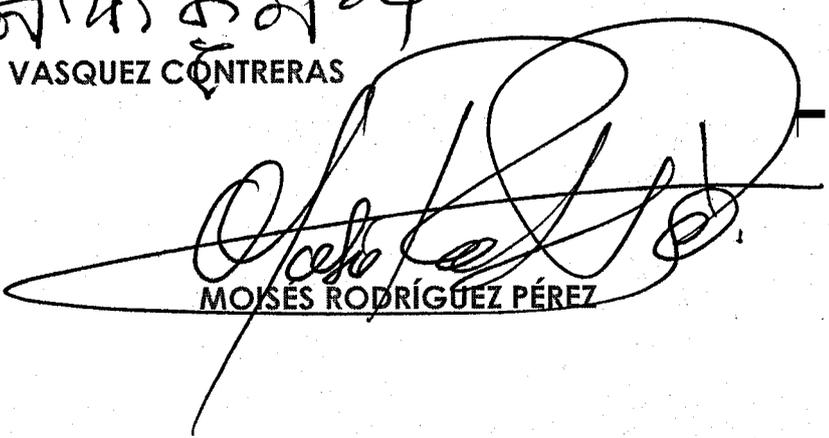
**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS,**

  
**EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS**

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**