

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 : **CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ NIETO Y OTROS**
Demandado : **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**
Expediente : **150013333001 201400070 00**
Tema: : **Prima legal de servicios – Docente**

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 los señores MARÍA CONSUELO OLMOS DE BAUTISTA, ERNESTINA CAMACHO MORENO, CLAUDIA EMIRA LÓPEZ PULIDO, CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ NIETO, ANA EMPERATRIZ GARCÍA ORTÍZ y MYRIAM STELLA BARÓN CHAPARRO en contra del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN¹.

II. LA DEMANDA

1.- PRETENSIONES²

Que se declare que son nulos los autos No. 21 de 28 de diciembre de 2012 y 1.2.5-38-2013PQR23071 de 15 de noviembre de 2013, mediante los cuales se denegó el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios legal por la prestación de sus servicios como docente y resolvió el recurso de reposición, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene el citado reconocimiento desde el primero de enero de 2003; se proceda a reajustar y pagar

¹ Folio 7.

² Folio 7.

todas las prestaciones sociales y salariales, teniendo en cuenta la prima de servicios, suma de dinero que deben ser indexadas mes a mes desde la fecha de su exigibilidad y hasta el momento del pago efectivo.

Finalmente solicitó se reconozcan los intereses corrientes y moratorios a la tasa máxima que fije la Superintendencia Bancaria, y se dé cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 187, 192 y 193 de la Ley 1437 de 2011.

2.- HECHOS³

Los hechos que sustentan las pretensiones se pueden resumir de la siguiente manera:

Manifiesta que los demandantes laboran como docentes del servicio público, en el Departamento de Boyacá.

Señala que elevaron derecho de petición ante la entidad territorial accionada, persiguiendo el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal de servicios desde el 1 de enero de 2003 y hasta la fecha de presentación de la solicitud.

Indica que mediante el acto administrativo demandado les fue denegada la precitada solicitud.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO⁴

Considera la parte actora que constituyen como normas violadas las siguientes;

Constitucionales: Preámbulo; artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 90, 93, 94, 121, 122, 150 y 209.

Legales: artículos 15 de la Ley 91 de 1989; 38 de la Ley 715 de 2001; 115 de la Ley 115 de 1994; 81 de la Ley 812 de 2003; 114 de la Ley 1395 de 2010 y; 3 y 137 de la Ley 1437 de 2011.

³ Folios 7.

⁴ Folios 8 a 11.

Señala que se ha vulnerado la dignidad humana; los derechos a la igualdad y seguridad social y; los principios a la moralidad, eficacia y economía por parte de la accionada, al negar el reconocimiento de la prima de servicios.

Aduce que el Parágrafo 2 del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, creó la prima legal o de servicios a favor de los docentes, equivalente a 15 días de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado.

Agrega que el Departamento de Boyacá tiene la obligación de reconocer y pagar dicha prestación desde el 1 de enero de 2003, fecha desde la cual fue certificada como ente territorial para la administración de la educación pública, por el proceso de descentralización administrativa contemplada en la Ley 715 de 2001.

Colige que pese a que el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 hace referencia al personal docente nacional o nacionalizado, hoy día, no importa el tipo de vinculación, para que la entidad accionada paguen de la prima de servicios, por dos razones *i)* Por el proceso de descentralización administrativa llevada a cabo por las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 y; *ii)* porque el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 al referirse al régimen prestacional de los docentes, no hizo distinción entre docentes nacionales, nacionalizados o territoriales.

Finalmente señala que el acto acusado se encuentra incurso en las causales de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, al hacer una interpretación errada de la norma para negar el reconocimiento solicitado.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Presentada la demanda⁵, fue admitida y de manera oficiosa se ordenó la vinculación del Ministerio de Educación Nacional⁶; una vez notificadas las entidades demandada y vinculada⁷; el departamento de Boyacá se pronunció.

Departamento de Boyacá⁸

⁵ Folio 14.

⁶ Folio 164-165.

⁷ Folio 169 y 170 Vto.

⁸ Folios 172-189.

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

Indica que el hecho que a los empleados del orden nacional se les reconozca la prima de servicios y a los docentes no, con ello no se vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto estos últimos gozan de un régimen salarial y prestacional especial de creación legal, establecido en los Decretos 227 de 1979, 1278 de 2002 y 1850 de 2002 y; Leyes 91 de 1989, 115 de 1994 y 715 de 2001, además de los decretos de salarios que anualmente modifican la escala de asignaciones.

Aduce que el personal docente se encuentra excluido de forma expresa de la aplicación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, según lo consagra el literal b del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978.

Agrega que al amparo de los Decreto 2277 de 1979, 1278 de 2002, 827 de 2012 y 826 de 2012, no se han contemplado dentro de las asignaciones y demás emolumentos de los docentes oficiales, una gratificación que corresponda a la prima de servicios consagrada en el Decreto 1042 de 1978.

Señala que los docentes perciben otras gratificaciones que adicionan los emolumentos previstos en los decretos salariales que anualmente se expiden, como lo es la prima de vacaciones y la prima de alimentación, que hacen parte del régimen especial del cual son beneficiarios.

Argumenta que el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 en ningún momento está creando una prima de servicios a favor del personal docente, sino que establece la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la Nación en virtud del proceso de nacionalización de la educación y no del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, porque cuando la norma habla de “continuación” del pago de las prestaciones allí relacionadas, hace evidente que es en relación con un emolumento ya reconocido por normas anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, en aras de reconocer derechos adquiridos.

Propuso como excepciones las que denomina: “*prescripción*”, “*ausencia de litis consorte necesario*”, “*inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento*” y “*cobro de lo no debido*”, las cuales fueron analizadas en la audiencia inicial.

El Ministerio de Educación Nacional, guardó silencio frente a la demanda.

IV. AUDIENCIA INICIAL⁹

El día 29 de octubre de 2015 se evacuó la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, fijándose el litigio a establecer si los actos demandados se encuentran afectados de nulidad y si a los demandantes le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, oportunidad en la cual al momento de resolver excepciones de oficio, se dio por terminada la demanda respecto de la señora MYRIAM STELLA BARÓN CHAPARRO.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido traslado para alegar de conclusión la entidad demandada se pronunció de la siguiente manera:

Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación¹⁰, reafirma los argumentos presentados en el escrito de la contestación de la demanda y agrega que la Ley 91 de 1989 no creó prestaciones sociales a favor de los docentes, pues la intención del legislador fue unificar el régimen salarial existente y no la creación de nuevas prestaciones, sentido en el cual se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2006.

La parte demandante y el Ministerio de Educación Nacional, se abstuvieron de alegar de conclusión.

Ministerio Público: No emitió concepto.

VI. CONSIDERACIONES

⁹ Folios 347-350 y medio magnético folio 358.

¹⁰ Folio 385-392.

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 si a los demandantes en calidad de docentes, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios en virtud de lo contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

6.2. Del régimen salarial de los docentes

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 1989¹¹, expedida por el Congreso en virtud de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886¹², 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

¹¹ *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

¹² *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.*

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 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 6° 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 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 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 1968¹³, 1848 de 1969¹⁴ y 1045 de 1978¹⁵ 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 1978¹⁶ expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª de 1978 al Gobierno Nacional, en su artículo 58 creó la prima de servicios¹⁷; sin embargo 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:

¹³ “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”.

¹⁴ Reglamentario del Decreto 3135 de 1968.

¹⁵ “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”.

¹⁶ “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”.

¹⁷ “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).

“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:

(...)

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).

Ahora, si bien el parágrafo 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 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 1993¹⁸, 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 situado fiscal 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.

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 1994¹⁹ 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

¹⁸ "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.

¹⁹ "Por la cual se expide la ley general de educación"

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 2001²⁰ 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 2002²¹ 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.

Por último y sobre la prima de servicios en particular, mediante el Decreto 1545 de 2013 fue establecida la misma a favor del personal docente y directivo docente del sector oficial, que laboran en las instituciones educativas de preescolar, básica y media vocacional, con efectos fiscales a partir del 2014, año en el cual se cancelaría el equivalente a 7 días de la remuneración mensual y para los años subsiguientes lo correspondiente a 15 días de salario mensual, con cargo de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente y cuya financiación será con recursos del Sistema General de Participaciones.

- **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

²⁰ “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”

²¹ “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”

servicios al personal docente, con fundamento a que resulta manifiestamente improcedente porque dicha prestación no tiene sustento legal, en sentencia de fecha 15 de junio de 2011²², posición que se reiteró en providencia del 7 de diciembre de 2011.²³

Y la segunda que reconoció la prima de servicios²⁴, 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

²² Radicación No 68001-23-15-000-2001-02569-01 (0550-07), Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

²³ 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.

²⁴ 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)

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”** 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 243²⁵ 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 Constitucional²⁶ 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 Jurisdicción²⁷, en las cuales se ha orientado la posición, en el sentido de determinar que no hay lugar a hacer extensible el reconocimiento a

²⁵ *“Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. (...)”*

²⁶ Corte Constitucional, Auto 175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ 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).

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 ella²⁸, 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 2011²⁹, en la cual señala que no es procedente reconocer la prima de servicios 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*³⁰ y en virtud de la Ley 4 de 1992³¹.

6.3. Pruebas y hechos acreditados

Según certificaciones emitidas el 10 de noviembre de 2015 por la Secretaria de Educación de Boyacá³², se constata que la vinculación de los demandantes se efectuó de la siguiente manera:

²⁸ Consagrada en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978.

²⁹ 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.

³⁰ “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).

³¹ “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.”.

³² Folios 362 a372.

NOMBRE	TIPO DE NOMBRAMIENTO Y VINCULACIÓN	FECHA DE VINCULACION
María Consuelo Olmos de Bautista	En propiedad - Nacional	31 de octubre de 1979
Ernestina Camacho Moreno	En propiedad - Nacional	29 de agosto de 1994
Claudia Emira López Pulido	En propiedad - Nacional	24 de marzo de 1993
César Augusto López Nieto	-----	-----
Ana Emperatriz García Ortiz	En propiedad – Departamental	22 de julio de 1988

Que el 04 de octubre de 2012, los demandantes elevaron derecho de petición ante el Departamento de Boyacá, solicitando el reconocimiento y pago de la prima de Servicios³³, solicitud que fue denegada mediante auto No. 21 de 28 de diciembre de 2012³⁴.

En virtud de lo anterior, el 31 de mayo de 2013 los demandantes interpusieron recurso de reposición contra el anterior acto administrativo³⁵, y mediante auto No. 1.2.5-38-2013PQR23071 de 15 de noviembre de 2013, se confirmó la decisión³⁶.

5.5- CASO CONCRETO

En audiencia inicial celebrada el 29 de octubre de 2015, y al momento de la fijación del litigio, se indicó finalmente que se debía establecer si a los demandantes les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios.

Ahora bien, la negativa de la entidad demandada para no reconocer el citado factor salarial, 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; seguirá 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.

³³ Folio 15-20.

³⁴ Folios 26-133.

³⁵ Folio 134-144.

³⁶ Folio 148-150.

Ahora, si bien quedó acreditado que los demandantes ingresaron a prestar sus servicios docentes bajo las dos precitadas categorías; esto es, antes y después de la expedición de la Ley 91 de 1989, en todo caso, no resultan acreedores de la prima de servicios, en razón a que no es de recibo considerar, como lo sostiene la parte demandante, que la Ley 91 de 1989, sea la norma creadora de la prima de servicios para el personal docente, dado que el artículo 15, parágrafo 2º, solamente precisó las cargas que le correspondía asumir a la Nación, a consecuencia del proceso de nacionalización de la educación, haciendo mención de la prima de servicios, sin que ello signifique, que la norma fuera creadora del aludido derecho.

De otro lado, no les resulta aplicable lo establecido en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, para el reconocimiento de la deprecada prima de servicios, como quiera que no puede darse aplicación a lo previsto en el artículo 1º 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, personal a quienes se les aplica disposiciones salariales diferentes.

Así las cosas, no se logra desvirtuar 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 Lengua³⁷ 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

³⁷ Tomado de <http://dle.rae.es/?w=dispondr%C3%A1&o=h> consultado 23-11-2015

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 demandante, por el hecho de no haber prosperado los argumentos de defensa, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación y en tratándose de este tipo de procesos en los que interviene una entidad pública se encuentra de por medio del interés general y el patrimonio público, cuya protección se impone como interés público.

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 los señores MARÍA CONSUELO OLMOS DE BAUTISTA, ERNESTINA CAMACHO MORENO, CLAUDIA EMIRA LÓPEZ PULIDO, CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ NIETO y ANA EMPERATRIZ GARCÍA ORTÍZ contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

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

Tercero: En firme esta providencia, archívese el expediente, y si existen remanentes devuélvase a las partes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez