

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en numeral 2° del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto:

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: FAISURY AMPARO MARMOLEJO COLLAZOS

DEMANDADO: MUNICIPIO DE PALMIRA

RADICADO No.: 76001-33-33-003-2015-00177-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 138

ANTECEDENTES.

1.- LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

"1. Que se declare la nulidad del oficio 1151.6.1-1235 DE JUNIO 20 DE 2013, proferido por el Doctor DIEGO GARCIA ZAPATA, Secretario de Educación Municipal, mediante la cual se me niega el reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS, establecidas en la ley.

2. Que se declare que por ser docente que labora al servicio de establecimiento educativo ubicado en el MUNICIPIO DE PALMIRA, debe ordenarse el reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS, de conformidad con lo ordenado en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, La ley 60 de 1993 y la ley 115 de 1994.

CONDENAS:

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

1. El reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS, establecida en los artículos 58 y siguientes del Decreto Nacional 1042 de 1978, de conformidad con el contenido del artículo 15 de la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 115 de 1994, a mi representado (a) FAISURY AMPARO MARMOLEJO COLLAZOS con efectos fiscales a partir del 01 DE ENERO DE 2009, teniendo en cuenta el fenómeno jurídico de la prescripción.

2. Que los valores resultantes de las condenas impuestas, se determinen en sumas líquidas de moneda legal colombiana, y que se ajusten dichas sumas tomando

como base el índice de precios al consumidor, en los términos del artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A), hasta la fecha de ejecutoria del fallo condenatorio; dando, igualmente, aplicación a la fórmula jurisprudencialmente establecida para ello por el Consejo de Estado, por cada una de las sumas individualmente consideradas por tratarse de sumas periódicas, de tracto sucesivo.

3. Condenar en costas a la parte demandada."

1.2.- HECHOS.

1.2.1. La demandante trabaja al servicio de la entidad demandada, según consta en el certificado de tiempo de servicios que reposa en los archivos de la entidad, y durante el tiempo de la relación laboral, ha percibido por concepto de factores salariales, únicamente el pago de prima de vacaciones y prima de navidad.

1.2.2. La demandante solicitó mediante derecho de petición a la entidad demandada, el reconocimiento de la prima de servicios prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los artículos 3 y 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, entidad que contestó de manera negativa a través del acto administrativo demandado; y que a su juicio, es ilegal a la luz de la Ley y de la Constitución Política.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Como tal se señalaron:

- Legales: Artículos 3 y 6 de la Ley 60 de 1993; Artículo 115 de la Ley 115 de 1994; Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, parágrafo 2° y Artículos 9, 10 y 11 del Decreto 1850 de 2002.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACION.

Afirma la demandante que la Ley 91 de 1989 en el parágrafo 2 del artículo 15, le otorgó la competencia a la Nación, entidad nominadora para tal fecha, de continuar cancelando la PRIMA DE SERVICIOS al personal docente; pero que pese a esto y transcurridos veinte (20) años, no se cancela dicha prestación.

Después se profiere la Ley 60 de 1993, que en su artículo 3°, estableció que la prestación de los servicios de educación y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se haría por los Departamentos y la planta de personal tendría el carácter de departamental, distribuida por municipios de acuerdo a las necesidades del servicio. En éste momento, la entidad nominadora, producto del proceso de descentralización administrativa ya no es la Nación, sino los Departamentos y Municipios, quienes asumieron el manejo de la educación y por ende, también asumieron las obligaciones correspondientes conforme a los lineamientos de la Ley 60 de 1993.

Es así como, en el tema prestacional, el artículo 6° de la referida Ley 60 de 1993, estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporaran a la planta de los departamentos y las nuevas vinculaciones sería el establecido en la Ley 91 de 1989.

Enfatiza la demandante que, si bien es cierto la prima de servicios inicialmente la cancelaría la Nación como entidad nominadora, también es cierto que corresponde a los Departamentos y los Municipios que incorporaron a los docentes en sus plantas de personal, la cancelación de la mencionada PRIMA DE SERVICIOS, con cargo al sistema general de participaciones.

Alude a que no se trata que el MUNICIPIO DE PALMIRA simplemente manifieste que no le asiste derecho a la parte demandante a percibir la prima de servicios, sino que su respuesta se debe adaptar a la normatividad vigente.

Indica que de conformidad con la Ley 60 de 1993, la Ley 115 de 1994 y la Ley 715 de 2001, i) la prima de servicios está enumerada taxativamente para ser reconocida por el ente territorial; ii) que es de aplicación exclusiva para el personal docente nacional, nacionalizado o territorial; y iii) que dejó a cargo del Fondo Prestacional del Magisterio el reconocimiento y pago de las pensiones, las cesantías y las prestaciones médico asistenciales y a cargo de la entidad territorial donde labora el docente, el pago de los salarios y las prestaciones sociales, pero de manera especial, estableció que a partir del año de 1991, el reconocimiento y pago de la prima de servicios sí existía para ser cancelada a los docentes.

Finalmente aclara que, no es que la Ley 91 de 1989 este expresando que crea la prima de servicios, sino que ordenó al nominador "continuar" con su pago, de modo que en un sentido exegético, el parágrafo 2° del artículo 15 de la citada ley es contundente al establecer que *"continuaran a cargo de la nación como entidad nominadora (...) las primas de navidad, de servicios, de alimentación, subsidio de familia, auxilio de transporte o movilización y vacaciones"*.

1.5. TRAMITE PROCESAL.

La demanda es admitida mediante proveído No. 960 del 13 de octubre de 2015 (fls. 40-40vto), procediéndose a notificar a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público (fls. 42-43).

Dentro del término para contestar la demanda, el MUNICIPIO DE PALMIRA manifestó que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda (fls. 47-55)

Indicó que del contenido del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, claramente se determina las obligaciones de cada una de las partes, responsabilidades que se limitan a aquellos emolumentos que ya existían y que por lo tanto continuarían pagando y que para el caso de la prima de servicios hace

relación únicamente a las que se encontraban vigentes para la época de promulgación de la ley y que eran pagadas a los docentes.

Manifestó por tanto, que afirmar que el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, creó una prima de servicios, es mal interpretar la norma y desconocer la realidad que para el momento operaba en el sector educativo como consecuencia de la nacionalización de la educación, teniendo en cuenta que cuando el legislador utiliza el verbo continuar, hace referencia a prestaciones ya existentes que debían continuar pagándose.

Concluyó diciendo que la prima de servicios no ha sido creada por la Ley 91 de 1989, pues cuando la norma habla de continuar, hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgados con fundamento en disposición normativa previa y que la Ley 91 de 1989, en su parágrafo 2, hizo una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo cual indica que las asignaciones allí referidas son meramente enunciativas.

Propuso las siguientes excepciones:

- **INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO POR LA PARTE DEMANDANTE:** En el presente proceso se configura una ausencia del derecho para el otorgamiento del factor prima de servicios por la existencia de una directriz normativa que excluye tal posibilidad.
- **PRESCRIPCION:** La obligación pretendida a más de no existir derecho para reclamarla, ya se encuentra prescrita por el transcurso del tiempo a la luz de lo establecido en el artículo 151 del C.P. L.
- **INNOMINADA:** Se decreta cualquier excepción que resulte probada según lo consagrado en el artículo 165 del C.C.A.

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 29 de agosto de 2016, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso. Paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si el acto administrativo contenido en el oficio No. 1151.6.1-1235 de junio 20 de 2013, expedido por el Municipio de Palmira a través de la Secretaría de Educación, se encuentra viciado de nulidad y en caso positivo, ordenar el correspondiente restablecimiento del derecho condenando al ente territorial demandado a reconocer y pagar en favor de la demandante la Prima de Servicios que reclama en los términos previstos en el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y en la forma prevista en el Decreto 1042 de 1978, Ley 60 de 1993 y la Ley 115 de 1994; además se intentó la conciliación, declarándose fallida.

¹ Folios 72 a 74.

Igualmente, se decretaron y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por la parte demandante (fls.1-10 y 33-34), además los aportados con la contestación de la demanda (fl.58-69).

1.5.2. ALEGATOS DE CONCLUSION.

No existiendo más pruebas por practicar, de conformidad con el artículo 179 del C.P.A.C.A., se ordenó prescindir de la segunda etapa de "Audiencia de Pruebas" y se constituyó el despacho en "Audiencia de Juzgamiento".

Igualmente, con fundamento en los numerales 1° y 2° del artículo 182 ibídem, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, interviniendo los apoderados de las partes para ratificar los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la demanda, según quedó registrado en CD que obra a folio 78 del informativo.

Posteriormente se indicó el sentido del fallo concluyendo que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, en los términos previstos en el Decreto Nacional 1042 de 1978, parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la Ley 60 de 1993 y la Ley 115 de 1994.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el proceso, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

2.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Es de resaltar que los medios exceptivos a los que la entidad demandada denominó INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO POR LA PARTE DEMANDANTE Y PRESCRIPCION, no ameritan estudio diferente al que se realizará seguidamente al resolver el mérito, puesto que su resolución se confunde con la del fondo del asunto.

3. CUESTION DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El caso sub examine se contrae a determinar si: ¿Tiene derecho la demandante en su condición de docente al servicio del Municipio de Palmira a que éste le reconozca y pague el valor equivalente a la prima de servicios de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

En este punto se precisa que la respuesta al problema jurídico por parte del Despacho en este caso en concreto apunta a la negativa, es decir, que no tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague el equivalente a la prima de servicios de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en aplicación a lo señalado por el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 14 de abril de 2016, con radicado interno No. 3828-2014, que dejó sentada su postura frente al reconocimiento y pago de la prima de servicios al personal docente señalando en síntesis que desde un principio el artículo 104 de la Ley 1042 de 1978 donde excluyó expresamente a los docentes de su rango de aplicación y por tanto no les resulta aplicable el artículo 42 de la misma normatividad que consagra la prima de servicios; de otro lado, aseguró que la Ley 91 de 1989, en su artículo 15, no crea ni reconoce a favor de los docentes la prima de servicios, pues la intención o voluntad del legislador, no era la de crear o extender a favor de los docentes oficiales dicho beneficio, sino la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales 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, por lo que, en los artículos 2 y 15 de dicha ley se estableció la regla según la cual, los docentes nacionalizados vinculados hasta ese momento, mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial.

Dicho en otras palabras, el personal docente no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios consagrada en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, bajo el entendido que la misma normatividad en su artículo 104, los excluye expresamente y que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, no creó ni extendió la prima de servicios a los docentes.

De manera pues, pese a que esta Juzgadora era partidaria de dar aplicación a la sentencia del H. consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección “A” - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN - veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010) - Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09) y la sentencia proferida por la H. Corte Constitucional T-1066 del 6 de diciembre de 2012, M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA, las que permitían inferir que los docentes oficiales tenían derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, se debe acatar el precedente jurisprudencial vertical trazado por el H. Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación antes referida por ser obligatorio.

3.2. MARCO NORMATIVO.

El asunto a debatir amerita un breve recuento del proceso de descentralización de la educación como uno de los elementos esenciales de la incorporación del personal que laboraba en entidades a cargo de la Nación y que pasaron a la planta del departamento y luego a la de los municipios, como nuevo modelo de administración de recursos provenientes del situado fiscal para la prestación directa y autónoma de servicios de educación por parte del departamento y los municipios.

3.3. DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN EN MATERIA DE EDUCACIÓN.

Con la expedición de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias y la definió como un servicio público a cargo de la Nación, estableciendo que el servicio público estaba a cargo de la Nación, es decir, los gastos para sufragar el servicio serían por su cuenta. Finalizado éste proceso, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional.

El artículo 2° de la mencionada Ley estableció que: *“las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que hayan de nacionalizarse y que se hayan causado hasta el momento de la nacionalización, serán de cargo de las entidades a que han venido perteneciendo o de las respectivas Cajas de Previsión”* y a su turno preceptuó: *“Las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la nacionalización serán atendidas por la Nación. Pero las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá pagarán a la Nación dentro del término de diez (10) años y por cuotas partes, las sumas que adeudarán hasta entonces a los servidores de los planteles por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización...”*.

Luego, y con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991 se profirió la Ley 60 de 1993, que descentralizó en favor de los Departamentos los servicios de educación y salud, fijando los servicios y competencias en materia social a cargo de las entidades territoriales y la Nación y distribuyendo los recursos según los artículos 356 y 357 de la nueva Carta.

Esta Ley en general dispuso lo siguiente:

1. Descentralizó a favor de los departamentos y también de los distritos los servicios de educación y salud; respecto al primero, dispuso que fuera dirigido y administrado directa y conjuntamente con los municipios, de tal manera que los establecimientos educativos y la planta de personal *“tendrá carácter departamental”* (art. 3-5).
2. Dispuso que el situado fiscal cedido en forma efectiva y autónoma, fuera administrado bajo la responsabilidad de las entidades territoriales que lo reciben (art. 9° y 10°).
3. A la Nación le correspondería asesorar y prestar asistencia técnica y administrativa a dichas entidades (art. 5°).
4. Con respecto al personal ordenó: *“Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.”* (art. 3°, numeral 5°, literal A, inciso 7°).
5. Exigió a los entes territoriales: (i) asumir la administración de los recursos del situado fiscal (art. 5°, inciso 1)², (ii) acreditar el cumplimiento de los requisitos

² *“Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media. Participar en la financiación y*

establecidos en el artículo 14 ibídem; (iii) señaló que a más tardar en diciembre de 1994, deberían encontrarse perfeccionados *“los planes de descentralización, ampliación de coberturas y ajuste administrativo (...) caso contrario, la Nación podrá abstenerse de apoyar al departamento con sus programas de cofinanciación.”* (Parágrafo 3°). Dichos planes deberían ejecutarse en el transcurso de cuatro (4) años, contados a partir de la vigencia de dicha ley (agosto 12 de 1993).

6. El artículo 15 previó que cuando se hubieren cumplido todos los requisitos legales, las entidades territoriales *“recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”*.

Posteriormente, la Ley 115 de 1994 *“Ley General de la Educación”*, reiteró que la educación estatal se financiaba con recursos del situado fiscal, con los nacionales dispuestos en la ley, más los aportes que les correspondía a los entes territoriales (art. 173). Además, que con estos recursos se cubriría el gasto del servicio educativo *“garantizando el pago de salarios y prestaciones sociales y del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media.(...)”* y que *“El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto Ley 2277 de 1.979, la Ley 4 de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adicionen.”* (Art. 175).

En el artículo 105 estableció: *“(...) la vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial”*.

Por su parte, la Ley 715 del 2001³, que desarrolla el Acto Legislativo 01 de 2001 (creó el Sistema General de Participaciones -SGP-) y deroga las disposiciones de la Ley 60 de 1993, descentralizó el servicio de la educación no solo en los departamentos y distritos como se había hecho anteriormente, sino que ahora lo hace en cabeza de los municipios, asignando competencias y recursos entre los niveles nacional y territorial; en esta normativa, la prestación del servicio corresponde a las entidades territoriales respecto de la educación preescolar, básica (primaria y secundaria) disponiendo que: *“Los establecimientos públicos educativos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto nacional, serán traspasados con los recursos a las respectivas entidades territoriales, conservando su autonomía administrativa.”*

La Ley 790 del 2002⁴, acorde también con el proceso de descentralización del servicio educativo, precisa el mandato de traspaso, sin supresión del

cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación. Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.”

³ *“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.”*

⁴ *“Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”*

establecimiento educativo, en términos de descentralización o de autonomía, debiendo entonces entenderse que tal descentralización ha de ser territorial, pues los establecimientos educativos a que se refiere, por ser establecimientos públicos son una categoría de la descentralización por servicios (Art. 20).

Así pues, de la evolución normativa expuesta se vislumbra que la descentralización de la educación primaria y secundaria oficial, relacionada con el mandato del artículo 356 de la Carta Política, es un proceso administrativo que tuvo varios momentos, etapas y actos, pero que finalmente el servicio educativo en forma integral es responsabilidad entre otros, de los entes territoriales Departamentales y Municipales.

3.4. MARCO JURÍDICO DE LA PRIMA DE SERVICIOS.

La prima de servicios se halla regulada por el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 en los siguientes términos:

"ARTICULO 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.

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

Precísese que en el texto de la norma acabada de citar, la prima de servicios es concebida como un factor salarial, toda vez que constituye una contraprestación directa de la prestación del servicio, en términos del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978:

"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:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b) Los gastos de representación.
- c) La prima técnica.
- d) El auxilio de transporte.
- e) El auxilio de alimentación.
- f) La prima de servicio.
- g) La bonificación por servicios prestados.
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión." (Se subraya por el Despacho).

No obstante, la naturaleza salarial que la norma antes citada le otorga a la prima de servicios, el mismo Decreto en su artículo 104 consagraba las excepciones para su aplicación:

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

"a) A los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.

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

"c) A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo dispuesto en el artículo 72.

"d) Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que se rigen por el Decreto-Ley 540 de 1977.

"e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.

"f) A los empleados del sector técnico-aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

"g) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación." (Se subraya por el Despacho)

Es de aclarar que tal exclusión obedeció a que, para el personal docente la prima de servicios debía estar consignada en disposiciones especiales aplicables a dicho sector atendiendo a su régimen prestacional de naturaleza especial.

Con posterioridad el Decreto 1919 de 2002⁵ hizo extensivo a los empleados del orden territorial el régimen de prestaciones sociales de que venían gozando los empleados de la Rama Ejecutiva del nivel nacional, por lo tanto, las prestaciones indicadas en normas de orden legal se hicieron extensibles a los empleados públicos de los entes territoriales.

En consecuencia, una primera conclusión que surgiría es que la prima de servicios, estatuida en el Decreto 1042 de 1978, se hizo extensiva a todos los empleados del orden territorial, en iguales condiciones que los servidores del nivel nacional a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002. Aunque es de precisar que incluso antes de la expedición del Decreto 1919 de 2002, era ya posición uniforme del H. Consejo de Estado que las prestaciones reconocidas a los empleados del orden nacional, en virtud del derecho a la igualdad, debían pagarse aplicarse a los empleados del orden territorial⁶ y para ello, inaplicaba la expresión "del orden nacional" del artículo 1º del Decreto 1042 de 1978.

Ahora bien, en el régimen prestacional especial de los docentes regulado en la Ley 91 de 1989⁷, en su artículo 15 párrafo 2º dispuso que: "El Fondo Nacional de

⁵ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

⁶ Ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" del 20 de septiembre de 2007, MP: Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado Interno No. 5200-05; Sección Segunda, del 27 de septiembre de 2007, MP: Alejandro Ordóñez, radicado Interno No. 4327-2005; Sección Segunda, Subsección "B" del 23 de agosto de 2007, MP: Jesús María Lemos Bustamante. Radicado Interno No. 0176-2004; Sección Segunda, subsección "B" del 16 de abril de 2009, MP: Víctor Hemando Alvarado Ardila. Radicado Interno No. 0694-07.

⁷ "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"

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" (Se subraya por el Despacho), de donde surge otra conclusión, que con anterioridad a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, la prima de servicios como prestación era reconocida al personal docente nacional o nacionalizado, correspondiendo a la Nación, en calidad de entidad nominadora, seguirla reconociendo a este personal conforme al proceso de nacionalización de la educación.

La anterior premisa se revalida si se tiene en cuenta que la H. Corte Constitucional en sentencia C-506 de 2006 sostuvo que la Ley 91 de 1989, tiene un contenido prestacional, pues fue creada con el fin de definir el régimen de los docentes y consecuentemente creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, oportunidad en la que señaló que el eje temático de la ley en mención se enmarcó en la necesidad de aclarar aspectos atinentes a las obligaciones prestacionales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales:

"(...) Conforme a lo manifestado por esta Corporación, resulta entonces claro el contenido prestacional de la Ley 91 de 1989, y de su artículo 15, para lo cual se dispone "consecuentemente" la creación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Es entonces la Ley 91 de 1989 un conjunto de normas expedido con el fin de definir el régimen prestacional de los docentes estatales (nacionales, nacionalizados y territoriales) para lo cual se dispone la creación de un Fondo unificado nacional, y no lo contrario (...)"

De igual manera, la Ley 115 de 1994 -Ley General de la Educación-, que contempló en sus artículos 115 y 153 las responsabilidades de los municipios con la administración de la educación, en cuanto al régimen prestacional preceptuó lo siguiente:

"ARTÍCULO 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. (...)"* (Negrilla y subrayas por el Despacho).

Al mismo tiempo, la Ley 812 de 2003⁸ en su artículo 81⁹ reglamentó que el régimen prestacional de los docentes, sean estos nacionales, nacionalizados o territoriales es el establecido en las disposiciones vigentes a la entrada en vigencia de dicha normatividad.

⁸ "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"

⁹ Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)"

3.5. MARCO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA PRIMA DE SERVICIOS DOCENTE.

El H. Consejo de Estado¹⁰ en distintos pronunciamientos ha incluido la prima de servicios como factor a tenerse en cuenta en la liquidación de otro tipo de prestaciones. Sobre este tópico ha sostenido:

“DE LOS FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR CESANTÍAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS.

*El Decreto 2712 de 1999 “Por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial”, en su artículo 2º, estableció como factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, **siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal**, los siguientes: la asignación básica mensual; los gastos de representación; la prima técnica, cuando constituye factor de salario; los dominicales y feriados; las horas extras; el auxilio de alimentación y transporte; la prima de navidad; la bonificación por servicios prestados; la **prima de servicios**; (...)*

*En relación con los factores de salario que deben tenerse en cuenta para liquidar las cesantías, señala la Sala que de acuerdo con lo analizado precedentemente, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable a los empleados públicos que venían vinculados y cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, que ordenó que la liquidación de las prestaciones sociales de dichos servidores, goza del mismo régimen establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Y es por ello, que dentro de los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar las cesantías, además de la asignación básica mensual, los dominicales y festivos, las horas extras, el auxilio de transporte, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, **deben incluirse** la prima de navidad, **la prima de servicios** y la prima de vacaciones. (...)” (Se subraya por el Despacho).*

De igual manera, la H. Corte Constitucional¹¹ al conocer en revisión una acción de tutela proferida por el H. Consejo de Estado interpuesta en contra del Tribunal Administrativo del Quindío por la decisión de ésta de condenar al Municipio de Armenia a reconocer la prima de servicios docente, adopta una decisión final en el sentido de confirmar los fallos de tutela proferidos por el H. Consejo de Estado que negaron el amparo solicitado; veamos sus conclusiones:

“(...) Conviene señalar en primer lugar que en el caso bajo examen las decisiones del Tribunal Administrativo del Quindío fueron suficientemente motivadas y no por referencia exclusiva a lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y a la sentencia del 25 de marzo de 2010 de la Sección Segunda, Subsección A, de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, como asegura el peticionario. Por el contrario, encuentra esta Sala que, como se desprende de la

¹⁰ Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección “A” - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN - veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010) - Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

¹¹ Sentencia T-1066 del 6 de diciembre de 2012, M.P. ALEXI JULIO ESTRADA.

reconstrucción del iter argumentativo del Tribunal accionado, las decisiones judiciales controvertidas se apoyaron no sólo en la norma mencionada y en la decisión de la jurisdicción contenciosa referida, materiales que en sí mismos podrían ofrecer apoyo a la posición del Tribunal, **sino que también se sustentaron en la aplicación de la Ley 115 de 1994¹² y de la Ley 812 de 2003¹³ (en armonía con lo previsto en la Ley 715 de 2001¹⁴). (...)**

Así, es precisamente lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 y en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, **lo que permite determinar si la Ley 91 de 1989 resulta aplicable en una controversia relativa al régimen prestacional de los docentes oficiales, como la presente. Respecto de esta cuestión, encuentra esta Sala que, a la luz de lo contemplado en la Ley 115 de 1994 y en la Ley 812 de 2003, la aplicación del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 para el reconocimiento de la prima de servicios a docentes oficiales, en los términos de las decisiones cuestionadas, no resulta irrazonable, caprichosa, ni arbitraria. Por el contrario, y sin perjuicio de la labor de unificación de la jurisprudencia en materia contenciosa laboral del Consejo de Estado, observa la Sala que, prima facie, resulta razonable afirmar que la norma de la Ley 91 de 1989 mencionada (i) resulta aplicable a los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho resueltos por el Tribunal accionado para el reconocimiento de la prima de servicios a docentes oficiales, (ii) es pertinente en cuanto hace parte del régimen prestacional de los docentes estatales, tal como se ha reconocido en varias disposiciones legales, entre ellas las transcritas¹⁵, y (iii) se encuentra vigente, en tanto no ha sido derogada ni declarada inconstitucional por esta Corporación, a pesar de las diversas modificaciones en el régimen prestacional de los docentes estatales.¹⁶**
(...)

Conforme a lo manifestado por esta Corporación, resulta entonces claro el contenido prestacional de la Ley 91 de 1989, y de su artículo 15, para lo cual se dispone "consecuencialmente" la creación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Es entonces la Ley 91 de 1989 un conjunto de normas expedido con el fin de definir el régimen prestacional de los docentes estatales (nacionales, nacionalizados y territoriales) para lo cual se dispone la creación de un Fondo unificado nacional, y no lo contrario.¹⁷

¹² "Por la cual se expide la Ley General de Educación."

¹³ "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario."

¹⁴ "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."

¹⁵ Incluso en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 (derogada por la Ley 715 de 2001) se contemplaba igualmente que "El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o 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 cualesquiera otra clase de remuneraciones."

¹⁶ Así, en 2006, esta Corporación manifestó que, a pesar de las diversas modificaciones legislativas al régimen prestacional de los docentes estatales, "las normas acusadas [aparte de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989] continúan produciendo efectos jurídicos según lo dispuesto en la nueva regulación cuando señala que el régimen prestacional de los docentes mencionados es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad."

¹⁷ Así, por ejemplo, en la exposición de motivos de la Ley 91 de 1989, se lee: "Durante la etapa electoral, el Presidente Virgilio Barco, se propuso incluir dentro del programa de Gobierno, las acciones necesarias para poner en marcha un estudio con miras a lograr una solución realista al problema que afecta a los maestros en el pago de las prestaciones sociales. (...)

Los resultados arrojados sirvieron como base para conciliar formulas capaces de responder en forma razonable y dar una solución definitiva, sin detrimento de las conquistas y derechos laborales de los docentes y que permita aplicar estrategias financieras capaces de responder a las erogaciones que pudieran resultar exigibles (...) Con este proyecto pretendemos definir, de una vez por todas, las responsabilidades en material

De esta manera, observa la Sala que la interpretación efectuada por el Tribunal accionado del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, como una disposición con un contenido prestacional y como base textual para el reconocimiento de la prima de servicios a docentes oficiales, no resulta irrazonable, caprichosa, ni arbitraria y no debe dar lugar a la configuración de un defecto sustantivo, como causal específica que lleve a invalidar las decisiones del Tribunal accionado.

Tanto no es irrazonable, caprichosa, ni arbitraria la interpretación y aplicación del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 hecha por el Tribunal Administrativo del Quindío, que el propio Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha efectuado el mismo tipo de análisis. Así por ejemplo, en la sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 25 de marzo de 2010, mencionada por el Tribunal accionado en apoyo de sus decisiones, el Consejo de Estado determinó que la prima de servicios es factor salarial para la liquidación de cesantías (...).(Se subraya por el Despacho).

Precedentes jurisprudenciales que llevaron a esta juzgadora a colegir que efectivamente todos los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales tenían derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios.

No obstante, el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 14 de abril de 2016¹⁸ varió su postura en lo referente al tema de la prima de servicios para el personal docente y fijó las siguientes reglas para decidir las controversias judiciales que se susciten en torno a este asunto:

"Relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales.

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el referido asunto:

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

salarial y prestacional, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones existentes y futuras. Con el ánimo de poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente y administrativo oficial del país, de crear un mecanismo ágil y eficaz para efectuar tales pagos y de garantizar el buen manejo de los dineros recaudados a través de un Fondo Especial, el Gobierno pone en consideración el presente proyecto de ley" Sentencia C-506 de 2006.

¹⁸ Consejo de Estado - Sección Segunda - Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez - catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), radicado No.: CE-SUJ215001333301020130013401 No. Interno: 3828-2014. Proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

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 ibidem 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 ibidem 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 2013¹⁹, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.

Habiendo precisado, con el auxilio de los métodos de interpretación legal aplicados a la Ley 91 de 1989, las reglas jurisprudenciales que en lo sucesivo deberán tenerse en cuenta por esta jurisdicción al resolver controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, procede la Sala a realizar el estudio del caso en concreto."

Teniendo en cuenta lo anterior, según lo subrayó la Alta Corporación, desde un principio el artículo 104 de la Ley 1042 de 1978 excluyó expresamente a los docentes de su rango de aplicación y por tanto no les resulta aplicable el artículo 42 de la misma normatividad que consagra la prima de servicios y de otro lado, la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, no creó ni reconoció a favor de los docentes la

¹⁹ 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.

prima de servicios, pues la intención o voluntad del legislador, no era la de crear o extender a favor de los docentes oficiales dicho beneficio, sino unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales a partir de 1990, equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional, pero 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.

4. EL CASO CONCRETO.

Dentro de la foliatura aparecen demostrados los siguientes hechos:

1. De acuerdo al certificado expedido por el Director Administrativo de la Secretaría de Educación del Municipio de Palmira, se constata que la señora FAISURY AMPARO MARMOLEJO COLLAZOS se desempeñó como docente en provisionalidad en la Institución Educativa Praxedes Espinosa del Palmira, desde el 26 de septiembre de 2011 al 14 de julio de 2015 (fl. 33).
2. De acuerdo al Formato Único para la expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Palmira – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se constata que la señora FAISURY AMPARO MARMOLEJO COLLAZOS, se desempeñó como docente nacionalizada, en la Institución Educativa Alfonso López Pumarejo del Municipio de Palmira y a la fecha no está activa y que para los años 2011, 2012, 2013, 2014 y hasta julio de 2015 devengó los siguientes conceptos: Asignación Básica, subsidio de alimentación, horas extras, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios (a partir del año 2014) (fls. 34-36).
3. El día 18 de junio de 2013, la demandante, por conducto de apoderado, presentó derecho de petición ante el Municipio de Palmira, con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de la prima de servicios (fls. 3-4).
4. En respuesta, la Secretaría de Educación del Municipio de Palmira a través del oficio TRD 1151.6.1-1235 del 20 de junio de 2013, negó la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de servicios presentada por la demandante argumentando que la Ley 91 de 1989 no modificó ni revocó las excepciones contempladas por el Decreto 1042 de 1978 para percibir la prima de servicios, debiéndose entender que sigue estando excluido el personal docente. (fls. 5-6).

4.1. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Según lo señaló el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 14 de abril de 2016, la demandante FAISURY AMPARO MARMOLEJO COLLAZOS no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, por cuanto el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no creó ni reconoció a favor de los docentes la prima de servicios, razón por demás suficiente para denegar lo pedido.

5. CONDENA EN COSTAS.

No hay lugar al pago de costas por parte del vencido en juicio, en el entendido que no apareció probada su causación²⁰, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G. del P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

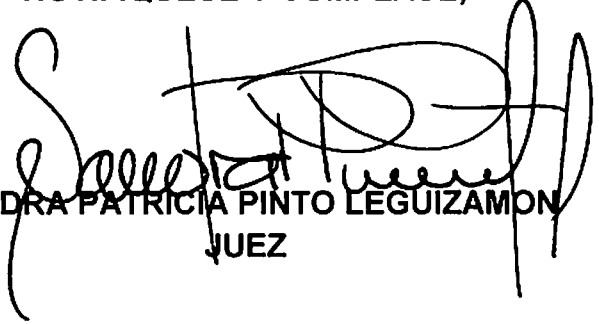
F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: ORDÉNAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora y en firme la presente sentencia **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMON
JUEZ

NGV

²⁰ Consejo de Estado - Sección Primera - Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA. - dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación Núm.: 25001-23-41-000-2012-00446-00.