



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5**

Tunja,

29 OCT 2015

MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUZ DALIA ESPÍNDOLA Y OTROS
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ
REFERENCIA:	15238 33 31 701 2014-00058-01
TEMAS:	RECONOCIMIENTO PRIMA EXTRALEGAL/ NATURALEZA DEL EMOLUMENTO/ COMPETENCIA PARA FIJAR REMUNERACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS/ EXTENSIÓN DE RÉGIMEN PRESTACIONAL DECRETO 1919 DE 2002
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de febrero de 2015, mediante el cual el Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama resolvió denegar las pretensiones de la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

1.1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en lo sucesivo CPACA), las señoras Yolima Mesa Márquez, Zulma Yazmine Gamba Arismendi, Zita Meria Hernández Díaz, Lexmar Judith Bociga Rodríguez, Aura Lucía Sandoval Bonilla, Martha Cecilia Abella Patiño, Solemilce Bonilla Gallo, Dorian Neila Barrera López, Luz Dalía Espíndola Espíndola y los señores Héctor Hugo Pinzón Pineda, William Javier Velandia Leal, Luis Ramiro López López, Raúl Suesca Bermúdez, Gabriel Maldonado Parra y Juan Carlos Becerra Castro formularon demanda para que previos los trámites de un

proceso ordinario y con citación del Ministerio Público, en sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada, se acceda a las pretensiones y condenas que se resumen en declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenar a la entidad demandada que reconozca, liquide y pague la prima extralegal o de servicios creada mediante la Ordenanza N° 09 de 1980 y su Decreto Reglamentario N° 1325 del mismo año.

1.2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA (fl. 12)

1. Sostienen los hechos de la demanda que los actores laboran o laboraron como docentes vinculados al servicio público de la educación en el Departamento de Boyacá.
2. Explica la demanda, que mediante apoderado judicial se elevó derecho de petición ante la Secretaría de Educación del Departamento, solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la prima extralegal o de servicio.
3. En atención a lo anterior, son proferidos los oficios de 10 de diciembre de 2013, contentivos de decisión negativa respecto a lo solicitado por los demandantes y que son objeto de estudio judicial.

1.3 CONTESTACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN (fls. 240 a 245)

Vencido el término de traslado de la demanda, el Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación guardó silencio.

II. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 12 de febrero de 2015, el Juez Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, en desarrollo de audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A, profirió sentencia de primera instancia¹. En ella declaró fundada la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 y el Decreto 1325 de 15 de diciembre de 1980, los inaplicó por la misma razón y finalmente, denegó las pretensiones de la demanda. El fallo abordó los siguientes puntos esenciales:

(i) En primer lugar, señaló que en la Constitución Política de 1886, vigente para la fecha en la que se expidieron las normas que consagran la prestación reclamada, y de manera particular, con la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 01 de

¹ Revisar folios 252 a 256 del expediente.

1968, la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos nacionales y territoriales radicaba en el Congreso de la República o en el Presidente de manera extraordinaria, mientras que las facultades otorgadas a las Corporaciones Públicas departamentales y municipales únicamente se suscribían a la fijación de las escalas salariales.

(ii) Así mismo, destacó que a partir de la Constitución Política de 1991 el establecimiento del régimen prestacional de los empleados públicos del nivel territorial corresponde al gobierno nacional de acuerdo con los parámetros fijados en la ley, mientras que en materia salarial existe una competencia concurrente entre el gobierno nacional y los gobiernos territoriales, ya que los primeros se encargan de establecer los límites para que los segundos ejerzan su potestad en la materia.

(iii) De conformidad con lo anterior, concluyó que ni en vigencia de la Constitución Política de 1886 con la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 1968, ni en la Constitución Política de 1991, las corporaciones territoriales tienen facultades para establecer prestaciones sociales a favor de sus empleados, por lo que en concepto del A quo, las normas que sirven de sustento al reconocimiento pretendido resultan inconstitucionales, lo cual impide estructurar la aplicación del derecho a la igualdad alegado por el libelista.

En atención a lo expuesto, el Juez de conocimiento negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Oportunamente la parte demandante presentó recurso de apelación buscando que se revoque la sentencia de 12 de febrero de 2015, bajo los siguientes argumentos (fls. 266 a 269):

(i) En su criterio, el A quo desconoció que a través de los procesos de descentralización administrativa, especialmente con la expedición de la Ley 60 de 1993² y la Ley 715 de 2001³, las entidades territoriales pasaron a cumplir obligaciones que correspondían a la Nación en materia salarial y prestacional. En ese entendido, a estas entidades les corresponde efectuar el pago de salarios y prestaciones en la medida que estuviesen certificadas como nominadoras de los docentes. Citó el art. 5 (sic)⁴ de la Ley 60 1993 para indicar que **a)** el régimen de remuneración y **b)** las escalas salariales de los docentes de los órdenes

² Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

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 En realidad corresponde al Art. 6 de la Ley 60 de 1993.

departamental, distrital o municipal, se registrá por el Decreto – Ley 2277 de 1979 e igualmente sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4 de 1992. (Subraya del texto original).

(ii) Anotó que la Ley 715 de 2001 convirtió la planta docente en Departamental, Distrital o Municipal, según la vinculación del docente, luego, su administración corresponde al respectivo ente territorial, como ya lo había previsto la Ley 60 de 1995. Adicionalmente, en este punto, agregó que la precitada ley señaló que no se podrían modificar los derechos prestacionales y salariales contenidos en la Ley 91 de 1989.

(iii) Señaló que el Decreto 1919 de 2002 zanjó la distinción del régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial y nacional, indicando en el art. 1 que los empleados de los entes territoriales también gozarían del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. En este punto, trajo a colación un pronunciamiento del H. Consejo de Estado⁵ mediante el cual se inaplicó la expresión “del orden nacional” del Decreto 1042 de 1979 para hacer extensiva la prima de servicios prevista en la precitada la norma, a los empleados del orden territorial.

Concluyó sosteniendo que frente a los demás funcionarios públicos que pertenecen a la entidad territorial demandada, dejar por fuera al personal docente, de las prebendas contenidas en la Ordenanza y el Decreto Reglamentario expedido por el Alcalde (Sic), especialmente lo referido a la prima extralegal o de servicios, vulnera el derecho a la igualdad de los docentes.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Al recurso se le dio el trámite del artículo 247 del CPACA, así: a través de auto del 12 de mayo de 2015 (fl. 277) el Tribunal admitió la apelación y posteriormente, el 26 de mayo de 2015 (fl. 284), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de diez (10) días y vencido éste, corrió traslado al Ministerio Público para que emitiera el respectivo concepto.

4.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes guardaron silencio.

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. CP. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicado. 150012331000-2001-00073 de 20 de septiembre de 2007.

4.2 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de hacer un recuento de los antecedentes del caso, citó el Decreto 1042 de 1978, el cual establece el sistema de nomenclatura y clasificación, así como escalas de remuneración, de los empleos públicos del orden nacional, el cual en su artículo 58 reconoce la prima de servicios, añadió que seguidamente, este Decreto en su artículo 104, literal b, excluyó de su aplicación al personal docente de los distintos organismos de la rama ejecutiva.

Igualmente, explico que contrario a la interpretación que algunos jueces le han dado al Decreto 1919 de 2002, asumiendo que extendió la aplicación del Decreto 1042 de 1978 a los empleados de los niveles territoriales, para el Consejo de Estado resulta equivocada, puesto que se equipara el régimen prestacional con el régimen salarial, cuando lo que el legislador quiso extender únicamente fue el régimen de prestaciones sociales a los empleados del orden territorial, y que analizado el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, la prima de servicios reclamada es un factor salarial y no prestacional.

Conceptuó que, no comparte la conclusión a la cual llega el recurrente, con el argumento según el cual, conforme a los principios constitucionales de igualdad y especial protección al trabajador, se avale el reconocimiento de la prima de servicios, dado que reitera el agente del Ministerio Público, *“que no puede haber un reconocimiento prestacional que no esté previamente definido en la Ley, porque ello iría en contravía del principio de legalidad de la actuación administrativa que impone que todas las actuaciones de las autoridades públicas deben estar ceñidas a la Ley.”* (fls. 289 –292).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad a lo establecido en los artículos 243 y 247 del C.P.A.C.A., este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, por lo que procede a resolver de fondo.

5.2. EL PROBLEMA JURÍDICO.

La controversia jurídica planteada en esta instancia, se resuelve respondiendo los siguientes interrogantes:

¿Es procedente ordenar el reconocimiento, liquidación y pago de la prima extralegal prevista en la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 y el Decreto Reglamentario N° 1325 de 15 de diciembre del mismo año expedido por la Asamblea Departamental de Boyacá y el Gobernador del Departamento, respectivamente, a los docentes demandantes, de acuerdo con la normatividad aplicable al caso concreto?

-Luego, ¿se debe revocar, modificar o confirmar la providencia apelada?

5.3 TESIS DE LA SALA

Revisado el fundamento fáctico, normativo y jurisprudencial que rodea el caso de autos, la Sala considera que no es posible ordenar el reconocimiento y consecuente pago de la prima extralegal prevista en la Ordenanza No. 09 de 03 de diciembre de 1980 y reglamentada mediante Decreto 1325 de 15 de diciembre de 1980 como quiera que el Art. 38 de la Ley 715 de 2001 señaló categóricamente que los docentes, que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial establecido por ley o de acuerdo con esta. En ese entendido, como la precitada prima no fue establecida por una ley sino por un acto administrativo proferido por la Asamblea y que adicionalmente, no se encuentra en consonancia con el ordenamiento jurídico en la medida que la Asamblea Departamental de Boyacá excedió sus competencias, la Sala considera que no hay lugar a su reconocimiento.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

5.4. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

- MARCO JURÍDICO DE LA PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS

Lo primero que se debe definir, es si la prima extralegal o prima de servicios creada mediante la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980, reglamentada por el Decreto N° 1325 de 15 de diciembre de 1980 constituye una prestación social o un factor salarial como quiera que de allí se deriva el marco jurídico aplicable. Para ello, se debe revisar el fundamento legal del rubro denominado “prima de servicios”. En ese entendido, conviene anotar que la prima legal de servicios surgió de las facultades que el Congreso le dio al Ejecutivo mediante la Ley 5 de 1978. Su regulación actual –es decir de la prima legal de servicios- está contenida en el Decreto 1042 de 1978, que definió su naturaleza jurídica así:

Artículo 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 servicios.
(...)

Por lo expuesto, resulta claro que la prima legal de servicios constituye un factor salarial, luego, aplicando el principio *mutatis mutandis*, puede concluirse que la prima que hoy nos ocupa -prima extralegal de servicios- es también un factor salarial. No obstante lo anterior, en aras de reafirmar tal posición, se debe tener en cuenta que la propia Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 señaló respecto a este rubro:

“Artículo 3º: A partir del primero (1) de Enero de 1980 los empleados al servicio del Departamento o sea la Administración central, tendrán derecho a una prima de servicios anual equivalente a un mes de sueldo, que se pagará en los primeros días del mes de Julio de cada año”.

A su vez, en el Decreto N° 1325 de 15 de diciembre de 1980 contempló:

“PRIMA DE SERVICIOS: Equivale a un mes de salario, de conformidad con lo dispuesto por la Ordenanza N° 9 de diciembre 3 de 1980. Para la liquidación de la prima de servicios se tendrán en cuenta los siguientes factores salariales: a) el sueldo básico mensual y b) los gastos de representación. La prima de servicios se pagará en los primeros 15 días del mes de julio de cada año, con base en el sueldo básico fijado para cada cargo y los gastos de representación vigentes en 30 de junio del respectivo año”.

Así las cosas, se observa que la Asamblea Departamental en la aludida Ordenanza, de manera inequívoca señaló que la prima de servicios era parte de la remuneración, es decir del salario como contraprestación al servicio prestado. Adicionalmente, para zanjar esta discusión la Sala retoma lo señalado por el H. Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia de 25 de noviembre de 2010 que señaló claramente:

“La prima de servicio a su vez, también es un factor salarial. Surgió de las facultades que el Congreso le dio al ejecutivo mediante la Ley 5 de 1978. Su regulación actual está contenida en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 y consiste en el reconocimiento de una suma anual de 15 días de remuneración, pagadera los primeros días del mes de julio de cada año. Esta prima tiene reconocimiento proporcional cuando el empleado se retira del servicio siempre y cuando, lo haya prestado por lo menos por seis meses. De la misma manera, se reconoce cuando el funcionario ha pasado de una entidad a otra, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Fue concebida inicialmente para los funcionarios de la rama ejecutiva. Puede concluirse entonces, que estas sumas recibidas habitualmente [entiéndase prima de antigüedad y prima de servicios] hacen parte del salario porque se tienen

como retribución al trabajador por su servicio y constituye un ingreso personal del trabajador.⁶

Visto lo anterior, la Sala entiende que la Asamblea Departamental de Boyacá mediante la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 creó un factor salarial para el ramo docente a partir de esa fecha, esto es prima extra legal o de servicios. Por ello, atendiendo la fecha de expedición de la Ordenanza, conviene precisar que si bien la Constitución Política de 1886, en su texto original, confería al Congreso la facultad de autorizar a las Asambleas para ejercer algunas de sus funciones, entre ellas, crear todos los empleos que demande el servicio público y “fijar sus dotaciones”, lo cierto es que el Acto Legislativo No. 1 de 1968, que modificó la anterior Constitución, en su numeral 9 del art. 11 señaló que era una atribución única y exclusiva del Congreso fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales. En ese orden de ideas, fuerza concluir que para la fecha de la expedición de la Ordenanza, la única Corporación autorizada para fijar las escalas de remuneración era el Congreso. Esta situación se mantuvo con la Constitución Política de 1991 que señaló:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

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

(...)

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

(...)

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.”

Para concluir el marco jurídico que rodea el caso de autos, es preciso tener en cuenta la sentencia C-510 de 1999 que declaró la inexecutable de los artículos 87, 88 y 89 de la Ley 136 de 1994⁷ en lo concerniente a la facultad de las Asambleas Departamentales para señalar las asignaciones de los Gobernadores. En ese momento, la Honorable Corte Constitucional frente a la competencia para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, señaló:

“(...) para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: [1] Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. [2] Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. [3] Tercero, las

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 70001-23-31-000-2002-01738-02(1780-08).

⁷ Art. 87: (...) Los Concejos señalarán las asignaciones de los alcaldes de acuerdo con los siguientes criterios: (...)

*asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. [4] Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los **límites máximos** determinados por el Gobierno Nacional.*

Teniendo en cuenta el anterior marco jurídico aplicable al caso objeto de estudio, continúa la Sala a revisar el caso concreto.

6. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

- Copia de la Ordenanza No. 09 de 1980 expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá mediante la cual se creó la prima de servicios a favor de los empleados al servicio del Departamento o sea la Administración Central (fls. 205–206).
- Constancia suscrita por la Técnica de Archivo de la Asamblea de Boyacá, fechado el 14 de marzo de 2014, según la cual la Ordenanza N° 09 de 1980 se encuentra vigente (fl. 207)
- Copia del Decreto N° 1325 de 1980 expedido por el Gobernador del Departamento mediante el cual se determina y reglamenta el sistema de liquidación de las Primas establecidas para los funcionarios de la Administración Central del Departamento (fls. 208-210)

7. CASO CONCRETO

En el asunto bajo estudio, la parte demandante acude a la jurisdicción contencioso administrativo, para que previos los trámites de un proceso ordinario dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se declare la nulidad de los actos administrativos acusados por medio de los cuales el Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación no accedió a la petición de reconocer y pagar la prima extralegal o prima de servicios creada por la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 para el ramo docente. A título de restablecimiento solicitó que se condene a la entidad demandada, a pagar los valores adeudados por este concepto.

La parte demandante señaló que tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la precitada prima extralegal como quiera que la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 que reconoció el precitado emolumento se

encuentra vigente y es deber del ente territorial pagarla por efectos de la descentralización prevista por la Ley 715 de 2001.

El Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama negó las pretensiones de la parte demandante. Para ello, declaró fundada la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 y la inaplicó. Sostuvo que tanto bajo el amparo de la Constitución de 1886 modificada por el Acto Legislativo N° 1 de 1968, como de la Carta Política de 1991, la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos recae única y exclusivamente en el Congreso de la República. En ese entendido, concluyó que los demandantes no tienen derecho a la prima extralegal creada mediante Ordenanza por cuanto la Asamblea se arrogó una competencia exclusiva del Congreso.

Inconforme con la decisión, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia argumentando en síntesis que: **(i)** La Ley 60 de 1993 señaló que el régimen de remuneración y las escalas salariales de los docentes se regirán por el Decreto Ley 2277 de 1979 y la Ley 4 de 1992. **(ii)** La Ley 715 de 2001 convirtió la planta docente en departamental, distrital o municipal, según la vinculación del docente, luego, su administración corresponde al respectivo ente territorial. Adicionalmente, en este punto, agregó que la Ley 60 de 1993 y la Ley 812 de 2003 dispusieron que no se podrían modificar los derechos prestacionales y salariales contenidos en la Ley 91 de 1989. **(iii)** El Decreto 1919 de 2002 zanjó la distinción del régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial y nacional, indicando en el art. 1 que los empleados de los entes territoriales también gozarían del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. En este punto, trajo a colación un pronunciamiento del H. Consejo de Estado⁸ mediante el cual se inaplicó la expresión “del orden nacional” del Decreto 1042 de 1979 para hacer extensiva la prima de servicios prevista en la precitada la norma, a los empleados del orden territorial.

La Sala se referirá a cada uno de los puntos expuestos por la parte apelante. Así las cosas, se abordará el primer argumento. **(i)** Revisada la Ley 60 de 1993 se tiene que la misma fue derogada expresamente por el Art. 113 de la ley 715 de 2001. En ese entendido, conviene anotar, que en efecto, como lo señaló la parte demandada, la precitada ley, en el inciso tercero del art. 38 previó que a los docentes de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional a) establecido por la Ley o b) de acuerdo con esta.

Ahora bien, revisado el expediente se observa que la prima extralegal pretendida fue creada mediante la Ordenanza N° 09 de 03 de diciembre de 1980 (fls. 205 a

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. CP. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicado. 150012331000-2001-00073 de 20 de septiembre de 2007.

206) expedido por la Asamblea Departamental, por tanto no es una Ley de la República sino un acto administrativo, adicionalmente, no está en consonancia con el ordenamiento jurídico como quiera que la Asamblea de Boyacá excedió su competencia al crear el referido factor salarial mediante ordenanza. Adicionalmente, en este punto, se comparte lo anotado por el Ministerio Público en su concepto, cuando señala que la prima extralegal no se encuentra en consonancia con el ordenamiento jurídico como quiera que la Asamblea Departamental excediera su competencia al crear el referido factor salarial mediante Ordenanza. Conviene recordar entonces, que tanto la Constitución Política de 1886 modificada por el Acto Legislativo No. 1 de 1968, como la Constitución de 1991 otorgaron la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, única y exclusivamente al Congreso.

Según las disposiciones legales y jurisprudenciales citadas líneas arriba, existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, siendo que a las Asambleas y Concejos únicamente les corresponde establecer las escalas de remuneración, más no, crear emolumentos salariales. En consecuencia, el primer argumento expuesto por el apelante no tiene vocación de prosperidad en la medida que la Ley 60 de 1995 fue derogada en su totalidad y su reemplazo, esto es, la Ley 715 de 2001 fue clara en señalar que a los docentes que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial establecido por la ley o de acuerdo con ésta, condiciones que no se cumplen en el caso de autos.

Frente al segundo argumento, (ii) se observa que en efecto, la Ley 715 de 2001 buscó descentralizar el modelo educativo nacional y en esa vía convirtió la planta docente en departamental, distrital o municipal⁹. Luego, si bien, su administración quedó en cabeza de la respectiva entidad territorial que asumió este rol con los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, ello no implica *per se*, que le corresponda al departamento reconocer emolumentos salariales que a todas luces contravienen el ordenamiento jurídico.

En este punto, el recurrente señaló que tanto la Ley 60 de 1993 como la Ley 812 de 2003 previeron expresamente que no se podría modificar los derechos prestacionales y salariales de los docentes contenidos en la Ley 91 de 1989. Frente a ello, se insiste que la Ley 60 de 1993 fue derogada por la Ley 715 de 2001 que nada refirió respecto a los derechos reconocidos por la Ley 91 de 1989.

⁹LEY 715 DE 2001 – **Artículo 34: Incorporación a las plantas.** Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios. Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad (...)

Artículo 38. Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo. Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

Adicionalmente, se precisa que tanto el art. 6 de la Ley 60 de 1993 como el art. 81 de la Ley 812 de 2003 mantuvieron únicamente el régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad a su entrada en vigencia, sin embargo, la prerrogativa no fue extendida para el régimen salarial, que como se señaló en las consideraciones de esta providencia, es el que nos ocupa en tanto se analiza la prima extralegal o de servicios que constituye parte del salario. Por lo expuesto, la Sala despacha desfavorablemente el segundo argumento del recurrente.

Finalmente, (iii) la parte demandante señaló que el Decreto 1919 de 2002 zanjó la distinción del régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial y nacional, indicando en el art. 1 que los empleados de los entes territoriales también gozarían del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Frente a ello, la Sala sostendrá que no se puede confundir el régimen salarial con el régimen prestacional¹⁰. Así las cosas, debe insistirse que el emolumento objeto de litigio, esto es, prima extralegal o de servicios reconocida mediante ordenanza, afecta el régimen salarial en la medida que es una retribución al trabajador por su servicio y constituye un ingreso personal.

En ese orden de ideas, examina la Sala, que el Decreto 1919 de 2002 extendió a los empleados del orden territorial, el régimen legal prestacional de los empleados del orden nacional, más no el régimen salarial. En un caso, de similares condiciones fácticas, así se pronunció el H. Consejo de Estado:

“Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional para los empleados públicos vinculados o que se vinculen, entre otros órganos a las Personerías Distritales .

En ese orden, examina la Sala, que la pretensión de la demanda referida al reconocimiento de la prima de servicios no tienen vocación de prosperidad por cuanto el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 dado que dicha acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional¹¹ (Subrayas propias de la Sala)

De otro lado, analizando el contenido del Decreto 1919 de 2002 traído a colación por el apelante no se puede obviar que en su art. 10 previó que en concordancia con lo previsto en el art. 10 de la Ley 4 de 1992¹², todo régimen de prestaciones sociales que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la ley o en el decreto carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos, premisa que permite reafirmar la posición de la Sala, cuando señala, que no es dable reconocer

¹⁰ Entendido como aquellas disposiciones que determinan las sumas que el empleador debe hacer al trabajador, directamente o a través de las entidades de previsión o de seguridad social, en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originados durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados.

¹¹ Consejo de Estado. S. segunda. Sub. B. CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia 0417-09. Abril 15 de 2010.

¹² Artículo 10º.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

un emolumento –caso de autos, prima extralegal- que contraría el ordenamiento jurídico. Por lo anotado, la Sala desvirtúa el tercer argumento expuesto por la parte demandante.

En consecuencia, una vez resueltos los puntos de la apelación, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

8. COSTAS PROCESALES

El artículo 188 del CPACA dispone que *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. De modo que se dejó de lado el factor puramente subjetivo que traía el Código Contencioso Administrativo, es decir, no se observará la conducta de las partes, sino que es potestativo del juez condenar o no por tal concepto, dependiendo de la comprobación de que se hubieren causado.

Así lo precisó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2015, expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01, con ponencia del Magistrado Guillermo Vargas Ayala:

“...Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

*Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y **bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual**, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide.*

*En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, **por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas**. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que “se condenará en costas [...] a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...]” y en el numeral 3° de la misma norma se dispone que “En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”, observa la Sala que en el asunto sub examine no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la*

empresa CITITEX UAP S.A., por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la apelación, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de segunda instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso...” (Resalta la Sala).

Por su parte, el artículo 365 del CGP estableció la forma en que se efectuaría la condena en costas en los siguientes términos:

ARTÍCULO 365. CONDENEN EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.(...)*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.(...) (se destaca).*

Por lo anterior, a pesar de la no prosperidad de los argumentos de la alzada, no se observa que se hubieran causado costas en la medida en que no se comprobó que el apoderado de la parte demandada actuara en esta instancia, por lo que el Despacho se abstendrá de emitir condena por tal concepto.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN No. 5, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

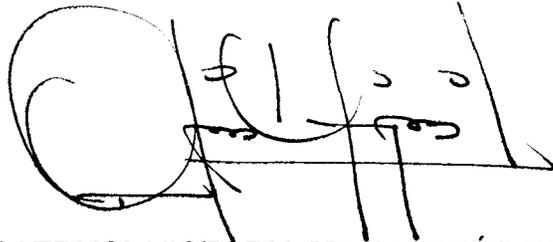
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Mixto de Descongestión del Circuito de Duitama.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

TERCERO: Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

CÓPIESE, NOTÍFQUESE Y CÚMPLASE



PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
Magistrada

Ausente Con Permiso

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



HOJA DE FIRMAS
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
EXP. 15238 33 31 701 2014-00058-01

CMMA


Tribunal Administrativo De Boyacá
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
12 9 OCT 2015
EL AUTO QUE ANTECEDE, DE FECHA _____ SE NOTIFICÓ
POR ESTADO ELECTRÓNICO N° 186 PUBLICADO EN EL PORTAL WEB DE
LA RAMA JUDICIAL, HOY, 13 0 OCT 2015 SIENDO LAS 08:00 AM.

SECRETARIO