TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN NO. 6

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 12 AGO 2016

EXPEDIENTE:	**15238-33-31-701-2014-00091-01.**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
DEMANDANTE:	**LUZ MARIELA MARTÍN AVILA, MARÍA OLGA DUARTE BOHORQUEZ, OLGA LUCIA ESPINDOLA CASTRO, BENILDA NIÑO SUAREZ, NELIA MARÍA HERRERA PATIÑO, MERARDA MARTÍNEZ MELO, GLORIA PATRICIA GARZÓN ROJAS, BERTHA MARINA PICO CACERES, ANA JOSEFA SEPULVEDA DE ESTUPIÑAN, ANA MERY TARAZONA MEDINA, DOMINGO RODRIGUEZ MURILLO, JOSE DEL CARMEN LÓPEZ JAIME Y ANA JOSEFA TAVERA CENTENO.**
DEMANDADO:	**DEPARTAMENTO DE BOYACÁ-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ -vinculado-LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.**
REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA - PRIMA DE SERVICIOS DOCENTE – CONFIRMA – CONDENA EN COSTAS.**

Decide la Sala el recurso de apelación, formulado por la parte demandante (Folios 189-240) contra la Sentencia de fecha treinta (30) de julio de 2015, proferida por el Juzgado 751 Administrativo Mixto en Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda incoada. (Folios 153-188).

I. ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA - (Folios 14-21).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **LUZ MARIELA MARTÍN AVILA, MARÍA OLGA DUARTE BOHORQUEZ, OLGA LUCIA ESPINDOLA CASTRO, BENILDA NIÑO SUAREZ, NELIA MARÍA HERRERA PATIÑO, MERARDA MARTÍNEZ MELO, GLORIA PATRICIA GARZÓN ROJAS, BERTHA MARINA PICO CACERES, ANA JOSEFA SEPULVEDA DE ESTUPIÑAN, ANA MERY TARAZONA MEDINA, DOMINGO RODRIGUEZ MURILLO, JOSE DEL CARMEN LÓPEZ JAIME Y ANA JOSEFA TAVERA CENTENO**, presentaron demanda en contra del Departamento de Boyacá-Secretaria de educación de Boyacá, con el objeto que se disponga el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios.

1.1. HECHOS.

Los supuestos fácticos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

- Los demandantes laboran como Docentes vinculados al servicio público de la educación en el Departamento de Boyacá.
- El día veinticinco (25) de septiembre de 2012, por intermedio de apoderado judicial los demandantes radican Derecho de Petición ante La Secretaria de Educación de Boyacá-Departamento de Boyacá (Folios 23-42), por medio del cual solicitan el RECONOCIMIENTO, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA PRIMA DE SERVICIOS.

- La entidad accionada negó la petición aludida, mediante los oficio 1.2.5-38-2013PQR8002 del 11 de marzo de 2013 y 1.2.5-38-2013PQR22722 del 15 de julio de 2013.

1.2. PRETENSIONES.

La parte actora dirige el petitum, en torno a lo que seguidamente se menciona:

1. Que se declare la nulidad de los oficios 1.2.5-38-2013PQR8002 del 11 de marzo de 2013 y 1.2.5-38-2013PQR22722 del 15 de julio de 2013.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad accionada al reconocimiento y pago de la prima de servicios desde el primero (01) de enero de 2003 hasta la fecha; así mismo, se proceda a REAJUSTAR y PAGAR todas las prestaciones sociales y salariales que habitualmente recibe el demandante, para que la prima de servicios sea tenida en cuenta en las correspondientes liquidaciones; igualmente que los valores adeudados sean debidamente indexados.

3. Que sobre las sumas de dinero adeudadas, se reconozcan los INTERESES CORRIENTES Y MORATORIOS a la máxima tarifa fijada por la Superbancaria.

4. Que se dé cumplimiento a la Sentencia, en los términos previstos en la ley 1437 de 2011, Artículos 187,192, y 193.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Los demandantes concretaron los cargos, en lo que respecta a normas conculcadas y concepto de violación en la forma que se reseña seguidamente.

Constitucionales: artículos 1,2,4,6,13,25,29,53,83,90,93,94,121,122 y 209 de la Carta Política.

Legales: Parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989; ley 60 1993; artículo 115 de la ley 115 de 1994; artículo 38 de la ley 715 de 2001; y artículo 81 de la ley 812 de 2003.

En lo que alude al concepto de violación refirió:

El no reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios, involucra una violación directa de las normas legales y constitucionales, toda vez que, los demandantes tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, por tratarse de un factor contemplado dentro del regimen aplicable a los docentes, de confortmidad con el articulo 15 de la ley 91 de 1989.

De igual mananera el acto administrativo impugnado, esta violando el contenido del artículo 3 del CPACA, al no tener en cuenta los prinipios del debido proceso, igualdad, respónsabilidad,eficacia, economia y celeridad, previstos en la citada norma, ya que al negarse al pago de la PRIMA DE SERVICIOS para los docentes vinculados al servicio público de la educación en el Departamento de Boyacá, existe una actuación indebida de la administracion; decidiendo sin soporte legal, desconocer un derecho irrenunciable con la expedicion de los actos administrativos impugnados.

Tambien refiere que el ente Territorial al pronunciarse respeto del Derecho de Peticion, hace una interpretacon errada de la norma NEGANDO el pago de la PRIMA DE SERVICIOS.

2. LA CONTESTACIÓN.

Vencido el término dispuesto al efecto en el artículo 172 del CPACA, la entidad demandada contestó la demanda manifestando que:

DEPARTAMENTO DE BOYACÁ-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ.

La demanda se dio por no contestada, conforme a lo establecido en providencia del 9 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama (Folio 96).

NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Manifestó esta entidad, que se opone a todas y cada una de las pretensiones de los demandantes y, expresó que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento de las mismas, y que comprometan la responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional, toda vez que la entidad nominadora, producto del proceso de descentralización de la educación establecido por la ley 60 de 1993 y la ley 715 de 2011 ya no es la Nación, sino los Departamentos y Municipios, y son a estas entidades territoriales a quienes les corresponde decidir de fondo sobre el asunto en litigio, de igual manera resalta que el Ministerio de Educación Nacional no es ni ha sido el empleador de los demandantes.

En este orden señala, el concepto dado por el Honorable Consejo de Estado, con relación reconocimiento de prima de servicios a docentes y directivos docentes, y el fallo por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T – 619 de 1999, concluyendo que la normatividad señalada, permite hacer claridad que frente al tema de reconocimiento de prestaciones sociales, les corresponde a las Secretarias de Educación, resolver las solicitudes que se presenten de los docentes, que hacen parte de su planta de personal, aclarando que sus decisiones deben estar regidas estrictamente por la ley y la Constitución.

3. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, puso término a la primera instancia mediante Sentencia de fecha treinta (30) de julio de 2015 (Folios 153-187), decidiendo negar las pretensiones de la demanda.

Lo anterior grosso modo con fundamento en que, Conforme a la situación fáctica y jurídica, no es viable ordenar el reconocimiento de la prima de servicios desde el año 2003, solicitada por los demandantes.

En razón a que, no existe un fundamento legal que así lo disponga, y tampoco es posible dar aplicación a las prerrogativas de un régimen diferente al que le corresponde al servidor, por cuanto no puede tomarse lo favorable de cada régimen, ya que cada uno obedece a criterios y características diversas. Así pues, en los términos de la Sentencia de Constitucionalidad C-402 de 2003[1], es improcedente realizar un juicio de igualdad entre prestaciones de diferentes regímenes laborales.
A su vez sostiene, sí bien es cierto que el Departamento de Boyacá, es o fue el nominador de los demandantes, quiere decir, que responde por las prestaciones a que tengan derecho sus empleados del orden territorial; sin embargo como en el presente asunto el derecho a la prima de servicios nace a partir del Decreto proferido por el Gobierno Nacional No 1545 del 19 de julio de 2013, es a partir de este momento que entraría a responder en favor de los funcionarios que se encontraren vinculados, y no a partir del año 2003, como lo pretende los demandantes, pues para dicha fecha, solo se predica su reconocimiento para los empleados del orden nacional mas no territorial, lo que implica la inexistencia del derecho hasta la expedición de la norma precitada, generando la denegación de las súplicas de la demanda.

En virtud de lo anterior el Despacho niega las súplicas de la demanda.

[1] Sentencia que hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos erga omnes.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

En la oportunidad procesal dispuesta al efecto, la parte actora impetró recurso de apelación (Folios 189-240) solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar la alzada, alude que: el Despacho de conocimiento, desconoció el presedente jurisprudencial que existe frente al caso de LA **PRIMA DE SERVICIOS PARA LOS DOCENTES.**

De igual manera sostiene que, La ley 91 de 1981 creó la prima de servicios pretendida en la demanda, convirtiendose en la base juridica de su creacion.

Lo que sin lugar a duda genera la conclución del reconocimiento de la prima de servicios reclamada, por tener como soporte legal o la fuente del derecho a persibirlas, la ley 91 de 1989. Generando de esta forma una fuente juridica autonoma y especial.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

En el término para alegar de conclusión, se pronunciaron las partes en la siguiente forma:

La Parte Demandante, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, guardo silencio.

La Parte Demandada, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, guardo silencio.

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, sostiene que inicialmente es de resaltar que la entidad emisora del acto del cual se pretende se declare la Nulidad, fue la Secretaria de educacion de Boyacá, teniendo en

cuenta el fenomeno juridico de la decentralizacion, contemplado en la Carta Fundamental, no es posible la presuncion de responsabilidad por el hecho ajeno, dado que, la Nacion (de la cual el Ministerio de Educacion Nacional es un organismo integrante de la Rama Ejecutiva del poder público) es una persona totalmente diferente al Departamento de Boyacá.

Así mismo refiere que, el Decreto ley 1042 de 1978 establece en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, pertenecen a un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos.

También precisa con relación a la interpretación que la parte demandante le ha dado al parágrafo Segundo del Artículo 15 de la ley de 1989, que la norma citada en ningún momento está creando una prima de servicios para el personal docente, sino que establece 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 del Magisterio. Precisamente, el hecho de hablar en el citado parágrafo de "continuación" del pago de las prestaciones relacionadas, hace evidente que la protección de la norma es en relación con un emolumento que ya existía y no como se ha interpretado, la creación de uno nuevo.

Por las razones expuestas solicita, al Despacho, denegar las pretensiones a las que espira el accionante en contra de La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

En razón al recurso de alzada, impetrado a través de apoderado judicial, por los accionantes contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si, ¿Obra sustento normativo válido para el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios, solicitada por los demandantes, ***LUZ MARIELA MARTÍN AVILA, MARÍA OLGA DUARTE BOHORQUEZ, OLGA LUCIA ESPINDOLA CASTRO, BENILDA NIÑO SUAREZ, NELIA MARÍA HERRERA PATIÑO, MERARDA MARTÍNEZ MELO, GLORIA PATRICIA GARZÓN ROJAS, BERTHA MARINA PICO CACERES, ANA JOSEFA SEPULVEDA DE ESTUPIÑAN, ANA MERY TARAZONA MEDINA, DOMINGO RODRIGUEZ MURILLO, JOSE DEL CARMEN LÓPEZ JAIME Y ANA JOSEFA TAVERA CENTENO***, en su condición de docente?

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en la impugnación, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

1.1. Tesis argumentativa propuesta por el a quo.

Niega las pretensiones de la demanda, por considerar que, Conforme a la situación fáctica y jurídica, no es viable ordenar el reconocimiento de la prima de servicios desde el año 2003, solicitada por los demandantes.

En razón a que, no existe un fundamento legal que así lo disponga, y tampoco es posible dar aplicación a las prerrogativas de un régimen diferente al que le corresponde al servidor, por cuanto no puede tomarse lo favorable de cada régimen, ya que cada uno obedece a criterios y características diversas. Así pues, en los términos de la Sentencia de Constitucionalidad C-402 de 2003[2], es improcedente realizar un juicio de igualdad entre prestaciones de diferentes regímenes laborales.

[2] Sentencia que hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos erga omnes.

A su vez sostiene, sí bien es cierto que el Departamento de Boyacá, es o fue el nominador de los demandantes, quiere decir, que responde por las prestaciones a que tengan derecho sus empleados del orden territorial; sin embargo como en el presente asunto el derecho a la prima de servicios nace a partir del Decreto proferido por el Gobierno Nacional No 1545 del 19 de julio de 2013, es a partir de este momento que entraría a responder en favor de los funcionarios que se encontraren vinculados, y no a partir del año 2003, como lo pretende los demandantes, pues para dicha fecha, solo se predica su reconocimiento para los empleados del orden nacional mas no territorial, lo que implica la inexistencia del derecho hasta la expedición de la norma precitada, generando la denegación de las súplicas de la demanda.

En virtud de lo anterior el Despacho niega las súplicas de la demanda.

1.2. Tesis argumentativa propuesta por el apelante.

Su inconformidad radica en que: el Despacho de conocimiento, desconoció el presedente jurisprudencial que existe frente al caso de LA PRIMA DE SERVICIOS PARA LOS DOCENTES.

De igual manera sostiene que, La ley 91 de 1981 creó la prima de servicios pretendida en la demanda, convirtiendose en la base juridica de su creacion.

Lo que sin lugar a duda genera la conclución del reconocimiento de la prima de servicios reclamada, por tener como soporte legal o la fuente del derecho a persibirlas, la ley 91 de 1989. Generando de esta forma una fuente juridica autonoma y especial. .

1.3. Tesis argumentativa de la Sala.

Esta Sala confirmará la decisión a la cual llegó el *a quo* en tanto, en el caso de los docentes nacionales, nacionalizados o territoriales, el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la prima de servicios, surge a partir de la expedición del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013 por cuanto la Ley 91 de 1989

solamente aludía a ésta; no les son aplicables a los Docentes las preceptivas salariales del Decreto 1042 de 1978 y, el Consejo de Estado, en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en éste sentido unificando la jurisprudencia.

Para desatar el problema jurídico planteado, procederá la Sala a analizar los siguientes aspectos, *i)* marco normativo y jurisprudencial del escalafón nacional docente; *ii)* requisitos para el ascenso al grado 14 del escalafón docente, y el *iii)* caso concreto.

2. HECHOS PROBADOS.

De las pruebas obrantes en el plenario es posible establecer que:

4.1. Está probado que, **LUZ MARIELA MARTÍN AVILA, MARÍA OLGA DUARTE BOHORQUEZ, OLGA LUCIA ESPINDOLA CASTRO, BENILDA NIÑO SUAREZ, NELIA MARÍA HERRERA PATIÑO, MERARDA MARTÍNEZ MELO, GLORIA PATRICIA GARZÓN ROJAS, BERTHA MARINA PICO CACERES, ANA JOSEFA SEPULVEDA DE ESTUPIÑAN, ANA MERY TARAZONA MEDINA, DOMINGO RODRIGUEZ MURILLO, JOSE DEL CARMEN LÓPEZ JAIME Y ANA JOSEFA TAVERA CENTENO**, prestan sus servicios como docentes al servicio público de la educación en el Departamento de Boyacá.

4.2. Así mismo está acreditado que, no les han reconocido, liquidado ni pagado la prima de servicios (Folios 43-46).

3. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

3.1. Es de observar por la Sala que, la situación laboral del servidor público (empleado público) es de carácter legal y reglamentario y esta situación laboral se regula por normas que son de orden público y de obligatorio cumplimiento[3].

Aunado a lo anterior, es reglado lo que corresponde al establecimiento de la estructura administrativa, salarios y prestaciones sociales, siendo asuntos propios de una Ley marco; competencias que, se encuentran repartidas entre el Congreso, las Asambleas departamentales, los Concejos Municipales, el Presidente de la República, el Gobernador y el Alcalde[4].

Mientras las prestaciones sociales son los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma; es salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

En armonía con lo anterior, las prestaciones sociales son: Asistencia médica, Auxilio por enfermedad, Indemnización por accidente de trabajo, Enfermedad profesional, Auxilio por maternidad, Vacaciones, Prima de vacaciones, Bonificación por recreación, Prima de Navidad, Auxilio de cesantía, pensión de jubilación, Pensión de invalidez, Pensión de retiro por vejez, Auxilio funerario y, seguro por muerte.

Por su parte, son factores de salario la prima de servicios, gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación y bonificación por servicios prestados, a que se ha hecho referencia para la liquidación de las diferentes prestaciones sociales, se tendrá en cuenta en la

[3] Artículos 1, 4, 6, 122 y 123, inciso 2º de la C.P.
[4] Ver de la C.P. Artículo 150, numeral 1; artículo 300, numeral 7; artículo 313, numeral 6; artículo 189, numeral 14; artículo 189, numeral 16 y, artículo 305, numerales 7 y 8; artículo 150, Numeral 19, literales e) y f), los artículos 2, 9, 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992.

medida en que hayan sido establecidos para el respectivo departamento, distrito o municipio, mediante ordenanza o acuerdo.

En éste punto es de mencionar que, como refiere el Decreto 1919 de 2002, los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozan del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, más no lo que corresponda a salario o factores salariales.

Es de considerar además que, los docentes que prestan sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son EMPLEADOS OFICIALES DE RÉGIMEN ESPECIAL y, tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3º del Dcto 2277/79) pero, en manera siquiera alguna, regula lo relativo a régimen especial de salarios y prestaciones[5].

3.2. Ahora bien, de la lectura del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se encuentra que allí se prevé que a partir de la vigencia de dicha ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 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

---

[5] Ha referido el Consejo de Estado: *La Sala observa que el régimen prestacional de los docentes nacionales o nacionalizados es el mismo para todos los niveles, según lo fijado por el Gobierno Nacional, bajo el marco normativo del Congreso y las normas que lo regulan cambian en cuanto a la responsabilidad del pago. Como ya se indicó en materia de prestaciones, los empleados públicos docentes, vinculados por una entidad territorial territoriales sólo son beneficiarios de aquellas prestaciones que el legislador haya deferido en su favor.* Sentencia del 15 de junio de 2011, Rad. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02569-01(0550-07).

conformidad con las normas vigentes y que, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones allí consagradas.

Así mismo el parágrafo 2º dispone que, el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, a 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.

De ésta norma se extracta que: El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone que a partir de la vigencia de dicha ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por diversas disposiciones; la norma se refiere a aspectos relacionados con prestaciones sociales, más no salarios o factores salariales, toda vez que se menciona que, 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 allí consagradas; se dispone en el parágrafo 2º que, el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, a efecto de garantizar situaciones anteriores a la norma y, la Ley 91 de 1989 menciona las primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones; pero no está creando salario, prestación social o factor salarial alguno, ni determina requisitos para acceder al beneficio; además que el Objeto de la Ley es crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.3. Es de mencionar igualmente que el Consejo de Estado[6] ha concluido que los docentes nacionales y nacionalizados no tienen derecho a la prima de servicios con fundamento en la ley 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994.

De otra parte, la corte constitucional ha referido que a los docentes tampoco le es aplicable el decreto 1042 de 1978 y que no hay vulneración del derecho a la igualdad cuando se trata de regímenes diferentes. En efecto, en sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, donde estudia, la constitucionalidad de los artículos 1º (Campo de aplicación) y 58 (De la prima de servicio), del Decreto 1042 de 1978 y, determinó: Declarar exequibles los apartes "del orden nacional" y, "Los funcionarios a quienes se aplica el presente decreto", que refieren éstas normas.

Se encuentra que es ratio decidendi del referido pronunciamiento que, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de Servidores Públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos; 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. Esto a partir de la 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 y, exigir que el Decreto 1042 de 1978, 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 su expedición, por cuanto fue expedido en razón de las facultades para el ejercicio de la actividad legislativa otorgadas al Gobierno por la Ley 5 de 1978, por cuanto el artículo 1º faculta por el término de noventa días para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional.

---

[6] Sección Segunda, Subsecciones A y B, del Consejo de Estado con fecha 15 de junio de 2011 Radicación No 68001-23-15-000-2001-02569-01 (0550-07) y reiterado el 7 de diciembre de 2011 Radicación No 68001-23-15-000-2001-02579-01 (2200-07).

3.4. En el anterior contexto, surge como corolario que, es el Decreto 1545 de fecha 19 de julio de 2013 el que establece por primera vez la prima de servicios para el personal docente y directivo docente y allí prevé una regulación completa a partir del año 2014, a diferencia de la ley 91 de 1989 que simplemente aludía a ella.

Verificado el aludido reglamento, se encuentra por la Sala que: En ejercicio de las competencias Constitucionales del Ejecutivo, el Decreto 1545 de fecha 19 de julio de 2013 establece por primera vez 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; el Decreto establece así las reglamentación de la prima de servicios siendo beneficiarios los servidores a que allí se alude, teniendo una regulación completa de éste factor de remuneración, a diferencia de la Ley 91 de 1989 que simplemente aludía a ésta; ello por cuanto se establece su periodicidad, factores para su liquidación, la situación de su pago cuando hay cambio de autoridad nominadora, que constituye factor salarial para el pago de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, su incompatibilidad con otras primas que se perciban por el mismo concepto, sin importar su denominación y cualquiera que sea su fuente de financiación y, su financiación 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; se advierte que, ninguna autoridad podrá modificar el régimen de la prima de servicios que establece dicho Decreto y que, el Departamento Administrativo de la Función Pública es el competente para conceptuar en materia salarial y prestacional, no pudiéndose arrogar ningún órgano ésta competencia y que, el Decreto rige a partir de su publicación, esto es el día 19 de julio de 2013, derogando todas las demás normas que le sean contrarias.

3.5. De consuno con lo mencionado, la Sección Segunda del Consejo de Estado[7] con fecha 14 de abril de 2016, con fundamento en el artículo 271 del CPACA, para efecto de la competencia allí prevista dispuso que:

[7] CE-SUJ2150013333010201300134O1, No. Interno: 3828-2014.

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 norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, la seguirán percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador, plasmada en dicha norma, consistió en respetar los derechos adquiridos de los maestros públicos que estuvieran en la situación descrita.*

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

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

6.5. *Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados*

antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

6.6. *De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013[8], 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.

3.6. Con respecto a los precedentes enunciados por la parte actora, la Sala considera que no tienen efectos vinculantes para resolver éste asunto por cuanto: Han sido de una subsección del Consejo de Estado a la que se oponen otras dos decisiones de la misma Corporación y de diferentes Subsecciones que no acceden al reconocimiento de la prima de servicios; luego de ésta se profirió una sentencia en ejercicio de control de constitucionalidad por la Corte Constitucional como es la Sentencia C-402 de 2013, la cual a diferencia de ésta tiene efectos erga omnes y no inter partes; el Presidente de la República, expidió una reglamentación que regula el asunto, estableciendo la prima de servicios, Decreto cuyas directrices primigenias provienen de una Ley marco en ejercicio de competencias Constitucionales y, el Consejo Estado, en ejercicio de las atribuciones dispuestas en los artículos 270 y 271 del CPACA, recientemente unificó la jurisprudencia, con respecto a la prima de servicios para los Docentes.

En igual forma se menciona un precedente en Sede de Tutela en la Sentencia T-1066 del 6 de diciembre de 2012[9] de la Corte Constitucional el cual no tiene

[8] 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.
[9] Magistrado Ponente Dr. ALEXEI JULIO ESTRADA. Caso relacionado con Acción de Tutela interpuesta por el Municipio de Armenia al solicitar la protección de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, presuntamente conculcados con las decisiones del Tribunal Administrativo del Quindío de reconocer, a través de sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho, el pago a favor de personal docente de la prima de servicios con cargo al Municipio de Armenia, Quindío.

1042 de 1978 y, que el Consejo de Estado, en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en éste sentido, es del caso confirmar la Decisión proferida en audiencia inicial de fecha 3 de agosto de 2015, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

III. LAS COSTAS.

El concepto de costas equivale, en general, a los gastos que es preciso hacer para obtener la declaración judicial de un derecho, lo cual explica que de él se excluyan los que no son consecuencia directa del proceso propiamente dicho, así como los inhábiles para el mismo. Pero en todo caso es un concepto netamente procesal, no sólo porque la obligación de pagar las costas nace del proceso, sino porque si no se reconociera, el litigio no quedaría justamente compuesto, ya que la necesidad de servirse del proceso para obtener el derecho, no debe volverse en contra de aquel a quien se reconoce. Dice Chiovenda que todos los sistemas conocidos sobre costas pueden reducirse a tres: El que propugna que cada litigante pague las suyas, el que se decide porque todas debe pagarlas el vencido, o el que determina que la carga de satisfacerlas está en razón de ciertos elementos, como la culpa del vencido, y que debe valorarse al pronunciar la sentencia[11].

El artículo 188 del CPACA consagra 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 (Hoy vigente Código General del Proceso). Por tanto, la norma adjetiva contencioso administrativa prevé la procedencia de la condena en costas en la Sentencia, en tanto que la procesal civil, dispone reglas para la condena, liquidación y ejecución. Conforme a ello, allí debe remitirse la Sala, por cuanto el CPACA – salvo la mención a la procedencia de la condena – no

[11] Hernando Morales Molina, Curso de derecho procesal civil, página 504.

efectos erga omnes y además tampoco se pronuncia respecto a lo sustancial del caso de marras por cuanto allí se menciona que:

> *En efecto, como ya se anotó en esta sentencia y se reitera ahora, el hecho de sostenerse, en una decisión judicial, un criterio diferente al utilizado por otros operadores jurídicos, no implica per se una violación del principio de igualdad, ni constituye en sí mismo una de las causales específicas para la procedibilidad de la acción de tutela respecto de providencias judiciales.*[10]

4. EL CASO DE MARRAS.

Se advierte en el expediente que **LUZ MARIELA MARTÍN AVILA, MARÍA OLGA DUARTE BOHORQUEZ, OLGA LUCIA ESPINDOLA CASTRO, BENILDA NIÑO SUAREZ, NELIA MARÍA HERRERA PATIÑO, MERARDA MARTÍNEZ MELO, GLORIA PATRICIA GARZÓN ROJAS, BERTHA MARINA PICO CACERES, ANA JOSEFA SEPULVEDA DE ESTUPIÑAN, ANA MERY TARAZONA MEDINA, DOMINGO RODRIGUEZ MURILLO, JOSE DEL CARMEN LÓPEZ JAIME Y ANA JOSEFA TAVERA CENTENO**, se desempeñan como docentes al servicio público de la educación en el Departamento de Boyacá, y que mediante escrito radicado ante el Departamento de Boyacá-Secretaria de Educación de Boyacá, según se observa (Folios 38-42), solicitaron el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios, desde el 1º de enero de 2002, al considerar que tenía derecho de acuerdo a lo ordenado en el parágrafo 2 del numeral 4 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, y artículo 115 de la ley 115 de 1994; petición que le fue resuelta en forma negativa.

Conforme a lo anterior y verificado que, en el caso de los docentes nacionales, nacionalizados o territoriales, el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la prima de servicios, surge a partir de la expedición del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013 por cuanto la Ley 91 de 1989 solamente aludía a ésta; que no les son aplicables a los Docentes las preceptivas salariales del Decreto

[10] Sentencia T-565 de 2006.

alude aspecto alguno en cuanto a cómo se dispone la condena, la liquidación y ejecución (Artículo 306).

En éste escenario, el artículo 365 del CGP establece con respecto a las costas reglas para efecto de la condena, en la siguiente forma: 1. Procede en contra de la parte vencida en el proceso o a quien le sean resueltos en forma desfavorable los asuntos allí dispuestos; 2. Se dispone en la sentencia o auto que resuelva la actuación; 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la primera instancia, procede la condena de ambas instancias; 4. Cuando en la segunda instancia se revoque totalmente la del inferior, procede la condena en costas de las dos instancias; 5. Si prospera parcialmente la demanda, es procedente que el Juez pueda abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, debiendo expresar los fundamentos de la decisión; 6. Si son dos o más litigantes, debe tenerse en cuenta la proporción del interés de cada uno y si nada se dispone se entiende que es en partes iguales; 7. Si son varios los favorecidos con la condena, a cada uno se dispone el reconocimiento de gastos y mediante liquidaciones separadas; 8. Solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y, 8. Las estipulaciones de las partes en la materia se tienen por no escritas.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso:

a) Se dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso, esto es a la PARTE ACTORA, por cuanto, en la presente se está confirmando en todas sus partes la primera instancia. Liquídense por Secretaría.

b) Como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación se señala el valor que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda, conforme al Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

c) En la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (Numeral 8º del 365 del CGP).

Finalmente encuentra el Despacho que la apoderada del Ministerio de Educación Nacional, presentó renuncia al poder conferido (Folio 274), la cual se surtió conforme a las ritualidades establecidas en el Artículo 76 del Código General del Proceso, en consecuencia es procedente aceptar la renuncia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 6, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Sentencia de fecha treinta (30) de julio de 2015 proferida por el Juzgado 751 Administrativo Mixto en Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Costas en contra de la parte vencida, según lo anunciado. Como agencias en derecho se señala el valor que corresponde al 3% de las pretensiones, según lo previsto en el Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: Aceptar la renuncia de la Doctora, **SONIA GUZMAN MUÑOZ**, en calidad de apoderada de **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**.

QUINTO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones del caso

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIÉGAS TRIANA
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 140 de hoy, 16 AGO 2016
EL SECRETARIO