

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**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**

JUEZ: Dra. ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRÍGUEZ

Tunja, dos (02) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No. 15001-33-33-007-2014-0116-00

Actores:
 CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR
 ALBA ROCÍO BARRAGÁN SERRATO
 MAGNOLIA MARTÍNEZ BRIÑEZ
 ANA SOIDE PALACIOS MOSQUERA
 JORGE EDGAR ESCALANTE MARTÍNEZ
 SIXTA TULIA YANEZ LONDOÑO
 SANDRA PATRICIA VILLAREAL CELY
 OMAR FRANCISCO PINTO DÍAZ
 ALBA CAROLINA APONTE FIGUEREDO
 ERY FERNANDO MÉNDEZ VALDERRAMA
 LUZ MARY RAMÍREZ PALACIOS
 FRANCY YANETH BUITRAGO ROMERO
 LUISA VICTORIA MARTÍNEZ SAAVEDRA

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
Medio de Control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Tema: PRIMA DE SERVICIOS
Sentencia No.

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 **CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR, ALBA ROCÍO BARRAGÁN SERRATO, MAGNOLIA MARTÍNEZ BRIÑEZ, ANA SOIDE**

PALACIOS MOSQUERA, JORGE EDGAR ESCALANTE MARTÍNEZ, SIXTA TULIA YANEZ LONDOÑO, SANDRA PATRICIA VILLAREAL CEL, OMAR FRANCISCO PINTO DÍAZ, ALBA CAROLINA APONTE FIGUEREDO, ERY FERNANDO MÉNDEZ VALDERRAMA, LUZ MARY RAMÍREZ PALACIOS, FRANCY YANETH BUITRAGO ROMERO y LUISA VICTORIA MARTÍNEZ SAAVEDRA, actuando por intermedio de apoderado judicial, ejercen medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ con el siguiente petitum:

DECLARACIONES Y CONDENAS:

- 1. Declarar la Nulidad del Auto N° 021 del 28 de diciembre de 2012, y auto 1.2.5-38-2013PQR23071 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, establecida en la Ley 91 de 1989 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994.*
- 2. De acuerdo a lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se proceda al RECONOCIMIENTO, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA PRIMA LEGAL O DE SERVICIOS desde el 1 de enero de 2003 a la fecha.*
- 3. Que se proceda a reajustar y pagar todas las prestaciones sociales y salariales que habitualmente reciben para que la PRIMA LEGAL O DE SERVICIOS sea tenida en cuenta en las correspondientes liquidaciones.*
- 4. Que las anteriores sumas de dinero sean indexadas en los términos ordenados en la ley y en las sentencias que sobre el tema se han proferido, es decir mes a mes desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha del pago efectivo.*
- 5. Que sobre las anteriores sumas de dinero se reconozcan los intereses corrientes y moratorios a la máxima tasa fijada por la Superbancaria en los términos ordenados en la Ley y en las sentencias que sobre el tema se han proferido, es decir mes a mes desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha del pago efectivo.*
- 6. La liquidación de las anteriores condenas y el cumplimiento de la sentencia, deberá efectuarse conforme a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 193 de la Ley 1437 de 2011*

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes,

II. HECHOS

1. Los accionantes laboraron como docentes vinculados al servicio público de educación del Departamento de Boyacá.
2. Los docentes radicaron Derecho de Petición ante el Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios desde el 1 de enero de 2003 hasta la fecha.

RAD. 150013333007 2014-0116 00
DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. Mediante el acto administrativo impugnado les fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la prima legal o de servicios a que tienen derecho.

III. NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

- **CONSTITUCIONALES.**

Artículos 1, 2, 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 1° 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 17 de Junio de 2014 (Fl. 165); previa subsanación, a través de auto de fecha 11 de septiembre de 2014 (Fls. 176 a 180) se procedió a admitir la demanda de la referencia y se ordenó vincular al Ministerio de Educación Nacional; Según constancia secretarial visible a folio 190 el término de traslado de la demanda venció el día 1 de junio de 2015, lapso dentro del cual la demandada Departamento de Boyacá da contestación a la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento y cobro de lo no debido (fl. 201) a las cuales se les dio el correspondiente traslado (fl. 368). Por su parte el Ministerio de Educación Nacional da contestación a la demanda dentro de la oportunidad procesal y propone las excepciones de Falta de legitimación en la causa por pasiva (Fl. 350), falta de causa para demandar (Fl. 351), falta de requisito de procedibilidad (conciliación extrajudicial) (Fl. 351), Inepta Demanda (Fl. 352), Pleito Pendiente frente al demandante Jorge Edgar Esconalte Martínez y Alba Carolina Aponte Figueredo (Fl. 352) y prescripción a las cuales se les dio el correspondiente traslado (Fl. 368)

2.1. Contestación de la demanda:

2.1.1 Ministerio de Educación Nacional.

La apoderada de la entidad vinculada se opone totalmente a las pretensiones de la demanda señalando que de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

las prestaciones sociales fueron creadas por el legislador para cubrir riesgos o contingencias a los cuales se pueden ver expuestos los empleados en el cumplimiento de sus labores.

Señala que la Prima de Servicios es factor salarial de conformidad con los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978, dicha norma en su artículo 104 excluye de su aplicación al personal docente.

Manifiesta que el Ministerio no es el titular de la obligación puesto que la ley no le encargó de forma alguna intervenir en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales o de salud, el cual está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como tampoco de los trámites de las reclamaciones, las cuales se encuentran a cargo de la entidad territorial correspondiente, sin que haya lugar a que se interprete como un delegación y que estén actuando a nombre del ministerio. También, manifiesta que en cuanto al pago le corresponde a la Fiduciaria La Previsora S.A. por ser la administradora de los recursos; adicionalmente que los recursos con que se eroga o cubre los pagos tampoco son del presupuesto del Ministerio ni son administrados por éste.

Indica que la entidad vinculada no es titular de la obligación que demandada ya que frente al tema de reconocimiento de prestaciones sociales les corresponde a las secretarías de educación resolver las solicitudes de los docentes que hacen parte de su planta de personal.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto propuso las siguientes excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para demandar, falta de requisito de procedibilidad (conciliación extrajudicial) (Fl. 351), Inepta Demanda, Pleito Pendiente frente a los demandantes Jorge Edgar Esconalte Martínez y Alba Carolina Aponte Figueredo y prescripción.**

2.1.2 Departamento de Boyacá.

La apoderada de la parte demandada se opone totalmente a las pretensiones de la demanda señalando que no es posible el reconocimiento y pago de la prima de servicios con sustento en el régimen especial de que gozan tanto docentes como directivos docentes del Departamento de Boyacá vinculados con base en las disposiciones contenidas en los decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002, anudado a la observancia plena del mandato contenido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia; al igual que, como no hay lugar a derecho al reconocimiento de la prima de servicios, no es posible incluir en nómina y cancelar valores que nunca se han adeudado.

Indica que no se infringió ninguna de las normas legales ni constitucionales referidas por la parte actora, toda vez que el mismo nació a la vida jurídica como consecuencia de la aplicación del ordenamiento legal, razón por la cual no puede tenerse como

cierta la apreciación de los demandantes cuando manifiesta que se le ha quebrantado el derecho de igualdad bajo la premisa que no se conciben trato diferente ante servidores de la misma naturaleza y sometidos al mismo régimen.

Expone de igual forma que no es procedente acceder al reconocimiento de la prima de servicios establecida por los artículos 42 literal f y 58 del Decreto 1042 de 1978, por cuanto esta prebenda no hace parte de la remuneración que en el marco del régimen especial de carrera docente, ha previsto la ley para este grupo de funcionarios, hecho que reconoce esa disposición, al excluirlos en forma expresa de su ámbito de aplicación, a través, del literal b del artículo 104 del citado decreto.

Arguye que la pretensión de los demandantes en cuanto a que la prima de servicios creada a favor de los empleados públicos del orden nacional se haga extensiva a su favor con el argumento de que el párrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989 así lo dispuso, se convierte en una interpretación que desconoce abiertamente de una parte el campo de aplicación y el régimen de excepciones previstas por el propio decreto 1042 de 1978; y de otra, ignora la imposibilidad de incorporar al sistema específico de la carrera docente, salarios o prestaciones que rigen únicamente para el sistema régimen general de carrera administrativa, como ocurre en el caso de la prima de servicios creada por esa norma.

Sostiene que acceder al reconocimiento solicitado conllevaría además el desconocimiento de los postulados de la ley 4ª de 1992 y de la prohibición impuesta por los decretos nacionales de salarios a las autoridades administrativas del orden territorial, de modificar las asignaciones salariales de este grupo de servicios públicos, porque pertenecen a un régimen especial de carrera y están sujetos a una regulación particular, propia y específica en esta materia, y al ordenar su eventual pago se estaría incurriendo en una actuación irregular y carente de cualquier efecto legal.

Expone que el párrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989 en ningún momento está creando una prima de servicios para el personal docente, sino que establece la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la nación, en virtud de la nacionalización de la educación, y no del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

Finalmente manifiesta que respecto de los alcances de la sentencia de revisión T-1066 (SIC) de 2012 proferida por la Honorable Corte Constitucional respecto del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Quindío, aquella no reconoce ni niega la prima de servicios, se limitó a afirmar que la interpretación dada por el tribunal administrativo de Quindío fue razonable y motivada. Así mismo, que dicha interpretación del tribunal tampoco puede ser la única válida al haber sido estudiada por la Corte Constitucional, por cuanto si bien la corporación judicial consideró su razonabilidad, también sostuvo que *"la existencia de diversas interpretaciones en competencia dentro de los operadores jurídicos, que incluso se encuentra en el mismo nivel jerárquico y que comparten la misma especialidad, no es razón suficiente para infirmar una decisión judicial, amparada por principio por la presunción de la legalidad y por la autonomía e independencia que caracterizaban la labor de la administración de justicia"*.

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con fundamento en lo anteriormente expuesto propuso las siguientes excepciones:

- **inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento y cobro de lo no debido**

3. El 8 de septiembre 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, las excepciones de falta de requisito de procedibilidad, inepta demanda y pleito pendiente propuestas por el Ministerio de Educación fueron denegadas. La Audiencia Inicial llegó hasta la etapa probatoria (fls.392-393), teniéndose como tales las documentales aportadas con la demanda y con la contestación y se decretó la documental solicitada por la parte demandante consistente en Oficiar al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, para que allegara al proceso: Certificado de tiempo de Servicios de los docentes demandantes en el proceso de la referencia.

4. En audiencia de pruebas llevada a cabo el día 26 de Noviembre de 2015¹, las pruebas decretadas en la audiencia inicial no son allegadas al proceso, no obstante la apoderada de la parte actora manifiesta que desiste de la prueba solicitada a lo cual accede el despacho, razón por la cual se declara la terminación de la segunda etapa del proceso contencioso administrativo, se prescinde de la audiencia de alegatos y juzgamiento, se ordena a las partes la presentación de alegatos de conclusión por escrito y se insta al Ministerio Público para que si a bien lo tiene se sirva rendir concepto, así como también se advierte a las partes que una vez concluido este término se proferirá sentencia.

5. Dentro del respectivo término, con fecha de 27 de noviembre de 2015 (Fls. 403-411) la representante del Ministerio Público rinde el siguiente concepto:

Considera que los cargos de nulidad de violación de normas constitucionales especialmente frente al derecho a la igualdad y a derechos adquiridos en materia laboral, así como la violación de normas legales como la Ley 91 de 1989 y la Ley 115 de 1994, no se configuran, como tampoco las causales de falsa motivación o desviación de poder, por lo que la presunción de legalidad del Auto 21 de 28 de diciembre de 2012 y el oficio 1.2.5.38-2013PQR23071 de 15 de noviembre de 2013 expedidos por la Secretaría de Educación de Boyacá no fueron desvirtuados

Indica que el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 42 enlista la prima de servicios como factor salarial y en su artículo 58 la estructura y define los sujetos a quienes se dirige lo cual fue declarado exequible mediante sentencia C402 de 2013. Dicha norma no es aplicable a los docentes por cuanto estos gozan de un régimen especial el cual está definido en la Ley 91 de 1989 y en la Ley 812 de 2003 en tanto en materia salarial dicho personal se rige por el Decreto 2277 de 1979.

¹ Folios 400-402

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 18 de enero de 2016 conforme a informe secretarial visto a folio 412 del expediente, ingresa el proceso al despacho para proferir sentencia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Corresponde al Despacho establecer si **CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR, ALBA ROCÍO BARRAGÁN SERRATO, MAGNOLIA MARTÍNEZ BRÍÑEZ, ANA SOIDE PALACIOS MOSQUERA, JORGE EDGAR ESCALANTE MARTÍNEZ, SIXTA TULIA YANEZ LONDOÑO, SANDRA PATRICIA VILLAREAL CEL, OMAR FRANCISCO PINTO DÍAZ, ALBA CAROLINA APONTE FIGUEREDO, ERY FERNANDO MÉNDEZ VALDERRAMA, LUZ MARY RAMÍREZ PALACIOS, FRANCY YANETH BUITRAGO ROMERO y LUISA VICTORIA MARTÍNEZ SAAVEDRA**; en su calidad de docentes vinculados al Departamento de Boyacá, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, de que trata 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. 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. d) El caso concreto.

2.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

2.1.) Naturaleza salarial y campo de aplicación de la Prima de Servicios.-

Relevante resulta precisar en primer término, la naturaleza jurídica de la prima de servicios, 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

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 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.

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 4^a 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.

c.- Regulación y naturaleza de la prima de servicios.-

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 1° la Ley 5 de 1978 otorgó facultades extraordinarias al Presidente para fijar, con efectividad al 1° 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

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. 3°—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”

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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) como factor salarial la prima de servicios.

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.*

Así las cosas resulta palmario que la prima de servicios, 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.

El Consejo de Estado que el contenido eminentemente salarial de la prima de servicios, establece que el artículo 58 del Decreto 1042 de 1.978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1° 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 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

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.

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

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

El Decreto 1042 de 1.978 fue expedido en razón de las 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.

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.

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.

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 4°. 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

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

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. 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

(...)

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.

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 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

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

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 1° previó lo siguiente: "Artículo 1°. 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.-

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:

RAD. 150013333007 2014-0116 00
DTEs. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas”⁹.
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

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

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

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 comporta 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 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

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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. 2o).

- 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 regiría 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.

RAD. 15001333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 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 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 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 2° 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.

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:

RAD. 150013333007 2014-0116 00
DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

"(...) 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 4° 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.-

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 impropio simplemente porque esta prestación está por fuera de la ley y

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

RAD. 15001333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 territorial solo 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 1° 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 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

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.

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

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.

2.4.)- Caso Concreto.-

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

- Copia auténtica del Auto No. 21 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, (Fls. 219 - 326, y 30 - 141).
- Copia de recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto contra el auto No. 21 de fecha 28 de diciembre de 2013. (Fls. 143 - 152 y 138-147)
- Oficio 1.2.5-38-2013PQR23071 de 10 de diciembre de 2013 con su respectiva constancia de notificación. (Fl. 155-158 y 340-343.
- 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, (Fls. 25-29).
- Acta de Conciliación extrajudicial adelantada ante la Procuradora 122 Judicial II para Asuntos Administrativos., de fecha 16 de junio de 2014, mediante la cual no se llegó a acuerdo conciliatorio (Fls. 162 - 163).
- Copia de los antecedentes administrativos del Acto demandado. (Fls. 208 - 346).

- Acta de no Conciliación de fecha 16 de Abril de 2014, de la Procuraduría General de la Nación (Fls. 162 - 163)

RAD. 150013333007 2014-0116 00
 DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
 DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.

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, 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 respectivamente. 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.

- 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 1° 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 6° 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 2° 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. 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

RAD. 150013333007 2014-0116 00
DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 4° 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 tanto no es posible ordenar el reconocimiento de la prima de servicios, 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 el proceso bajo estudio**, esto es a la parte demandante. Liquídense por Secretaría.

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 la respectiva liquidación en el expediente del proceso bajo estudio, el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la respectiva demanda.**

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO SÉPTIMO 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 **CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR, ALBA ROCÍO BARRAGÁN SERRATO, MAGNOLIA MARTÍNEZ BRIÑEZ, ANA SOIDE PALACIOS MOSQUERA, JORGE EDGAR ESCALANTE MARTÍNEZ, SIXTA TULIA YANEZ LONDOÑO, SANDRA PATRICIA VILLAREAL CEL, OMAR FRANCISCO PINTO DÍAZ, ALBA CAROLINA APONTE FIGUEREDO, ERY FERNANDO MÉNDEZ VALDERRAMA, LUZ MARY RAMÍREZ PALACIOS, FRANCY YANETH BUITRAGO ROMERO y LUISA VICTORIA MARTÍNEZ SAAVEDRA**, 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 establece para el caso estudiado 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 liquídense.

RAD. 150013333007 2014-0116 00
DTES. CIRO ARMANDO GARZÓN TOVAR Y OTROS
DDO. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRÍGUEZ

Juez