

RAD. 150013333007 2013-00052 00
DTES. MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO
JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTDJA
PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO
JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ
LEONILDE PÉREZ DE BELLO
GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Consejo Superior
de la Judicatura

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD
DE TUNJA
Carrera 11 N° 17-53 Piso 4**

Tunja, veintitrés (23) de Junio de dos mil quince (2015).-

Radicación No. 15001-33-33-007-2013-00052-00
**Demandante: MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO
JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA
PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO
JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ
LEONILDE PÉREZ DE BELLO
GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA.**
**Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DE BOYACÁ**
Tema: PRIMA DE SERVICIOS Y BONIFICACIONES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Entra al despacho el proceso de la referencia, con el objeto de que se dicte sentencia de fondo, en consecuencia el Despacho, en presencia de los presupuestos procesales y en ausencia de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, así procederá.

I.- DECLARACIONES Y CONDENAS

Los ciudadanos **MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO, JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA, PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO, JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ, LEONILDE PÉREZ DE BELLO, GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA,** actuando por intermedio de apoderado judicial, ejercen medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ;** con el siguiente petitum:

DECLARACIONES Y CONDENAS:

PRIMERA. Que se declare la nulidad del Auto N° 019 del 28 de Diciembre de 2012, suscrito por la **DIRECTORA ADMINISTRATIVA DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ,** mediante el cual se niega 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, en el decreto 451 de 1984 a favor de mis mandantes.

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** el reconocimiento, liquidación y pago de la **PRIMA DE SERVICIO**, a favor de mis poderdantes, **teniendo en cuenta la fecha de agotamiento de la vía administrativa y por el período que en derecho se pruebe.**

TERCERA: Se ordene al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** el reconocimiento, liquidación y pago de la **BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS**, a favor de mis poderdantes, **teniendo en cuenta la fecha de agotamiento de la vía administrativa y por el período que en derecho se pruebe.**

CUARTA: Se ordene al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** el reconocimiento, liquidación y pago de la **BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN**, a favor de mis poderdantes, **teniendo en cuenta la fecha de agotamiento de la vía administrativa y por el período que en derecho se pruebe.**

QUINTA: Como consecuencia del anterior reconocimiento se ordene la inclusión en nómina y se cancelen los valores adeudados.

SEXTA: Condenar 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.

SÉPTIMA: Condenar a la entidad demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVA: Condenar en costas a la demandada tal y como lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes,

II. HECHOS

1. Mis poderdantes **JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA, PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO, JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ, LEONILDE PÉREZ DE BELLO, GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA, MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO;** están vinculados al servicio de la Educación Pública Oficial, laborando al servicio del Departamento de Boyacá, en los Municipios de Ciénega, Cómbita, Saboyá, Motavita, Samacá y Oicatá respectivamente, y se encuentran todos en el grado 14 del Escalafón Nacional Docente.

2. Hasta la fecha de presentación de esta petición, la entidad demandada no ha cancelado el valor de la prima de servicios ordenada en la norma mencionada.
3. Hasta la fecha de presentación de esta petición, la entidad demandada tampoco ha cancelado el valor de la Bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación ordenada en la norma mencionada.
4. Ni la Nación ni la entidad territorial han reconocido la prima reclamada a pesar de estar reconocida legalmente y ordenado por ley su pago, equivalente a 15 días de salario por el año completo de servicio o en forma proporcional, a razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre (Decretos 3135/68, 1045/78, artículos 58, 59 y 60 del Decreto 1042 de 1978, Ley 91 de 1989).
5. Se solicitó a la entidad el reconocimiento, liquidación y pago de la **PRIMA DE SERVICIO, BONIFICACIÓN POR SERVICIO PRESTADO y BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN**, el cual fue negado mediante el acto administrativo demandado.

III. NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

- **CONSTITUCIONALES.**

Artículos 1, 13 y 53.

- **LEGALES.**

Decreto 1042 de 1978
Ley 91 de 1989, artículo 15 Parágrafo 2.
Decreto 1919 de 2002.

IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se resume el concepto de violación, en los siguientes argumentos:

Manifiesta que el Consejo de Estado ha hecho referencia a que los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1990 quedaron comprendidos dentro de las regulaciones de carácter salarial y prestacional de los demás servidores públicos, que se encuentran consignados entre otros, en los Decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, pues el listado de las normas no debe tenerse como taxativo.

Indica que, a través de la Sentencia T-1016 /12, la Corte Constitucional dice 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. Así mismo, 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.

Expresa que, se puede colegir que a excepción de prestaciones económicas, como lo es, la pensión, el régimen prestacional es igual para los docentes, sin importar su modo de vinculación, ya sea, nacional, nacionalizado o territorial, pues se permite inferir que la intención del legislador fue establecer las mismas condiciones para los docentes en cuanto a factores salariales y prestacionales, dando aplicación a la igualdad como derecho fundamental dentro del estado social de derecho; así, en ese orden de ideas, es claro entonces 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.

Expone que, es claro y oportuno manifestar que es procedente el reconocimiento y pago de la prima de servicios, 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 fijados por el Consejo de Estado a todos los docentes de las instituciones estatales independientemente del régimen prestacional especial. Con base a ello, sostiene que los accionantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, más aun cuando existe un precedente constitucional como lo es el reciente fallo de tutela Sentencia T-1016/12, y además de ello, el propio Consejo de Estado ha respaldado la tesis de reconocer la prima de servicios como factor salarial.

Por último argumenta que, respecto de los accionantes en su condición de docentes oficiales vinculados por nombramiento a una entidad territorial certificada, es indudable que existe una obligación que pesa sobre la entidad demandada de entrar a reconocer y pagarla, a todos aquellos servidores públicos que ostentan la calidad de docentes, y no solo por habérselo reconocido dicho beneficio en el régimen especial que los gobierna (Arts. 15 de la ley 91 de 1989 y 115 de la ley 115 de 1994), sino porque la jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha establecido.

V. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 16 de Julio de 2013 (Fl. 40); mediante auto de fecha 15 de agosto de 2013 (Fls. 42 a 46) se procedió a inadmitir la demanda. Mediante escrito de fecha 02 de septiembre de 2013 (Fls. 47 a 69) el extremo actor procedió a subsanar la demanda. A través de auto de fecha 12 de septiembre de 2013 (Fls. 71 a 73) se procedió a rechazar la demanda en razón a que se consideró que la misma no fue subsanada en debida forma. Ahora bien, en desacuerdo con la decisión precedente, la apoderada de los accionantes mediante escrito con radicado de fecha 18 de septiembre de 2013 (Fls. 75 a 83) interpuso recurso de apelación contra el auto que rechazó la

demanda; el cual fue concedido por intermedio de auto de fecha 03 de octubre de 2013 (Fls. 94 a 95). Mediante providencia de fecha 06 de febrero de 2014 (Fls. 102 a 105) el Tribunal Administrativo de Boyacá dispuso revocar el auto de fecha 12 de septiembre de 2013 con el que se había rechazado la demanda por parte de éste despacho, y en su lugar ordenó que éste juzgado procediera a pronunciarse sobre la admisión de la misma. En vista de lo anterior, por auto de fecha 13 de marzo de 2014 (Fls. 110 a 111) se procedió por parte del despacho a admitir la demanda de la referencia.

2. Según constancia secretarial visible a folio 120 el término de traslado de la demanda venció el día 15 de julio de 2014, lapso dentro del cual el Departamento de Boyacá contestó la demanda y propuso las excepciones de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, Litisconsorte necesario, inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento, Prescripción (Fls. 124 a 128), a las cuales se les dio el correspondiente traslado (fl. 160). Ahora bien, cabe aclarar, que la entidad Ministerio de Educación Nacional, no contestó la demanda, a pesar de estar debidamente vinculada y notificada mediante mensaje de datos dirigido a dicha entidad conforme a lo visto a folio 117 del expediente.

2.1. Contestación de la demanda

2.1.1 Departamento de Boyacá.

La apoderada de la parte demandada se opone totalmente a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que el régimen de remuneración y las escalas salariales de los docentes de los servicios educativos estatales del orden departamental, distrital y municipal, los cuales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial, es aquel consagrado en el decreto 2277 de 1979, y para aquellos que ingresen a partir del año 2002, aquel del decreto 1278 de 2002, así mismo los reajustes salariales serán definidos de conformidad con la ley 4ª de 1992.

Solicita el despacho se abstenga de acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto el departamento de Boyacá cancela los salarios y prestaciones a los docentes de conformidad con la ley y los decretos salariales que anualmente expide el gobierno nacional para los docentes , teniendo en cuenta su régimen especial.

Manifiesta que el decreto 1042 de 1978 no puede tomarse como referente por los demandantes, pues si bien es cierto en éste 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, no puede perderse de vista que el artículo 1º del mismo, hace referencia a que existen unas excepciones a las que no se aplica este decreto y que son más adelante señaladas de manera taxativa en el artículo 104.

Argumenta de igual forma que en el caso de la bonificación por recreación la misma constituye un derecho del que disponen los funcionarios administrativos cuyos periodos vacacionales corresponden a 15 días por año de servicios y para quienes las fechas de disfrute de las mismas son fijadas individualmente entre otros a partir de la valoración de las necesidades propias del servicio de la administración; en efecto dicho periodo resulta inferior al que disfrutaban los integrantes del sector docente por disposición de su régimen especial y a quienes se les concede vacaciones de manera colectiva: así las cosas se evidencia una situación que lejos de socavar el principio de igualdad, justifica el tratamiento dispar para unos y otros ante la coexistencia de situaciones jurídicas diferentes.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto propuso las siguientes excepciones:

- **Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, Falta de Integración del Litisconsorte Necesario, Inexistencia de Fundamentos Legales para el Reconocimiento y Prescripción.**

3. Según constancia secretarial visible a folio 160, el traslado de excepciones corrió desde el 06 de agosto de 2014 hasta el 11 de agosto de 2014. La apoderada demandante mediante escrito radicado el 04 de agosto de 2014 (Fl. 161 – 163), recorrió las excepciones presentadas por el Departamento de Boyacá, estando en término.

4. El 05 de Marzo de 2015, se llevó cabo audiencia inicial la cual se desarrolló de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, llegado el proceso hasta la etapa probatoria (fls. 176-187), teniéndose como tales las documentales aportadas con la demanda y con la contestación y se decretó de oficio la documental consistente en Oficiar al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, para que allegara al proceso: Certificado de tiempo de servicios, y Certificado de Factores Salariales correspondientes a los años 2010, 2011, 2012 y 2013 de los docentes demandantes en el proceso de la referencia; así como se denegó el medio de prueba solicitado por el apoderado de la parte demandante consistente en oficiar al Departamento de Boyacá a fin de que remita al proceso Copia Auténtica del Acto Administrativo demandado solicitado mediante requerimiento N° 2013PQR29297, habida cuenta que este documento ya obra a Fls. 139-146 del expediente.

5. En audiencia de pruebas de fecha 07 de mayo de 2015¹, las pruebas decretadas en la audiencia inicial son allegadas al proceso, por tanto, se cierra la segunda etapa del mismo, se prescinde de la audiencia de alegatos y juzgamiento, se corre traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión por escrito y al Ministerio Público para que si a bien lo tiene se sirva rendir concepto, y se advierte a las partes que una vez concluido este término se proferirá sentencia.

6. Dentro del respectivo término, la apoderada de la Entidad Ministerio de Educación Nacional mediante escrito dirigido al despacho con fecha de 13 de

¹ Folios 270-274

mayo de 2015 (Fls. 275 - 283) presentó **alegatos de conclusión**, en donde reitera lo expuesto en la contestación de la demanda. Del mismo modo, la apoderada de la parte demandante mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2015 presentó **Alegatos de conclusión**, en donde reitera igualmente lo traído en libelo demandatorio y enfatiza en los siguientes presupuestos con el fin de que se acceda a las pretensiones de la demanda:

- a. Se encuentra probado que los demandantes laboran al servicio público de educación en el Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación.
- b. Que es tan legal lo reclamado en la demanda que el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de ordenar su pago mediante el Decreto 1545 del 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, sino que deciden darle aplicabilidad a discrecionalidad del legislador de una norma ya creada y no cancelada; indicando su pago a partir del año siguiente, es decir a partir del año 2014, como si hasta ahora se estuviese creando el derecho a la prima de servicios.

Sea dable aclarar que la parte accionada Departamento de Boyacá no presentó alegatos de conclusión, ni tampoco fue rendido concepto por parte del Ministerio Público.

6. Agotado así el trámite procesal y no advirtiendo la existencia de causales de nulidad que invaliden total o parcialmente lo actuado hasta el momento, el día 22 de mayo de 2015 conforme a informe secretarial visto a folio 287 del expediente, ingresa el proceso al despacho para proferir sentencia.

VI. CONSIDERACIONES

1.- PROBLEMA JURIDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN.-

Corresponde al Despacho establecer si **MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO, JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA, PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO, JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ, LEONILDE PÉREZ DE BELLO, GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA**; en su calidad de docentes vinculados al Departamento de Boyacá, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación, de que tratan la Ley 91 de 1.989, el decreto 541 de 1.984 y el Decreto 1042 de 1.978.

Para desatar la cuestión litigiosa, el Despacho procederá a abordar el estudio de los siguientes temas: a.) Naturaleza salarial y campo de aplicación de la Prima de Servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación. Régimen de competencias en materia salarial y prestacional de los servidores públicos. b.) Régimen salarial y prestacional de los docentes. c.) Evolución y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, sobre el reconocimiento y pago

de la prima de servicios a docentes, bonificación por servicios prestados. d) El caso concreto.

2.- MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL.

2.1.) Naturaleza salarial y campo de aplicación de la Prima de Servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación.-

Relevante resulta precisar en primer término, la naturaleza jurídica de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación, que tanto la legislación laboral como la jurisprudencia y doctrina han establecido, esto es, si es de estirpe salarial o prestacional; lo cual se torna necesario debido a que tales nociones – salario y prestación social-, difieren no sólo, en sus características y contenido, sino también en las fuentes de regulación y régimen de competencias. Veamos:

a.- Noción de salario y prestación social.-

En cuanto al salario se ha entendido de manera general que es todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No.1393 del 18 de julio de 2002, expuso: "**El salario** "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador.... En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "**constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.**"

Así las cosas, el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que tenga como propósito la contraprestación directa del servicio, de manera periódica, tiene naturaleza salarial.

En relación con el concepto de prestación social, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 12 de febrero de 1993, sostuvo:

"La prestación social, al igual que el salario nace indudablemente de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador, pero a diferencia de aquél, - y en esto quizá estriba la distinción esencial entre ambos conceptos - no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más bien cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, etc., y la muerte, con la natural secuela de desamparo para el propio trabajador y para aquellos que dependen de su capacidad productiva (...)"

Conforme a lo anterior, se tiene que las prestaciones sociales, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación número: 2008-00282-01(0273-11), destaca como diferencias entre salario y prestación social las siguientes:

- a. La prestación social no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que cubre los riesgos, infortunios o necesidades a que se puede ver enfrentado.
- b. Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, contrario sensu, el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo o subjetivo o ambos.
- c. Cuando se habla del factor objetivo se hace referencia a que el salario se instituye dependiendo de criterios de responsabilidad y/o complejidad del cargo o empleo, y subjetivo cuando para establecerlo se atienden circunstancias tales como la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

b.- Régimen de competencias en materia salarial y prestacional de los servidores públicos.-

Ahora bien, el régimen prestacional, según la Constitución Política de 1.886 – reiterado en el Acto Legislativo No. 01 de 1.968- sólo puede ser fijado por el Congreso de la República o por el Presidente, en ejercicio de facultades extraordinarias. Con la Constitución de 1991, dicha atribución quedó en manos del Gobierno Nacional, quien debe actuar con sujeción a la ley marco que para el efecto expida el Congreso. De suerte, pues, que las autoridades seccionales o locales no están facultadas para establecerlas.

Por su parte, sobre la competencia para regular el régimen salarial, desde la reforma constitucional de 1968, se establece una competencia compartida y concurrente. En el año 1968 se profirió el Acto Legislativo No. 1 de 1968, modificadorio de la Constitución Política de 1886, estableciendo que el único órgano competente para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos es el Congreso, quien quedaba facultado para revestir pro tempore al Presidente de la República con precisas facultades extraordinarias para regular esta materia, a su vez, introdujo el concepto de escalas de remuneración, que debían ser establecidas por el Presidente de la República para el nivel Nacional, por las Asambleas para la Administración Departamental y por los Concejos en el orden Municipal.

Con la entrada en vigencia de la actual Carta Magna, se continuó con estos mismos lineamientos, atribuyendo a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales la facultad de establecer las escalas de remuneración dentro de los lineamientos generales fijados en la Ley, esto es: nivel, grado y remuneración básica. En efecto, la Constitución Política de 1991, determinó en el artículo 150, numeral 19², que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce la función de dictar las normas generales, y, señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar, entre otros, el régimen salarial de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública. Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la Ley 4ª de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen salarial, entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, al tenor del artículo 12 de la citada Ley³. Finalmente la atribución constitucional otorgada a las Corporaciones administrativas en los artículos 300.7 y 313.6 superiores para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden seccional y local el cual comprende únicamente la facultad de establecer en forma numérica y sistemática, tablas salariales por grados en las que se consignan la asignación o remuneración básica mensual teniendo en cuenta la clasificación y niveles de los diferentes empleos, esto es, dentro del marco de las disposiciones legales que sobre la materia expidió el Congreso de la República, Ley 4ª de 1992.

Concomitante con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-173/09, sobre el tema de competencia compartida a la luz de la Constitución Política para determinar el régimen salarial de los empleados ha señalado que concurre una *"fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario (Art. 1º C.P.) y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales, la cual se proyecta en la definición de la escala salarial de los empleos que ejercen los servidores públicos adscritos a ellas. De acuerdo con esta fórmula, es al Congreso al que le corresponde proferir una ley marco que determine el régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, a partir de la cual el Gobierno Nacional determinará los aspectos particulares y concretos de dicho régimen. Estos presupuestos normativos sirven de marco legal para que los órganos de representación popular de las entidades territoriales, ejerzan la competencia constitucional de definir las escalas salariales de los empleos correspondientes. || A este respecto debe resaltarse que el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales no tiene carácter absoluto, sino que por expreso mandato superior, la gestión de sus intereses se ejerce dentro de los límites de la Constitución y la ley (Art. 287 C.P.)."*

² "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."

³ "ART. 3º—El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.
(...)

ART. 10.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos"

ART. 12.- (...)PAR.—El gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional"

c.- Regulación y naturaleza de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación.-

Bajo la égida conceptual y normativa reseñada en materia **salarial**, fue expedido el Decreto 1042 de 1.978 "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", esto es al amparo de la Constitución anterior en su versión posterior a la reforma de 1.968. El artículo 1º la Ley 5 de 1978 otorgó facultades extraordinarias al Presidente para fijar, con efectividad al 1º de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales. Por consiguiente es claro que el Decreto citado fue expedido dentro del marco de competencias y fines de regulación del régimen salarial.

Así dentro de su contenido encontramos la noción de salario y los factores que lo constituyen. El artículo 42 ibídem establece que 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 y se menciona en el literal f) y g) como factor salarial la prima de servicios, así como la bonificación por servicios prestados.

En lo concerniente a la prima anual de servicios, el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, consagra su reconocimiento en los siguientes términos:

"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."

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

La bonificación por servicios prestados, por su parte, se encuentra regulada en el artículo 45 del plurimemorado Decreto 1042 de 1.978 así:

"A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 10."

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa."

Finalmente la bonificación por recreación tiene su fundamento legal en el Decreto 451 de 1.984 "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", artículo 3º - derogado por el artículo 18 del Decreto 25 de 1.995-. La bonificación por recreación se reconoce a los empleados públicos por cada período de vacaciones, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional.

Así las cosas resulta palmario que la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación, está contemplada dentro del ordenamiento laboral vigente como factor salarial, por lo que su régimen a aplicar teniendo en cuenta su **esencia y fines** corresponde al régimen salarial, regulado en el Decreto 1042 de 1.978, y Decreto 451 de 1.984. En el mismo sentido se ha pronunciado de manera actual y reiterativa el Consejo de Estado⁴.

Así por ejemplo, cobra especial importancia, precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, contenido en sentencia veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación número: 08001-23-31-000-2001-00881- 01(0730-07), mediante la cual además de ratificar el contenido eminentemente salarial de la prima de servicios, con fundamento en tal premisa, establece que el artículo 58 del Decreto 1042 de 1.978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1º del Decreto 1919 de 2.002 – que hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional para los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel 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

⁴ Ver entre otras sentencias: CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA, sentencia veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación número: 08001-23-31-000-2001-00881- 01(0730-07); sentencia dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación número: 70001-23-31-000-2002-01736-02(176908); sentencia treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación: No. 680012315000200002037 01 (2118-2008). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor GUILLERMO VARGAS AYALA, dentro del proceso con radicación No. 11001 0315 000 2013 02125 01.

RAD. 150013333007 2013-00052 00
DTES. MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO
JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA
PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO
JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ
LEONILDE PÉREZ DE BELLO
GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 vocacional⁵, dado que dicha acreencia tiene una connotación salarial y no prestacional.

Lo propio y con la misma lógica ocurre en tratándose de la bonificación por servicios prestados contenido en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1.978 y la bonificación por recreación de que trata el Decreto 451 de 1.984.

d.- Campo de aplicación. Desarrollo normativo, jurisprudencial y de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.-

Una vez definido el contenido y la naturaleza de la prima de servicios, de la bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación, como acreencias laborales propia del régimen salarial, consignado así dentro del ordenamiento legal colombiano y jurisprudencia, imprescindible resulta establecer a esta altura de la motivación los beneficiarios titulares de dicho derecho, de conformidad con la leyes que la desarrollan Decretos 1042 de 1.978 y 451 de 1.984, y sentencia de constitucionalidad C-402 de 2.013 emitida por la Corte Constitucional, en tal sentido.

Conforme se dijo anteriormente, el Decreto 1042 de 1.978 fue expedido en razón de la facultades para el ejercicio de la actividad legislativa otorgadas al Gobierno por la Ley 5 de 1.978, cuyo artículo 1º consagró:

"De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de noventa días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para los siguientes efectos:

1. Fijar, con efectividad al primero (1o.) de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de:

*a) La Rama Ejecutiva del Poder Público **en el orden nacional**, incluidas las unidades administrativas especiales;*

(...)" Resaltado y subrayado fuera del texto original.

A su vez, en la parte motiva como en el artículo 1º del citado decreto consigna que a través del mismo se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y se fijan escalas de remuneración de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales **del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.**

⁵ "Artículo 1º. - A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel 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, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

De igual forma los artículos 45 y 58 del plurimemorado decreto consagra que tiene derecho a la prima de servicios, **los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto, por lo que se debe hacer remisión al artículo 1º anteriormente referido.**

Finalmente, en su artículo 104, consagra las excepciones de su aplicación, en los siguientes términos:

"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 por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-566-97 del 6 de noviembre de 1997, Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa). Resaltado y subrayado fuera del texto original.

Por su parte el Decreto 451 de 1.984 de igual forma en su parte motiva, consigna que a través de mismo se dictan unas disposiciones en materia salarial para el personal que presta servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales **del orden nacional.** En su artículo 4º. Consagra así mismo, las excepciones de su aplicación así:

"Las normas de este Decreto no se aplicarán:

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

De la reseña normativa, considera el Despacho que el texto de la norma es claro y reiterativo en el sentido de establecer que los titulares de los derechos salariales allí consignados, dentro de los cuales se encuentra la prima de servicios, corresponde o rige para los empleados públicos que desempeñan 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, dentro de las cuales se enlista al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.**

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00038-00 (1956) de diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009) de manera preliminar, sobre el campo de aplicación del Decreto 1042 de 1.978, ya había determinado que encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales elementos; por cuanto corresponde a las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico como fundamento para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"*, lo que hace que la competencia sea

un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste sería nulo. Agrega que la incompatibilidad entre la norma jurídica inferior y las disposiciones constitucionales debe ser palmaria, evidente, protuberante, flagrante, ya que en caso contrario, es decir, si el precepto genera dudas o discusión, o supone un razonamiento plausible sobre su constitucionalidad, "no hay más remedio que aplicar la norma inferior, aunque se muestre contraria a los fundamentos del orden jurídico, a la espera de que el juez constitucional decida"⁶ en los términos del artículo 241 de la C. P.

Como bien lo había anunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C- 402 de 3 de Julio de 2.013, con efectos "erga omnes", vino a zanjar cualquier discusión referente al campo de aplicación del Decreto 1042 de 1978 a otros regímenes laborales, declarando exequibles las expresiones contenidas entre otros artículos los siguientes: "*del orden nacional*", contenida en el artículo 1º "*Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto*", contenida en los artículos 45 y 58. Por su importancia al caso bajo examen, procederá en Despacho a citar in extenso los argumentos principales que sobre el particular el máximo Tribunal Constitucional dispuso:

"La aplicación del principio de concurrencia en la determinación del régimen salarial de los servidores de la Rama Ejecutiva en el orden territorial. Reiteración de jurisprudencia (...)

8. (...) frente al régimen salarial de los servidores de Rama Ejecutiva en el nivel territorial, opera un mecanismo de armonización entre el principio del Estado unitario, que se expresa en la potestad del Congreso de prever objetivos y criterios generales y del Gobierno de prescribir la regulación particular, y el grado de autonomía de las entidades territoriales, que comprende la facultad para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos correspondientes, en concordancia con el marco y topes previstos en la ley. Esta articulación responde, por ende, a un modelo jerárquico en el que las normas de raigambre legal, así como las de origen gubernamental, operan como marco de referencia para el ejercicio de la competencia que en materia de régimen salarial tienen los entes locales y respecto de sus servidores públicos. Esto, por supuesto, sin que esas normas de superior jerarquía estén constitucionalmente habilitadas para regular en su integridad el asunto, desconociendo con ello el mencionado grado de autonomía.

(...)

9. En conclusión, el precedente analizado está unívocamente dirigido a prever una fórmula de articulación concurrente entre las competencias analizadas, lo que a su vez permite inferir que la Constitución impide que se concreten dos extremos: bien la regulación integral y específica del régimen salarial de los servidores públicos por parte del Congreso y el Gobierno, o bien la soberanía de las entidades territoriales para definir el régimen salarial de sus servidores públicos, con ausencia de todo marco o límite fundado en normas jurídicas de superior jerarquía.

(...)

Improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles

⁶ Corte Constitucional sentencia T-556 del 6 de octubre 1998, reiterada en la sentencia C – 600 de ese mismo año.

(...)

11. En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial.

Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313/03, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278/02 – Estatuto de Profesionalización Docente para el caso de determinados trabajadores, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior.

En esa oportunidad, la Sala recopiló el precedente aplicable al asunto objeto de estudio y planteó los siguientes argumentos que, por su importancia en la demanda de la referencia, la Corte considera pertinente transcribir (...):

(...)Así, como lo ha señalado igualmente la Corporación, desde antiguo existen en el sector público, distintos estatutos especiales que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, que presentan en cada caso características peculiares y un sistema de auxilios y reconocimientos particulares⁷.

Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

(...)En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

(...)”

12. 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.

(...) Por ende, para que un juicio de igualdad en el escenario planteado sea posible, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto y que, a su vez, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de los presupuestos para la conformación del tertium comparationis, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.

(...)”. Resaltado fuera del texto original.

Ahora bien, el máximo Tribunal Constitucional expuso en el acápite denominado de la solución al cargo propuesto, las conclusiones, las cuales en

⁷ Sentencia C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

conjunto con la parte antes citada de la ratio decidendi, constituyen las reglas a tener en cuenta dentro del postulado de cosa juzgada constitucional. Sobre el particular dispuso:

"Solución del cargo propuesto

Para la Corte, el precedente analizado demuestra que esta conclusión se basa en una lectura apenas gramatical de la norma constitucional, desarticulada de otros preceptos cuya interpretación sistemática fundamenta la fórmula de armonización entre el Estado unitario y el grado de autonomía de las entidades territoriales, aplicable a la determinación del régimen salarial de los servidores adscritos a dichos entes locales.

14. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.

14.1. La tesis sostenida por el actor, por lo tanto, presentaría al menos dos tipos de problemas. En primer lugar, 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 explicadas en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Esto a partir de una 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.

14.2. En segundo lugar, esta vez desde el punto de vista formal, exigir que el Decreto acusado 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 la expedición de la norma acusada.

*El Decreto 1042/78, como se explicó a propósito de la argumentación sobre la derogatoria de algunas de sus disposiciones, fue expedido en razón de las facultades para el ejercicio de la actividad legislativa otorgadas al Gobierno por la Ley 5 de 1978, cuyo artículo 1º previó lo siguiente: "**Artículo 1º.** De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de noventa días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para los siguientes efectos: 1. Fijar, con efectividad al primero (1o.) de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de: a) La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales; (...)" (Subrayas no originales).*

Así, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, 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. Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado.

15. Con base en los anteriores argumentos, se tiene que el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa. En consecuencia, no están los presupuestos para decidir acerca del segundo problema jurídico, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial, que sirviera como

criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no puede llevarse a cabo. Por ende, se impone la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esta sentencia."

e.- Efectos y características de las sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional.-

De cardinal importancia resulta cumplir forzosamente, con la aplicación de las reglas contenidas y lo resuelto en la decisión de constitucionalidad analizada, pues al tenor de la Constitución Política, la ley y jurisprudencia los fallos de constitucionalidad que profiera la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen efectos erga omnes, es decir que surte efectos respecto de todas las personas, por lo que son de obligatorio cumplimiento. Veamos:

Conforme al artículo 241 de la Carta Política la Corte Constitucional tiene como función entre otras las de:

"5 Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación". Negrilla fuera de texto

Por su parte, el artículo 243 de la Constitución estatuye que:

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

En cuanto a las repercusiones de este artículo en los fallos de constitucionalidad, el Máximo Tribunal Constitucional explico que:

"En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada "cosa juzgada constitucional", en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características:
- Tienen efecto erga omnes y no simplemente inter partes.
- Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto."⁸

Más adelante la Corte Constitucional señala:

"En lo que toca a los fallos en el control abstracto de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Además, por mandato expreso del artículo 243 Superior, los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad. En cuanto a la parte motiva de estas sentencias, en la medida en que la ratio decidendi contiene la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados debe ser atendida por las demás autoridades judiciales

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

RAD. 150013333007 2013-00052 00
DTES. MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO
JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA
PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO
JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ
LEONILDE PÉREZ DE BELLO
GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas⁹. Negrilla fuera de texto

Lo anterior se encuentra respaldado de igual forma con sentencia proferida el quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor **GUILLERMO VARGAS AYALA**, dentro del proceso con radicación No. 11001 0315 000 **2013 02125 01**, en la cual se analizó el tema relacionado con el precedente judicial de la Corte Constitucional, concretamente el alcance de la sentencia C-402 de 2013. Sobre el particular expuso:

*"En el caso concreto la parte demandante invoca como vulnerado el precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013. En esta sentencia se examinó, entre otras, la constitucionalidad de la consagración de un régimen legal salarial específico o privativo para los funcionarios de la rama ejecutiva del nivel nacional, no aplicable a los de los niveles territoriales. **Al evacuar este cargo dicha Corporación concluyó que en materia laboral es factible y legítimo que existan diferentes regímenes en razón a la diversidad que se presenta frente a la naturaleza y modalidad de la relación de trabajo o a los tipos de entidades (nacionales, departamentales, distritales, municipales), entre otras, sin que por eso se viole el principio de igualdad.** Lo anterior por cuanto no se trata de situaciones idénticas sino que por el contrario comportan una naturaleza muy propia y con características diferentes, lo que a juicio de la Corte no permite que se realice un estudio de violación de la igualdad.*
(...)

*"Adicionalmente, en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional hizo énfasis en **la diferencia que existe entre el régimen jurídico constitucional de las prestaciones sociales y del salario;** (...)*

*Teniendo en cuenta lo anterior, la existencia de una diferenciación de los regímenes prestacionales y salariales de los trabajadores de los distintos niveles no solo es una distinción que tiene origen y un sólido sustento constitucional, sino que además constituye una decisión que en virtud de lo reconocido por el artículo 243 de la Carta y de lo resuelto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-402 de 2013 **ostenta el valor de cosa juzgada constitucional.***
(...)

Adicionalmente debe tenerse en cuenta la prohibición terminante contenida en el inciso 2º del artículo 243 de la Constitución, de acuerdo con la cual "[n]inguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución"; precepto del cual no solo se deriva la obligación de acatar los fallos de inexecutable en los términos allí descritos, sino también, en sentido contrario, de aquellos que declaran ajustadas a la Ley Fundamental las normas examinadas.
(...)

De lo anterior se colige que cuando la Corte Constitucional ha proferido una decisión acerca de la executable de una norma, esta decisión hace tránsito a cosa juzgada, la cual debe ser respetada en todo momento y bajo ninguna

⁹ Corte Constitucional, Auto 175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

circunstancia puede un operador judicial adoptar una decisión que la contraríe, todo con el fin de proveer de seguridad las relaciones jurídicas. (...)"

Finalmente, a manera de conclusión señaló:

"(...) el desconocimiento de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013 surge de hacer extensivo un factor salarial consagrado para empleados del orden nacional a los de los niveles territoriales cuando la Ley no lo previó así, por cuanto, como ya se anotó, la Corte avaló la existencia de una diferenciación de los beneficios reconocidos en los regímenes y estimó no solo que con ello no se vulnera el principio de igualdad, sino que además dejó sentado que de ese modo se desarrolla de forma adecuada las diferencias que la propia Constitución prevé en materia de régimen salarial y prestacional entre funcionarios del nivel nacional y territorial. (Negrilla fuera de texto)

2.2.- Régimen salarial y prestacional de los docentes.-

- Mediante la ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías y se la definió como un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos ocasionados por dicho servicio que sufragaban las entidades territoriales pasaron a ser cubierto por la Nación en los términos que fijó la ley.

Así, se estableció que las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que habrían de nacionalizarse y que se hubieren causado hasta ese momento, serían de cargo de las entidades a que pertenecían o de las respectivas Cajas de Previsión (art. 20).

- Por medio del decreto 2277 de 1979 se expidieron normas sobre el ejercicio de la profesión docente y se adoptó el "régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales".

- Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el "Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Para los efectos de la ley se adoptaron las siguientes definiciones: Personal nacional: los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Personal nacionalizado: los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1o. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. Personal territorial: los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1o. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

En el artículo 15 señaló que a partir de la vigencia de la ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o. de enero de 1990, se regirá 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 2o. 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". Negrilla fuera de texto

- Mediante la Ley 60 de 1993, se fijaron los servicios y competencias en materia social a cargo de las entidades territoriales y la Nación y se distribuyeron recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política. En el artículo 6o. que regula lo relacionado con "administración de Personal", dispuso lo siguiente:

"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, (...) "....

"El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán el 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". Negrilla fuera de texto.

- La Ley 115 de 1994 por la cual se expidió "La Ley General de la Educación", en el capítulo 3o. que regula la "Carrera Docente", el artículo 115 señala:

"Régimen 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.

(...)"

En el artículo 175 regula lo relacionado con el pago de salarios de la educación, así:

(...)

"Parágrafo. El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto Ley 2277 de 1979, la Ley 4a. de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adicionen". Negrilla fuera de texto.

- El Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, esto es, la ley 812 de 2003, en su artículo 81 definió el régimen prestacional de los docentes según se hubieran vinculado al servicio público educativo antes o después de entrar en vigencia dicha ley, en tal sentido dispuso: Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha, es decir la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

De la reseña normativa precedente se puede concluir lo siguiente:

- a. Los docentes estatales son servidores públicos que prestan sus servicios en entidades oficiales, sometidos a un estatuto legal propio, o estatuto docente – Decreto Ley 2277 de 1.979-, reciben el nombre de empleados oficiales con régimen especial. Arts. 1 Decreto 2277 de 1.979 y 115 de la Ley 115 de 1.994, concordante con la Ley 60 de 1.993.
- b. Haciendo un análisis sistemático interpretativo del inciso primero del artículo 6° de la Ley 60 de 1.993 e inciso primero del artículo 115 de la Ley 115 de 1.994, la Ley 91 de 1989, regula entre otros aspectos, el relacionado con el **régimen prestacional del personal docente**, y contiene las siguientes reglas:
 - Para el personal que venía vinculado con anterioridad a la expedición de la ley, esto es, al 29 de diciembre de 1989, conserva el régimen prestacional que venían gozando en la respectiva entidad territorial.
 - Para los vinculados a partir del 1o. de enero de 1990, las prestaciones económicas y sociales se rigen "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 dicha ley.Corolario a lo anterior, el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional, está previsto en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.
- c. De conformidad con la Ley 60 de 1.993, en materia prestacional el régimen aplicable es el reconocido en la ley 91 de 1989. Al personal de vinculación departamental, distrital o municipal se le respeta el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.
- d. Haciendo un análisis interpretativo sistemático del inciso sexto del artículo 6° de la Ley 60 de 1.993 y del parágrafo del artículo 175 de la Ley 115 de 1.994, el régimen salarial, esto es, el régimen de remuneración y escalas salariales del personal docente de los órdenes departamental, distrital o municipal se rige por el Decreto 2277 de 1.979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen, a su vez, sus reajustes salariales son los definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992.

Lo antes expuesto tiene sustento, de igual forma en precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en las cuales concluye, entre otros ítems lo siguiente:

"5. La ley 60 de 1993, mantuvo las reglas contenidas en la ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, a las plantas departamentales y distritales, en los siguientes términos:

- En materia prestacional el régimen aplicable es el reconocido en la ley 91 de 1989, es decir el previsto para los empleados públicos del orden nacional.

- El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, a quienes se les da el "carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal", se rige por el decreto 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Sus reajustes salariales son los definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992.

(...)6.1. El régimen de remuneración y las escalas salariales, es el señalado para los servidores públicos del orden nacional y sus reajustes salariales los definidos en la ley 4a. de 1992.

(...)- El régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional, está previsto en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

(...)" **(CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) Radicación número: 760).**

"1. Los docentes municipales son servidores públicos, con régimen especial de empleados públicos, pertenecientes al orden municipal.

(...)

5. El régimen jurídico vigente y obligatorio de prestaciones sociales para los docentes estatales, que incluye no solamente al personal nacional y nacionalizado sino también al personal territorial, es el establecido en la Ley 91 de 1989.

(...)" **(CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996) Radicación número: 820).**

2.3.- La prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación para los docentes. Evolución Jurisprudencial del Consejo de Estado.-

Según expone la parte actora en el líbello demandatorio, la entidad accionada niega el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación a que tiene derecho por laborar (o haber laborado) como docente en los términos de la Ley 91 de 1.989, Decreto 1042 de 1.978 y Decreto 451 de 1.984.

Sobre el particular recuerda el Despacho que de conformidad con el parágrafo 2º de la Ley 91 de 1.989, 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, y, la Ley 91 de 1989, alude a las primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

Como se observa de manera detallada, la norma en comento hace simplemente mención a la prima de servicios; en parte alguna se está creando

ya como prestación social, ya como factor salarial, pues no aparece regulado requisitos, monto, etc., como tampoco remisión expresa a otro régimen laboral salarial para su aplicación. En cuanto a la bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación no aparece referencia o alusión alguna en la norma que se analiza.

La Corte Constitucional en sentencia C-506/06 de seis (6) de julio de dos mil seis (2006), declara la exequibilidad de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1.989, por el cargo de violación del principio de unidad de materia. En el citado fallo acude a la integración excepcional de la proposición jurídica completa que permitiera la comprensión integral del régimen prestacional de los docentes, así entre otros artículos analizó en su integridad el artículo 15 de dicha norma. Sobre el particular señala:

"(...)

El artículo 15, acusado, indica las disposiciones por las cuales se regirán los docentes nacionales y nacionalizados y quienes se vinculen con posterioridad al 1 de enero de 1990, a partir de la vigencia de la presente ley.

*(...) **Los parágrafos 1 y 2, refieren a que el Fondo cuando su situación financiera lo permita podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes y que dicho Fondo no pagará algunas 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.***

(...)

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." Resaltado fuera del texto original.

De conformidad con el fallo de constitucionalidad, reafirma la tesis expuesta por este Despacho en el entendido que el artículo 15 de la Ley 91 de 1.989, alude al régimen prestacional del personal docente que se aplicará antes y después de la entrada en vigencia de la citada norma.

Adicionalmente, del estudio adelantado por el máximo Tribunal Constitucional, respecto del párrafo segundo del artículo 15 referido, tampoco hace alusión alguna de la creación de la prima legal o de servicios, menos aún trata de su monto, requisitos para acceder a ella, o remisión a otro régimen laboral salarial, pues de su tenor literal, no es posible llegar a tal deducción.

Ratifica lo dicho la **sentencia de constitucionalidad C- 402 de 2.003**, antes estudiada, en primer término la Corte Constitucional ha establecido la improcedencia general del juicio de igualdad entre prestaciones de diferentes regímenes laborales, dado que el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, por lo que no resulta posible establecer entonces, en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior, y **las prestaciones incluidas en cada régimen, se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben, 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, añade la Corte, que 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 hace imposible promover un juicio de igualdad en ese escenario.

En segundo término, dispone la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad, que desde el punto de vista formal, resulta abiertamente inconstitucional, **exigir que el Decreto 1042 de 1.978 tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, pues configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada,** pues tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, 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. **Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía de las entidades territoriales,** pues vaciaría de contenido las competencias de las mismas, esto a partir de una maximización del principio de Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales.

Como se viene explicando las reglas contenidas o ratio decidendi y lo resuelto en la decisión de constitucionalidad citada, al tenor de los artículos 241 y 243 de Constitución Política, hace tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen efectos erga omnes, es decir que surte efectos respecto de todas las personas, por lo que son de obligatorio cumplimiento, y según lo establece el máximo Tribunal Constitucional¹⁰ debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas, argumento que ha sido resaltado igualmente por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia proferida el quince (15) de mayo de dos mil catorce (2.014), Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor GUILLERMO VARGAS AYALA, dentro del proceso con radicación No. 1101031500020130212501, en la cual señala la importancia de acatar la sentencia de constitucionalidad C - 402 de 2013 emitida por la Corte Constitucional.

De contera, tampoco es viable la aplicación del régimen salarial contenido en el Decreto 1042 de 1.978 y el Decreto 451 de 1.984 al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva por expresa disposición legal contenida en las citadas normas, artículo 104 del Decreto 1042 de 1.978 y artículo 4º del Decreto 451 de 1.984, por medio de las cuales los exceptúa de la aplicación de dicho régimen.

-Desarrollo Jurisprudencial del Consejo de Estado.-

¹⁰ Corte Constitucional, Auto 175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

A esta altura de la motivación, útil resulta ilustrar que ha existido diversidad de criterios en el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre el asunto bajo examen. Sobre la prima legal o de servicios se han identificado dos posturas. Veamos:

De manera preliminar se destaca que las dos tesis a las que se hará referencia corresponden al estudio y resolución de casos análogos, esto es, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos emitidos por la Administración del Municipio de Floridablanca por medio de los cuales niega a docentes vinculados el reconocimiento y pago de la Prima Especial de Servicios de los años 1.998 a 2.001.

- La primera tesis, por medio del cual no se reconoce la prima de servicios al personal docente, con fundamento a que resulta manifiestamente improcedente simplemente porque esta prestación está por fuera de la ley y no comporta un derecho adquirido. La Sección Segunda, Subsecciones A y B, del Consejo de Estado con fecha 15 de junio de 2011¹¹ y reiterado el 7 de diciembre de 2011¹², manifestaron entre otros aspectos lo siguiente:

“

(...)

Las normas transcritas establecen que el régimen docente previsto por las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no prevén el reconocimiento de la prima de servicios para los educadores que tienen el carácter de nacionales o nacionalizados, de acuerdo a lo establecido por la Ley 91 de 1989.

(....)

Como ya se indicó en materia de prestaciones, los empleados públicos docentes, vinculados por una entidad territorial territorialales sólo son beneficiarios de aquellas prestaciones que el legislador haya deferido en su favor.

(...)

En consecuencia, esta Corporación no puede ordenar el reconocimiento de la prima de servicio porque, no existe un soporte normativo válido que la soporte y, por supuesto, esta clase de prestaciones no puede ser objeto de homologación con respecto a la demás planta de personal de empleados de otra índole laboral ni puede reconocerse con base en lo devengado por otros docentes en aplicación del principio de igualdad (artículo 13 de la Carta Política) como lo pretende la demandante.

(...)

En suma, las pretensiones de la demanda deben ser denegadas porque a la demandante no se le puede reconocer un emolumento que no está previsto dentro de su régimen prestacional o salarial.”

- La segunda tesis, por medio del cual se reconoce la prima de servicios al personal docente, con fundamento a que los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1990, quedaron comprendidos dentro las regulaciones de carácter salarial y prestacional de los demás servidores públicos, por lo que en lo que tiene que ver con la prima de servicios, ha de remitirse al artículo 58 del Decreto 1042 de

¹¹ Radicación No 68001-23-15-000-2001-02569-01 (0550-07), Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

¹² Radicación No 68001-23-15-000-2001-02579-01 (2200-07), Magistrado Ponente DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

RAD. 150013333007 2013-00052 00
DTES. MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO
JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA
PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO
JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ
LEONILDE PÉREZ DE BELLO
GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1978, fue emitida por la Sección Segunda, Subsecciones A, del Consejo de Estado con fecha 22 de marzo de 2012¹³.

Visto lo anterior, se han abierto paso a disímiles criterios, los cuales tiene su origen en el seno de la propia Sección Segunda, del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo. En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2.001 considerando 19, recuerda que en puridad no existe fuerza gravitacional en el precedente cuando:

"la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante la falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes al caso."

En ese orden de ideas y en atención a que la jurisprudencia sobre el punto examinado, no es pacífica y ante los diferentes criterios esbozados por el Consejo de Estado, este estrado judicial, de conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial que antecede, procede a acogerse a la tesis o tendencia mayoritaria por medio del cual niega el reconocimiento y pago al personal docente de la denominada prima de servicios, por cuanto la misma se aviene a la postura que mejor interpreta el imperio de la Constitución y la ley dentro del postulado o principio de legalidad que caracteriza al Estado de Derecho, y la que en últimas se enmarca dentro de los lineamientos expuestos en la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad C- 402 de 2.013 ya estudiada.

Por su parte en lo que respecta con la bonificación por servicios prestados el Consejo de Estado ha sido enfático en el sentido de establecer que hay línea jurisprudencial clara, esto es que no existe ni ha existido discusión sobre el carácter salarial de dicha bonificación y que por tanto no es posible hacerla extensiva a los empleados de un orden distinto al nacional¹⁴; postura que se actualiza de igual forma con la sentencia de constitucionalidad C-402 de 2013.

2.4.- Del caso concreto.-

De conformidad con el análisis integral del material probatorio, para el caso se tiene probado lo siguiente:

¹³ Radicación No68001-23-31-000-2001-02589-01(2483-10), Magistrado Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

¹⁴ Sentencia de quince (15) de mayo de dos mil catorce (2.014). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor GUILLERMO VARGAS AYALA, dentro del proceso con radicación No. 11001 0315 000 2013 02125 01.

- Copia del Auto No. 19 del 28 de diciembre de 2012, con la respectiva constancia de notificación, emitido por la Secretaría de Educación de Boyacá, mediante el cual se determinó no reconocer y consecuentemente no pagar la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, y la bonificación por recreación (Fls. 23 – 30).
- Copia del Derecho de Petición y Agotamiento de la Vía Administrativa, mediante el cual el apoderado accionante solicita el reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, y la bonificación por recreación (Fls. 32 – 35).
- Copia del Acta de Conciliación extrajudicial adelantada ante la Procuradora 122 Judicial II para Asuntos Administrativos., de fecha 15 de Julio de 2013., mediante la cual no se llegó a acuerdo conciliatorio (Fl. 38).
- Copia de los Antecedentes administrativos del Acto Administrativo demandado (Fls. 134A – 146).
- **Certificado de Factores Salariales** de los docentes accionantes allegados al expediente (Fls. 197-242), los cuales para efectos metodológicos se enfatizan de la siguiente manera:

DOCENTE	OFICIO DE RESPUESTA	FECHA DE RADICACIÓN	AÑOS	FOLIOS DEL EXPEDIENTE
Leonilde Pérez Bello	No. 669	06 de Abril de 2015	2010 a 2013	197 - 202
Pedro Antonio Sarmiento Melo	No. 693	06 de Abril de 2015	2010 a 2013	203 - 210
Javier María Avendaño Pantoja	No. 711	06 de Abril de 2015	2010 a 2013	211 - 217
María Guillermina Torres de Guío	No. 745	06 de Abril de 2015	2010 a 2013	218 - 224
Gloria Inés Figueredo Medina	No. 0729	06 de Abril de 2015	2010 a 2013	225 - 234
Juan de Jesús Romero Álvarez	No. 0624	06 de Abril de 2015	2010 a 2013	235 - 242

- **Certificado de Tiempo de Servicio** de los docentes accionantes, allegados al expediente mediante Oficio 1.2.5.1.3.38-10831-1., de fecha 09 de Abril de 2015, con fecha de radicación 13 de Abril de 2015 (Folio 247), anexando los correspondientes consecutivos de los Certificados. Para efectos metodológicos, se enfatiza de la siguiente manera:

DOCENTE	TIPO Y FECHA DE VINCULACIÓN	CONSECUTIVO	FOLIOS DEL EXPEDIENTE
Javier María Avendaño Pantoja	Labora al servicio del Departamento de Boyacá, y su vinculación data desde el 28 de febrero de 1980 hasta la fecha.	3301	248 - 250
Pedro Antonio Sarmiento Melo	Labora al servicio del Departamento de Boyacá, y su vinculación data desde el 03 de agosto de 1978 hasta la fecha.	3302	251 - 253

RAD. 150013333007 2013-00052 00
 DTES. MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO
 JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA
 PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO
 JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ
 LEONILDE PÉREZ DE BELLO
 GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Juan de Jesús Romero Álvarez	Labora al servicio del Departamento de Boyacá, y su vinculación data desde el 06 de marzo de 1979 hasta la fecha.	3303	254 - 257
Leonilde Pérez de Bello	Labora al servicio del Departamento de Boyacá, y su vinculación data desde el 19 de febrero de 1973 hasta el 12 de enero de 2014.	3304	258 - 260
Gloria Inés Figueredo Medina	Labora al servicio del Departamento de Boyacá, y su vinculación data desde el 29 de agosto de 1979 hasta la fecha.	3305	261 - 263
María Guillermina Torres de Guío	Labora al servicio del Departamento de Boyacá, y su vinculación data desde el 16 de abril de 1975 hasta la fecha.	3106	264 - 267

Corresponde al Despacho establecer si a los demandantes en su calidad de docentes vinculados al Departamento de Boyacá, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación.

De conformidad con el estudio detallado expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial, podemos recapitular llegando a las siguientes conclusiones:

- El régimen prestacional, según la Constitución Política de 1.886 – reiterado en el Acto Legislativo No. 01 de 1.968- sólo puede ser fijado por el Congreso de la República o por el Presidente, en ejercicio de facultades extraordinarias. Con la Constitución de 1991, dicha atribución quedó en manos del Gobierno Nacional, quien debe actuar con sujeción a la ley marco que para el efecto expida el Congreso. De suerte, pues, que las autoridades seccionales o locales no están facultadas para establecerlas.

- Por su parte, sobre la competencia para regular el régimen salarial, desde la reforma constitucional de 1968, se establece una competencia compartida y concurrente. Por un lado está el Congreso de la República, quien señala los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Por otro lado se encuentra el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Las asambleas departamentales y concejos municipales, entran en el deber de determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate; y finalizan la concurrencia los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

- La prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación, están contempladas dentro del ordenamiento laboral vigente como factores salariales, por lo que su régimen a aplicar teniendo en cuenta su esencia y fines corresponde al régimen salarial, regulado en el Decreto 1042 de 1.978 y Decreto 451 de 1.984 respectivamente. Que los titulares de los derechos salariales allí consignados, dentro de los cuales se encuentra la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación, corresponde o rige para los empleados públicos que desempeñan 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, dentro de las cuales se enlista al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.**

- El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00038-00 (1956) de diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009) de manera preliminar, sobre el campo de aplicación del Decreto 1042 de 1.978, ya había determinado que encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales emolumentos; por cuanto corresponde a las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico, lo que hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren.

- En la misma postura la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C- 402 de 3 de Julio de 2.013, con efectos "erga omnes", puso fin a la discusión referente al campo de aplicación del Decreto 1042 de 1.978 a otros regímenes laborales, declarando exequibles las expresiones contenidas entre otros artículos los siguientes: "*del orden nacional*", contenida en el artículo 1°. "*Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto*", contenida en los artículos 45 y 58. Dentro de las reglas en ella contenidas cabe destacar: a. la improcedencia general del juicio de igualdad entre prestaciones de diferentes regímenes laborales, **por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado.** b. **Resulta contrario a la constitución, exigir que el Decreto 1042 de 1.978 tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, pues configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada** y vaciaría de contenido las competencias de las mismas, esto a partir de una maximización del principio de Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales.

- Ahora bien, el **régimen jurídico vigente y obligatorio de prestaciones sociales para el personal docente** haciendo un análisis sistemático interpretativo del inciso primero del artículo 6° de la Ley 60 de 1.993 e inciso primero del artículo 115 de la Ley 115 de 1.994, se encuentra desarrollado en la Ley 91 de 1989. El personal que figure vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989, mantiene el régimen prestacional de que ha venido gozando en cada

entidad territorial de conformidad con las normas vigentes; y el personal legalmente vinculado a partir del 1º de enero de 1990, se regirá por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, contenidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

- En cuanto al régimen salarial, esto es, **el régimen de remuneración y escalas salariales del personal docente** de los órdenes departamental, distrital o municipal, haciendo un análisis interpretativo sistemático del inciso sexto del artículo 6º de la Ley 60 de 1.993 y del párrafo del artículo 175 de la Ley 115 de 1.994, se rige por el Decreto 2277 de 1.979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen, a su vez, sus reajustes salariales son los definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992.

- De conformidad con el párrafo 2º de la Ley 91 de 1.989, se hace simple mención a la prima de servicios; en parte alguna se está creando ya como prestación social, ya como factor salarial, pues no aparece regulado requisitos, monto, etc., como tampoco remisión expresa a otro régimen laboral salarial para su aplicación. En cuanto a la bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación no aparece referencia o alusión alguna en la norma que se analiza. Ahora bien, en gracia de discusión, tampoco es posible hacer una aplicación extensiva al régimen salarial de los empleados públicos del orden nacional contenida en los Decretos 1042 de 1.978 y 451 de 1.984, pues en los términos de la **sentencia de constitucionalidad C- 402 de 2.003**, sentencia que hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos erga omnes, ha establecido la improcedencia general del juicio de igualdad entre prestaciones de diferentes regímenes laborales, así como desde el punto de vista formal, resulta inconstitucional, pues configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma; presentándose una maximización del principio de Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales.

- Concomitante con lo anterior, tampoco es viable la aplicación del régimen salarial contenido en los Decretos 1042 de 1.978 y 451 de 1.984 al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, por cuanto expresamente el artículo 104 del Decreto 1042 de 1.978 y artículo 4º del Decreto 451 de 1.984 los exceptúa de dicha regulación salarial.

- Por su parte, el desarrollo jurisprudencial sobre el tema de la prima legal o de servicios a docentes por parte del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha abierto paso a disímiles criterios. En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2.001 considerando 19, recuerda que en puridad no existe fuerza gravitacional en el precedente cuando la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. En estos casos, por supuesto compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante la falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes al caso. En ese orden de ideas, de conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial, procede el Despacho a acogerse a la tesis o tendencia

mayoritaria por medio del cual niega el reconocimiento y pago al personal docente de la denominada prima de servicios, por cuanto la misma se aviene a la postura que mejor interpreta el imperio de la Constitución y la ley dentro del principio de legalidad que caracteriza al Estado de Derecho, y la que en últimas se enmarca dentro de los lineamientos expuestos en la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad C- 402 de 2.013.

- Por su parte en lo que respecta con la bonificación por servicios prestados el Consejo de Estado ha señalado que no existe ni ha existido discusión sobre el carácter salarial de dicha bonificación y que por tanto no es posible hacerla extensiva a los empleados de un orden distinto al nacional¹⁵; postura que se actualiza de igual forma con la sentencia de constitucionalidad C-402 de 2013.

- Por tanto no es posible ordenar el reconocimiento de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación, porque no existe un soporte normativo válido y, por supuesto, esta clase de prestaciones no puede ser objeto de homologación con respecto a las demás plantas de personal de empleados de otra índole laboral, como lo pretenden los demandantes. Tampoco puede alegarse la existencia de derechos adquiridos en contra de la Constitución y de la ley, pues estos emolumentos salariales no está dentro de las previstas por el Gobierno Nacional dentro del marco regulatorio fijado por el Legislador; no se puede reconocer un emolumento que no está previsto dentro de su régimen prestacional o salarial.

Así las cosas las pretensiones invocadas por los accionantes 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 súplicas de las demandas.

3.- COSTAS.-

El artículo 188 del CPACA dispone que:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

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

Teniendo en cuenta lo anterior, se dispone la condena en costas a la parte vencida **en los SEIS procesos bajo estudio**, esto es a la parte demandante. Líquidense por Secretaría para cada uno de los casos en su respectivo expediente.

¹⁵ Sentencia de quince (15) de mayo de dos mil catorce (2.014). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, siendo Consejero Ponente el doctor GUILLERMO VARGAS AYALA, dentro del proceso con radicación No. 11001 0315 000 2013 02125 01.

RAD. 150013333007 2013-00052 00
DTES. MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO
JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA
PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO
JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ
LEONILDE PÉREZ DE BELLO
GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De igual manera, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P., y de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003, se procede a señalar como agencias en derecho a **ser incluidas en las respectivas liquidaciones en cada una de los expedientes, el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de las respectivas demandas.**

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

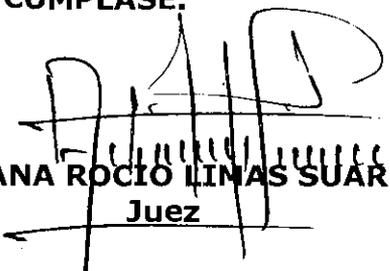
RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por los señores **MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUÍO, JAVIER MARÍA AVENDAÑO PANTOJA, PEDRO ANTONIO SARMIENTO MELO, JUAN DE JESÚS ROMERO ÁLVAREZ, LEONILDE PÉREZ DE BELLO, GLORIA INÉS FIGUEREDO MEDINA**, de conformidad con la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. En cuanto a Las agencias en derecho se establecen para cada uno de los seis casos estudiados en la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría líquídense.

TERCERO.- En firme la decisión emitida, háganse las comunicaciones del caso y archívense el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios de los procesos quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Así mismo desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ADRIANA ROCÍO LINARES SUÁREZ
Juez