

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Tunja, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento Del Derecho**
Demandante : **José Guillermo Blanco Silva**
Demandado : **Departamento de Boyacá**
Vinculada : **Nación – Ministerio de Educación Nacional**
Expediente : **150013333001 201300039 00**

I. ASUNTO

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor JORGE GUILLERMO BLANCO SILVA en contra del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN¹.

II. LA DEMANDA

1.- PRETENSIONES²

Que se declare que es nulo el auto No. 20 de 28 de diciembre de 2012, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación, establecidas en la ley 91 de 1989, Decreto 541 de 1984 y Decreto 1042 de 1978 a favor del demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor del demandante la prima de servicios,

¹ Folios 1-14

² Folios 3 y 4 y 43 a 46.

bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación, establecidas en la Ley 91 de 1989, Decreto 541 de 1984 y Decreto 1042 de 1978 a partir de la vinculación como docente oficial.

Asimismo, se ordene la inclusión en nómina y se cancelen los valores adeudados, condenando a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por último, que dé cumplimiento estricto a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se condene en costas a la demandada tal y como lo dispone el artículo 188 ibídem.

2.- HECHOS³

Según la demandante se tienen como hechos los siguientes los cuales se resumen de la siguiente manera:

Fue vinculado como docente oficial hasta el 31 de diciembre de 2012, y a la fecha de retiro ostentaba el grado 14 del Escalafón Docente.

Mediante derecho de petición, solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios y bonificación por recreación, solicitud que fue negada mediante auto No. 20 de 28 de diciembre de 2012.

Hasta la fecha de la demanda la entidad demandada no le ha reconocido ni pagado la prima de servicios, bonificación por servicios y bonificación por recreación.

3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO⁴

Señala como violados los artículos 1, 13,53 de la Constitucionales y en particular lo establecido en el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, Decreto 1919 de 2002.

³ Folio 3 , 4 y 44

⁴ Folios 5-13

Cita el demandante el parágrafo 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989; mediante el cual el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuaran 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, servicios, y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

Trae a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de 22 de marzo de 2012 radicado No. 68001-23-31-000-2001-02589-018(2483-10) Teresa Hermencia Bautista demandado municipio de Floridablanca, donde se le reconoce el pago de la prima de servicios a la demandante.

Concluye, que es claro que la prima de servicios debe ser reconocida no solo a los docentes nacionales y nacionalizados, sino también a los territoriales, en aras de garantizar el derecho a la igualdad, de conformidad con lo establecido en la ley 812 de 1993, y por tratarse de un factor contemplado dentro del régimen que debe ser aplicado a los docentes, de conformidad con el artículo 15 de la ley 91 de 1989 y los parámetros del Consejo de Estado a todos los docentes de las instituciones estatales, independientemente del régimen prestacional especial.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Presentada la demanda⁵, fue admitida y de manera oficiosa se ordenó la vinculación del Ministerio de Educación Nacional⁶ y; una vez notificadas las entidades demandada y vinculada⁷; procedieron a ejercer su derecho a la defensa

Departamento de Boyacá⁸

Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que los actos administrativos demandados se expedieron con sujeción a los parámetros legales.

⁵ Folio 14.

⁶ Folio 60-61 y 171-172.

⁷ Folio 72-74 y 175-180

⁸ Folios 76-87 y 197-208

Indica que en lo que respecta a la prima de servicios, se debe tener en cuenta que los docentes, se encuentran cobijados por una normatividad especial, razón por la cual no se debe dar aplicación a normas que no son propias del sector oficial docente.

Agrega, que el accionante invoca normas jurídicas, como la ley 91 de 1989 norma por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como consecuencia del proceso de Nacionalización de la educación; norma que no reglamenta, prestaciones sociales ni salariales, ni su cuantificación o estimación, pues solo hace referencia a los factores que siguen a cargo de la Nación, entre otras se encuentra la prima de servicios, pero no hace referencia a la creación o reglamentación, pues tan solo hace una enunciación de los factores que a la fecha de creación de la citada ley, se habían establecido para los docentes.

Señala que respecto al Decreto 1919 de 2002, fija el régimen de prestaciones sociales para empleados públicos y regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial, decreto que tampoco hace una regulación de prestaciones sociales y en concreto de la prima de servicios.

Así mismo, indica que el Decreto 1042 de 1978, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondiente a dichos empleos y se dictan otras disposiciones, Decreto que se expidió específicamente para los empleos públicos del orden nacional, no territorial, por lo que mal podría interpretarse regulación para los empleados del orden territorial.

Por último, cita la sentencia del Consejo de Estado en sentencia del 2 de noviembre de 2006, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, mediante la cual indicó que la bonificación por servicios prestados, prima de servicios y bonificación especial de recreación, los dos primeros establecidos en los artículos 45 y 58 del Decreto 1042 de 1978 y el último en el artículo 3º del Decreto 451 de 1984, ninguno de ellos contemplaron tales prestaciones para los docentes nacionales, señalando que los artículos 1 y 104 del citado Decreto 1042 de 1978, en cuanto a

la bonificación por servicios prestados y prima de servicios prestados no se aplicarían al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva a quienes su remuneración se rige por otras normas.

IV. AUDIENCIA INICIAL⁹

El día 17 de noviembre de 2015, se evacuó la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, fijándose el litigio a establecer sobre la existencia legal y reglamentaria que permita reconocer, liquidar y pagar la prima de servicio, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación a los docentes del orden territorial.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido traslado para alegar de conclusión las partes se pronunciaron de la siguiente manera:

El demandante:¹⁰ reafirma las pretensiones y hechos plasmados en el escrito de la demanda. Así mismo cita el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-1016/12, respecto al reconocimiento y pago de la Prima de Servicios.

Señala la parte actora, que dice la Corte, que 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

⁹ Folios 227-229 y medio magnético DDV folio 230.

¹⁰ Folio 253

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 transcritas 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.

Por último, indica que es tan legal lo reclamado en la demanda, toda vez que el gobierno se vio en la necesidad de ordenar el pago mediante Decreto 1544 de 19 de julio de 2013 a partir del 2014, ratificando que la prima de servicios reclamada, no deja por fuera al personal docente de este beneficio por ser régimen especial, si no que decide darle aplicabilidad a la discrecionalidad del legislador de una norma ya creada y no cancelada, indicando su pago a partir del año siguiente, como si hasta ahora se estuviese creando el derecho a la prima de servicios.

Departamento de Boyacá¹¹: Señala que no es procedente acceder al reconocimiento y pago de la prima de servicios por la exclusión expresa que hace el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, siendo necesario tener en cuenta que existe cosa juzgada Constitucional de conformidad con la sentencia C-566 de 1997. Así mismo indica que no es posible desconocer lo preceptuado en el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, hasta tanto no sea declarada inconstitucional.

Cita lo mencionado por la Corte Constitucional en sentencia C-402 de 2013, al referirse al derecho de igualdad sobre los diferentes regímenes laborales y prestacionales.¹²

Por último, concluye que la ley 91 de 1989, no creó prestaciones sociales a favor de los docentes, y para el caso la prima de servicios, en tanto que la intención del legislador al promulgar la ley fue la unificación del régimen salarial existente y no la creación de nuevas prestaciones, tal y como se pronunció la Corte al declarar la exequibilidad del parágrafo 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989.

¹¹ Folio 263

¹² Folio 264-265

VI. CONSIDERACIONES

Agotado el trámite procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el presente caso.

6.1-. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho establecer sobre la existencia legal y reglamentaria que permita reconocer, liquidar y pagar la prima de servicio, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación a los docentes del orden territorial.

6.2-. De las excepciones

Tal como lo ha dicho la doctrina nacional¹³, las excepciones perentorias son las que se oponen a las pretensiones de la demanda, bien porque el derecho en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento, se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura, por estar pendiente un plazo o condición.

En ese orden de ideas y como se precisó en la audiencia inicial, atendiendo al fundamento de las excepciones propuestas por la demandada, que denominó "inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento" y "cobro de lo no debido", es evidente que en la forma como han sido propuestas, ellas no pretenden enervar la acción, sino que se trata de verdaderos argumentos de la defensa, en tanto se dirigen a desvirtuar los hechos de la demanda, razón por la que se examinarán simultáneamente con el análisis de fondo.

6.3-. Marco Normativo

Del régimen salarial de los docentes

¹³ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento civil. Tomo I. Dupré Editores, Bogotá, 2005, págs. 555 – 557.*

El personal docente goza de un régimen especial, regido por los Decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002; así como por las Leyes 91 de 1989, 115 de 1994 y 715 de 2001, como pasa a exponerse.

Con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación oficial y los docentes que prestaban sus servicios a los Departamentos, municipios, las intendencias y comisarías se convirtieron en docentes nacionalizados y quedaron a cargo de la Nación. Igualmente se le confirió al Presidente de la República facultades para dictar el estatuto docente y establecer el régimen salarial y de prestaciones del citado gremio.

En virtud de lo anterior, se expidió el Decreto 2277 de 1979 *"Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, y determinó el régimen especial de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro del personal que ejerce la docencia pública.

A su turno, se profirió la Ley 91 de 1989¹⁴, expedida por el Congreso en virtud de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886¹⁵, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a raíz de la nacionalización de la educación, la que ameritó clarificar el régimen salarial y prestacional de los docentes, clasificándolos según el periodo y entidad a la cual se habían, o habrían de vincularse, así como la entidad a la que correspondía asumir los costos de esta clase de personal. Por lo que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumió las obligaciones prestacionales del personal docente y para la administración de dichos recursos, se obligó a suscribir un contrato de fiducia.

Por tanto, dicha normativa estableció el régimen prestacional para los docentes nacionales (docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional), nacionalizados (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975) y territoriales (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976, sin el

¹⁴ *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*.

¹⁵ Artículo 76, numeral 9. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 9) Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación al servicio educativo); régimen al cual se han remitido los artículos 6º de la Ley 60 de 1993 y 115 de la Ley 115 de 1994.

Asimismo el artículo 15 de la norma en cita, fijó las pautas a seguir para el reconocimiento de otras prestaciones económicas diferentes a las pensiones, cesantías y vacaciones de la manera como sigue:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

(...)

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

En este escenario, a efectos del reconocimiento de factores salariales, los docentes se encuentran amparados por un régimen especial, establecido en las disposiciones en cita, que conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; uno es el aplicable para el **personal docente nacionalizado, vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989**, caso en el cual, se les respetaría los derechos adquiridos y por tanto, seguirían gozando del **régimen salarial y prestacional que ostentaban en la entidad territorial** de la que provenían.

Y el otro régimen, el aplicable a los **docentes nacionales vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990**,

a quienes les cobija lo establecido en los Decretos 3135 de 1968¹⁶, 1848 de 1969¹⁷ y 1045 de 1978¹⁸ y las que se expidan en el futuro; sin que allí, se haga mención a las prerrogativas contenidas en el Decreto 1042 de 1978, lo cual resulta concordante con lo establecido en dicha norma, como se reliev a continuación.

El Decreto 1042 de 1978¹⁹ expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª de 1978 al Gobierno Nacional, en su artículo 42²⁰ incluyó como factor salarial la **bonificación por servicios prestados**, creó la **prima de servicios**²¹ y **respecto a la bonificación por recreación no dijo nada**; vale la pena resaltar que el artículo primero, dispuso de manera clara y precisa el ámbito de aplicación de la misma de manera como sigue:

“Artículo 1º.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante”. (Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013).

De igual forma y al señalar las excepciones en cuanto a la aplicación de las disposiciones allí contenidas, el artículo 104 *ibídem*, excluyó de su aplicación a los docentes de los distintos organismos de la rama ejecutiva, como se anota:

“Artículo 104º. 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:

(...)

¹⁶ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

¹⁷ Reglamentario del Decreto 3135 de 1968.

¹⁸ “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”.

¹⁹ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

²⁰ Artículo 42º.- 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. Ver Oficio No. DECJ-0568/8.07.94. Oficina de Estudios y Conceptos Jurídicos. Empleados públicos y de las entidades descentralizadas del Distrito Capital. CJA07251994 Oficio No. DECJ-812/25.10.94. Oficina de Estudios y Conceptos Jurídicos. Empleados Públicos y de las entidades descentralizadas del Distrito Capital. CJA07301994

Son factores de salario:..

g) **La bonificación por servicios prestados...**

²¹ “Artículo 58º.- 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.” (Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013).

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva."
Literal declarado exequible mediante sentencia de la Corte Constitucional C-566 de 1997. (Resaltas fuera del original).

Respecto a la **bonificación por recreación**²², prevista en el Decreto 451 de 1984²³, es necesario resaltar que de la misma manera como lo hace el Decreto 1042 de 1978, excluye de manera expresa la aplicación del Decreto al personal Docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

Ahora, si bien el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, indicó que no correspondía dentro de las obligaciones asumidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; entre otras prestaciones, la prima de servicios, la cual continuaba a cargo de la Nación, se dio como simple enunciación, pues en dicha disposición ésta no fue creada como tal, como quiera que no se precisó monto, requisitos, factores para su liquidación, causación o liquidación, como tampoco, remitió a otra disposición que otorgara el derecho a reconocer la prima de servicios a partir de 1 de enero de 1990 a favor del personal docente.

Lo que realmente se pretendió con la expedición de la Ley 91 de 1989 no fue otra cosa, que dar claridad en cuanto a la responsabilidad para la cancelación de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados y unificar, sólo en determinadas materias, el régimen laboral de los docentes vinculados antes y después de la fecha de su promulgación; así lo precisó la Corte Constitucional en estudio de dicha norma bajo el cargo de rompimiento de unidad de materia y en especial del artículo 15 *ibídem*, mediante la sentencia C-506 de 2006, cuando expuso:

"Ahora bien. El artículo 15, alude a las disposiciones que regirán las prestaciones sociales a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y quienes se vinculen con posterioridad al 1 de enero de 1990. Así el inciso acusado del numeral

²² "ARTÍCULO 3. Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación, tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Mientras se crean en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación."

²³ Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial para el personal que presta servicios en los Ministerios, Departamentos, Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional".

1, señala que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de sus prestaciones 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 legales**. Dicha disposición resulta conforme al margen de configuración normativa que le **asiste al legislador de poder señalar en relación con los docentes nacionales la normatividad aplicable a las prestaciones sociales a partir de la vigencia de la presente ley, que no contraría mandato constitucional alguno ya que la entrada en vigencia de una nueva ley que crea un Fondo especial hacía necesario exponer con claridad la normatividad aplicable y en función de su unificación, que por demás refiere a los decretos vigentes aplicables para ese entonces, o que se expidan en el futuro, bajo las excepciones legalmente establecidas.**"

De otra parte y en virtud del proceso de descentralización administrativa de la educación que se dio inicialmente con la Ley 60 de 1993²⁴, mediante la cual se estableció que los Departamentos en coordinación con los Municipios, deberían, direccionar los servicios educativos estatales, en los niveles de preescolar, básica primaria, secundaria y media, por lo que le atribuyo a los entes departamentales la participación en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales como de las inversiones de infraestructura y dotación, al tiempo que conminó como función propia la administración, programación y distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones para la prestación de los servicios educativos estatales.

Por lo anterior, la Ley 60 de 1993, en el inciso cuarto del artículo 6º mantuvo el régimen prestacional de los docentes incorporados a las plantas de personal departamentales o distritales, reconocido en la Ley 91 de 1989, al señalar:

*"(...) 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 cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.*

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

²⁴ "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", norma derogada por la Ley 715 de 2001.

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

A paso que el artículo 115 de la Ley 115 de 1994²⁵ reiteró el régimen especial del personal docente estatal y la normatividad que lo contiene al precisar:

"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.

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

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

De otro lado, con la expedición de la Ley 715 de 2001²⁶ que desarrollo el Acto Legislativo 01 de 2001, para asignar competencias en materia educativa a los entes territoriales, en el inciso tercero del artículo 38, estableció que los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los establecimientos educativos, financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, se les reconocería el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta.

Por su parte, el Decreto 1278 de 2002²⁷ aplicable a los docentes vinculados luego de su expedición, reguló lo concerniente a requisitos de ingreso, escalafón, permanencia y facultó al Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992 para establecer la escala de salarios y el régimen prestacional.

Ahora bien, la parte demandante, invoca como soporte a sus pretensiones la interpretación efectuada en sentencia de "T-1016/12", entiende el despacho que la parte actora se refiere a la sentencia de T-1066 de 6 de diciembre de 2012. Vale la

²⁵ "Por la cual se expide la ley general de educación"

²⁶ "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"

²⁷ "Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente"

pena señalar, que de la misma no puede derivarse el derecho al reconocimiento de la prima de servicios para los docentes, pues, de análisis que hace la H. Corte Constitucional abordó el estudio de las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Quindío, concluyendo que la decisión del tribunal no fue irrazonable ni caprichosa al interpretar la ley 91 de 1989, actuación que no configuró una vía de hecho por defecto sustantivo, que llevara a invalidar las decisiones cuestionadas.

Así las cosas, no puede decirse que la H. Corte esté respaldando la tesis expuesta por el Tribunal del Quindío en cuanto al reconocimiento de la prima de servicios como factor salarial, en tanto que lo que hizo fue analizar si el reconocimiento configuró una vía de hecho por defecto sustantivo, bajo el entendido que la decisión cuestionada se funda en; i) una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, porque no se ajusta o no se encuentra vigente o por haber sido declarada inconstitucional. ii) que la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador²⁸.

- **Jurisprudencial del Consejo de Estado.**

Ahora, el H. Consejo de Estado en relación a este tema ha sentado dos posturas, Sobre el tema:

La primera tesis de este Alto tribunal indica que no se reconoce la prima de servicios al personal docente, con fundamento a que resulta manifiestamente improcedente porque dicha prestación no tiene sustento legal, en sentencia de

²⁸ Sentencia T-781 de 2011.

fecha 15 de junio de 2011²⁹, posición que se reiteró en providencia del 7 de diciembre de 2011.³⁰

Y la segunda que reconoció la prima de servicios³¹, señalando que el personal docente que se vincule a partir del 1° de enero de 1990, se encuentra cobijado por las disposiciones contenidas para los servidores públicos del orden nacional, entre otras, las consagradas en el Decreto 1042 de 1978 y Decreto 1919 de 2002, en razón a que las normas consignadas en el inciso segundo del numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no son taxativas.

Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-402 de 2013, se pronunció acerca de la constitucionalidad, entre otros, de los artículos 1° y 58 del Decreto 1042 de 1978, de la manera como sigue:

“A partir de las consideraciones siguientes, se tiene que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de “(i) con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”,^[25] toda vez que “la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales”

Por lo que, luego de analizar la improcedencia del juicio de igualdad entre diferentes regímenes salariales, la Corte concluyó que las expresiones **“del orden nacional”** y **“Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto”**

²⁹ Radicación No 68001-23-15-000-2001-02569-01 (0550-07), Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

³⁰ Consejo de Estado. Magistrado Ponente DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación No 68001-23-15-000-2001-02579-01 (2200-07), demandado Municipio de Floridablanca.

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección A. C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 22 de marzo de 2012. Radicación No. 68001-23-31-000-2001-02589-01(2483-10)

consagradas en los artículos 1° y 58 del Decreto 1042 de 1978, respectivamente, referidas a los servidores destinatarios de la norma, se ajustaban a la Carta y por tanto eran **exequibles**, no siendo procedente su aplicación a empleados de diferente orden, pues si así se admitiera, ello quebrantaría el principio de autonomía reconocido a las entidades territoriales y que les permite, entre otros, regular aspectos como las escalas salariales y emolumentos que componen el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos adscritos a ellas, aspectos que se encuentran fuera de la órbita de competencia del Gobierno Nacional, quien no tiene potestad para regularlos directamente.

Igualmente señaló que el Decreto 1042 de 1978, norma acusada, fue expedido en virtud de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República a través de la Ley 5 de 1978, para fijar las escalas de remuneración únicamente de empleos de la rama ejecutiva del orden nacional, por lo que el *“el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial.”*

Por tanto, al tenor de los artículos 241 y 243³² de la Constitución Política, los fallos de constitucionalidad de la Corte constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen efectos erga omnes, es decir que surte efectos respecto de todas las personas, resultando de obligatorio cumplimiento, según lo establece el máximo Tribunal Constitucional³³ debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución.

Reafirma lo expuesto, las sentencias de tutela emitidas por la Corporación de Cierre de Esta Jurisdicción³⁴, en las cuales se ha orientado la posición, en el sentido de determinar que no hay lugar a hacer extensible el reconocimiento a empleados del orden territorial de factores, como la prima y bonificación por servicios prestados consagrada en el Decreto 1042 de 1978, siguiendo y acatando la sentencia de constitucionalidad que se viene comentando, además de considerar que bajo la luz del Decreto 1919 de 2002 tampoco es dable acceder a

³² "Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. (...)"

³³ Corte Constitucional, Auto 175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Consejo de Estado, Sentencias de 28 de noviembre de 2013, C.P: Marco Antonio Velilla Moreno, Radicación: 11001-03-15-000-2013-00681-00(AC); de 23 de enero de 2014, C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación: 11001-03-15-000-2013-00305-01(AC); de 15 de mayo de 2014, C.P: Guillermo Vargas Ayala, Radicación: 11001-03-15-000-2013-02125-01(AC); de 16 de octubre de 2014, C.P Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01520-00(AC).

ella³⁵, pues de acuerdo con la definición dada por el propio artículo 42 del Decreto 1042, dicha bonificación tiene una naturaleza salarial y no prestacional, no encuadrándose dentro del supuesto de hecho consagrado en el artículo 1° del Decreto 1919, el cual sólo autorizó hacer extensible a los empleados del orden territorial el régimen de prestaciones sociales de los empleados del orden nacional.

Por tal razón, este despacho teniendo en cuenta la Constitución, la ley aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, así como los referentes jurisprudenciales expuestos, acoge la postura del Consejo de Estado contenida en la providencia el 7 de diciembre de 2011³⁶, en la cual señala que no es procedente reconocer la prima de servicios, Bonificación por servicios prestados y Bonificación por recreación, al personal docente, porque no existe soporte legal para ello, por cuanto, la regulación y reglamentación de la misma, aconteció solo hasta la expedición del Decreto 1545 de 2013, luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, donde el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público se deriva de disposición legal, según el numeral 19 del artículo 150 *ibídem*³⁷ y en virtud de la Ley 4 de 1992³⁸.

6.4-. Pruebas y Hechos acreditados

Según certificación emitida el 30 de noviembre de 2015, por la Secretaria de Educación de Boyacá³⁹, se constata que el demandante fue vinculado como docente en provisionalidad, desde el 1 de septiembre de 1969 en el Instituto Técnico Industrial Antonio Ricaurte de Villa de Leyva.

Que mediante requerimiento No. 2012PQR33220, el demandante mediante apoderado elevó derecho de petición al Departamento de Boyacá, solicitando el

³⁵ Consagrada en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978.

³⁶ Consejo de Estado. Magistrado Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación No 68001-23-15-000-2001-02579-01 (2200-07), demandado Municipio de Floridablanca.

³⁷ "Art. 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.**" (Negrilla fuera de texto).

³⁸ "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política."

³⁹ Folios 240 a 243.

reconocimiento y pago de la prima de Servicios, bonificación por servicios y bonificación por recreación⁴⁰, petición que fue resuelta mediante auto No. 20 de 28 de Diciembre de 2012⁴¹, negando el reconocimiento.

En virtud de lo anterior, el día 10 de julio de 2013, el demandante presentó demanda⁴²

6.5-. Caso Concreto

En audiencia inicial celebrada el 17 de Noviembre de 2015, y al momento de la fijación del litigio, se indicó finalmente que se debía establecer sobre la existencia legal y reglamentaria que permita reconocer, liquidar y pagar la prima de servicio, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación a los docentes del orden territorial.

Ahora bien, la negativa de la entidad demandada para no reconocer los citados factores salariales, radica en que no hay soporte legal alguno en el ordenamiento jurídico que sustente su reconocimiento en favor del personal docente oficial.

El despacho reitera que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 precisó que el personal docente nacionalizado, vinculado antes del 31 de diciembre de 1989; seguiría gozando del régimen salarial y prestacional que ostentaban en la entidad territorial de la que provenía y los docentes nacionales vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, les cobijaría lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y las que se expidan en el futuro; sin que allí, se haga mención a las prerrogativas contenidas en el Decreto 1042 de 1978, por cuanto, de manera expresa el artículo 104, los excluye de su aplicación.

Del material probatorio, quedó acreditado que el demandante ingresó a prestar sus servicio como docente desde el 01 de septiembre de 1969, con tipo de vinculación - Nacionalizado, por lo tanto, no le resulta aplicable lo establecido en el artículo 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978 y 3 del Decreto 451 de 1984 para el reconocimiento de la prima de servicios, bonificación por servicios y bonificación

⁴⁰ Folio 27

⁴¹ Folio 15-23

⁴² Folio 14

por recreación como quiera que no puede darse aplicación a lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, pues dicha disposición lo que ordenó fue hacer extensivo el régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a favor de los empleados del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a quienes se les aplica disposiciones diferentes.

Así las cosas, no se logra desvirtúa la presunción de legalidad de los actos demandados, es decir los cargos invocados por el accionante no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual de conformidad con los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales esbozados, procederá el Despacho a denegar las pretensiones del demandante.

5.6.- Condena en costas:

Como es bien sabido, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) dispuso en materia de costas lo siguiente:

“Artículo 188. Condena en costas. 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.”

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.

El significado de disponer según la real Academia de la Lengua⁴³ no es cosa distinta a: “1. tr. Colocar, poner algo en orden y situación conveniente. U. t. c. prnl. 2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse. (...)”

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 la demanda 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 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.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

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.

Sin embargo, observa el Despacho que en el asunto *sub examine* no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la parte demandante, por el hecho de no haber prosperado los argumentos de sus pretensiones, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación.

⁴³ Tomado de <http://dle.rae.es/?w=dispondr%C3%A1&o=h> consultado 23-11-2015

En consonancia con lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA:

Primero: Negar las pretensiones incoadas por el señor JOSÉ GUILLERMO BLANCO SILVA, contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: **NO HAY LUGAR CONDENA** en costas a la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: En firme la sentencia archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, se ordena la devolución correspondiente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez