



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, Once (11) de Mayo de dos mil quince (2015)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : JOSE DEL CARMEN ARIAS GUERRA
Demandado : MUNICIPIO DE TUNJA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Radicación : 150013333009201400054 00

I. MEDIO DE CONTROL

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., interpuesto por el señor **JOSE DEL CARMEN ARIAS GUERRA** en contra del **MUNICIPIO DE TUNJA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

1.1 Principales

- 1.1.1 Pretende el demandante que se declare la nulidad del oficio No. SE-M CART-2556 de 10 de septiembre de 2013 y oficio No. SE-M-CART de 15 de noviembre de 2013, mediante los cuales se niega el reconocimiento y pago del retroactivo de la prima de servicios.
- 1.1.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago del retroactivo de la prima de servicios establecida en los artículos 58 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, Decreto 1019 de 2002 y de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a partir del año 2011 y hasta la fecha en que se haga efectiva la prestación. Solicita se condene a la entidad demandada que incluya como factor salarial la prima de servicios en la pensión de jubilación del demandante la cual fue reconocida el 15 de enero de 2013. Finalmente solicita el pago indexado de los valores adeudados, así como el pago de los intereses de mora y se condene en costas a la parte demandada.

2. Fundamentos fácticos.

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

El demandante se vinculó al magisterio el 12 de julio de 1983 como docente nacionalizado; adquirió pensión de jubilación mediante Resolución No. 0012 de 15 de enero de 2013, reconocida por la Secretaría de Educación de Boyacá.

Asegura el demandante actualmente se encuentra vinculado con la Secretaría de Educación de Tunja mediante el Decreto 49 de 29 de enero de 1991.

Refiere el demandante que a la fecha no se le ha reconocido no pagado la prima de servicios que establece la Ley 91 de 1989.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte demandante considera vulnerados los artículos 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política, artículo 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 3 del Decreto 451 de 1984 y Decreto 1919 de 2002.

Al sustentar el concepto de la violación, afirma que la entidad demandada vulnera el principio de igualdad y favorabilidad laboral en la medida en que la prima establecida en el Decreto 1042 de 1978 se les reconoce a los empleados de la rama ejecutiva y no a los docentes, ya que debe existir identidad entre el régimen prestacional de los servidores públicos.

Asegura el demandante que en aplicación del principio de favorabilidad se debe hacer una aplicación extensiva del Decreto 1919 de 2002 que establece el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, a los empleados públicos del orden territorial.

Asevera el demandante que si bien los docentes se encuentran exceptuados del régimen salarial consagrado en el Decreto 1042 de 1978, es preciso señalar que en varias oportunidades el Consejo de Estado ha inaplicado la expresión "del orden nacional", con la finalidad de extender las prestaciones contenidas en el mencionado decreto a los empleados del orden territorial, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y favorabilidad laboral.

Afirma el demandante que al ser docente el demandante está sometido a un régimen prestacional especial, el cual está previsto en las Leyes 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, normas que definieron el proceso de descentralización de la educación, razón por la cual la Nación fue subrogada por las entidades territoriales en lo que corresponde al tema salarial y prestacional, entre ellas el reconocimiento de la prima de servicios.

En conclusión la prima de servicios debe ser reconocida no solo a los docentes nacionales y nacionalizados, sino también a los docentes territoriales en aras de garantizar el derecho a la igualdad de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 2003.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda inicialmente fue inadmitida mediante auto de **veintiséis (26) de marzo de 2014** (Fl 53), y admitiéndose posteriormente la demanda mediante providencia del **28 de abril de 2014** (fls. 64-66). Posteriormente mediante auto de **nueve (9) de junio de 2014** (fls 69-71), se ordenó vincular al Ministerio de Educación Nacional.

Por auto del **cuatro (04) de febrero de 2015** se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día 26 de febrero de 2015 (fl. 170). La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas, fijándose fecha para la Audiencia de Pruebas (CD fl 178).

La Audiencia de Pruebas se llevó a cabo el día **dieciséis (16) de abril de 2015**, (CD fl 196), durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma.

1.- RAZONES DE LA DEFENSA.

1.1 MUNICIPIO DE TUNJA (fls 93 a 123).

La entidad demandada MUNICIPIO DE TUNJA, en su escrito de contestación se opuso a todas las pretensiones de la demanda, precisando que si bien, la Ley 91 de 1989 menciona la prima de servicios, bajo ningún entendido está creando factor salarial o prestación social alguno y mucho menos establece requisitos para acceder a la misma, ya que fue solo a partir del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013 donde se establece por primera vez la prima de servicios a favor de los docentes.

Asegura que la Ley 715 de 2001 tampoco da lugar a la creación de la prima de servicios, por cuanto ésta tan solo determina las competencias de la Nación y de los entes territoriales en materia de educación.

Afirma que el demandante solicita el reconocimiento, pago y liquidación de la prima de servicios teniendo en cuenta la ley general de educación, la Ley 91 de 1989, artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, debe decirse que tal decreto no puede tomarse como referente pues si bien es cierto éste se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias entre otros, lo cierto es que existen unos sectores a los que no se les aplica dicho decreto, como es el caso del personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

Finalmente propone como excepciones las que denominó 1. Inexistencia del derecho reclamado, 2. Prescripción extintiva, 3. Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del municipio de Tunja, 4. Falta de integración del litisconsorcio necesario, 5. La connotación que otorga la Ley 91 de 1989 contiene un expreso mandato de regulación prestacional y difiere de la salarial, en tanto con ella no se busca dar la creación de una prima de servicios no de una bonificación sino regula aspectos atinentes a las prestaciones sociales del magisterio, ambos son dos aspectos diferentes.

1.2 NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (Fls 144 a 160)

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional en su escrito de contestación de la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en razón a que el Ministerio de Educación Nacional no es titular ni expidió los actos administrativos demandados. Indicó que de acuerdo con la Ley 60 de 1993 el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de nominador de los docentes, la cual fue trasladada a los Departamentos y en consecuencia son éstos últimos quienes tienen a cargo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales y en tal sentido los departamentos y municipios certificados

reciben directamente todos los recursos del sistema general de participaciones para la educación y tendrán la responsabilidad de la administración del recurso humano.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS POR RECONOCIMIENTO DE INDEXACIÓN, EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD, PAGO DE LO NO DEBIDO y EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1 Parte demandante (fls 386 a 395)

Dentro del término procesal respectivo el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión ratificando los fundamentos de hecho y de derecho plasmados con la presentación de la demanda.

2.2 Ministerio Público

La delegada del Ministerio Público en sus alegatos de conclusión realizó un resumen de la demanda y la contestación de las entidades demandadas y respecto del fondo del asunto inicialmente precisó que la prima de servicios ostenta la naturaleza de factor salarial y no de prestación social, creada por el ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias dirigida a un sector de los empleados públicos, dentro de los cuales fue excluido expresamente el personal docente, por ostentar un régimen especial que sería regulado por normas diferentes a las de la generalidad de la de los empleados públicos del orden nacional.

De igual forma indicó que como quiera que se reclama el reconocimiento y pago de la prima de servicios en aplicación del derecho a la igualdad, se hace necesario tener en cuenta las consideraciones de la sentencia C-402 de 2013, la cual declaró exequibles algunas normas del Decreto 1042 de 1978 en cuanto al campo de aplicación; con base en dicha sentencia es claro ante la existencia de regímenes laborales disímiles, resulta improcedente realizar un juicio de igualdad, máxime cuando la comparación se pretende no frente a la integridad de los beneficios, sino en torno a beneficios específicos o individuales y para el caso concreto, respecto a la aplicación del beneficio de la prima de servicios reconocida a determinados empleados públicos del orden nacional, cuando es evidente que éste no fue reconocido para el personal docente en virtud del Decreto 1042 de 1978, de acuerdo con una interpretación sistemática de su contenido normativo.

2.3 Entidad demandada- Municipio de Tunja

Dentro del término procesal respectivo la apoderada del municipio de Tunja presentó escrito de alegatos de conclusión ratificando los fundamentos de hecho y de derecho plasmados con la contestación de la demanda.

2.4 Entidad demandada-Nación-Ministerio de Educación

El Ministerio de Educación Nacional guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES.

1. Problema Jurídico.

La controversia se contrae a determinar la viabilidad de ordenar el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios a los docentes demandantes, de acuerdo con la ley aplicable al caso concreto

2. Argumentación normativa y jurisprudencial.

2.1 Del régimen prestacional y salarial aplicable al docente

En primer lugar mediante el Decreto 2277 de 1979, se estableció un régimen especial para los docentes, el cual tenía como fin regular temas relacionados con condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión de docente, sin embargo en dicha normativa no se contempló aquellos aspectos relacionados con las prestaciones sociales del personal docente.

Ahora bien, el artículo 15 de la ley 91 de 1989 respecto del régimen prestacional de los docentes estableció:

“Art. 15.- Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley (...).”

De lo anterior, se desprende que el régimen salarial y prestacional docente, se define siguiendo las reglas establecidas en la Ley 91 de 1989, es decir, dependiendo de la vinculación del docente se puede establecer las normas que le son aplicables; entonces, para aquellos nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, se les respetará **el régimen prestacional** que venían gozando en la respectiva entidad territorial, y aquellos que se vincularon a partir del 1 de enero de 1990, se regirían por el régimen vigente aplicable a los empleados públicos del orden nacional, como son: los 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.

2.2 De la prima de servicios

La prima de servicios fue creada con el Decreto 1042 que en el artículo 58, la consagró de manera expresa así:

“Artículo 58. LA PRIMA DE SERVICIO. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.”

Y en el literal b) del artículo 104, de la misma disposición, excluye de su aplicación a los docentes:

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

3. Argumentación y Valoración Probatoria (Caso concreto)

Descendiendo al caso concreto, el Despacho no comparte la apreciación de la parte demandante que manifiesta que fue el parágrafo 2 el art. 15 de la Ley 91 de 1989 el que manifestó la intención del legislador de reconocer la prima de servicios al personal docente nacional o nacionalizado porque la correcta interpretación de la norma citada conduce a establecer que fue del espíritu del legislador de la época el que se respetara el pago de la prima de servicios al personal nacional o nacionalizado que venía disfrutando de la misma y que su pago correspondería a la Nación y no al recién creado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En efecto la norma en cita estableció: *"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"*.

Cuando el legislador expide la norma anterior, lo que quiso fue deslindar el patrimonio del FPSM de las obligaciones que previamente había contraído la Nación en favor del personal nacional o nacionalizado, de lo que no puede inferirse que la norma haya creado un nuevo factor del salario, menos aun cuando no existió desarrollo legal o reglamentario de la prima de servicios, salvo la mención que hace el art. 58 del Decreto 1042 de 1978. Y si en gracia de discusión, fuera del caso hablar de la aplicabilidad de esta norma al caso concreto, ello no podría ser posible en razón a que frente a que el art. 104, literal b de su articulado expresamente excluye al personal docente, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-566 de 1997.

Y si bien el mencionado Decreto establece en el inciso segundo del numeral 1 del art. 15 que *"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"*, lo cierto es que allí se habla de prestaciones sociales y no de factores salariales¹ que es el que se discute en el sub-examine (aunado a que no se cita como referencia el Decreto. 1042 de 1978), mismo argumento que impide la aplicabilidad del Decreto 1919 de 2002

¹ Ahora bien, al realizar un estudio respecto de la extensión del régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional a los de orden territorial, por conducto del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 23 de octubre de 2008 (Rad. 2001-00881-01(0730-07). CP: Gerardo Arenas Monsalve), precisó que debido al carácter salarial de una la prestación salarial como la prima de servicios, y que resulta también aplicable al subexamine, no era posible hacerla extensiva al sector territorial: *"En ese orden, examina la Sala, que la pretensión de la demanda referida al reconocimiento de la prima de servicios no tienen vocación de prosperidad por cuanto el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002 dado que dicha acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional"* (subraya fuera de texto).

El anterior pronunciamiento corresponde con las disposiciones legales anteriormente citadas y hace referencia únicamente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y no así de factores salariales, tales como la bonificación por servicios (Cfr. Consejo de Estado mediante providencia del 04 de marzo de 2010, radicación número: 17001-23-31-000-2005-02605-03(1475-07), M.P.Victor Hernando Alvarado Ardila), que aquí se deprecia.

(que igualó el régimen de prestaciones sociales de los territoriales a los del orden nacional) pues precisamente el mencionado decreto habla de prestaciones sociales y no de factores del salario y en esta materia le está vedado al Gobierno Nacional realizar extensión alguna a los empleados del orden territorial: *“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”*. (Corte Constitucional. C-402 de 2013).

Ahora bien, el Despacho no desconoce el pronunciamiento de la sección segunda del Consejo de Estado de 22 de Marzo de 2012 (MP: GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN. Rad.: 68001-23-31-000-2001-02589-01 (2483-19), pero se aparta del mismo ya que la *ratio decidendi* de la citada providencia que en materia de prima de servicios remite a la aplicabilidad del art. 58 del Decreto 1042 de 1978 se expide en forma previa a la sentencia C-402 de 2013 de la Corte Constitucional que en el punto concreto, constitucionalmente valida la imposibilidad de extender la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial.

En este sentido la sentencia de 20 de febrero de 2015 M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia con Rad: 2014-2304, ordena al Tribunal Administrativo de Boyacá a expedir nueva providencia respecto del reconocimiento de la prima de servicios a favor de la docente en un caso similar al que aquí se trata, teniendo en cuenta la sentencia de constitucionalidad C-402 de 2013.

Tampoco se vulnera el principio de igualdad frente a los reconocimientos que sobre el tema eventualmente pueda hacerse en razón a que como lo ha dicho la Corte Constitucional: *“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”* (C-402 de 2013).

Así las cosas el Despacho denegara las pretensiones de los demandantes y en consecuencia se relevará de estudiar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por la apoderada del municipio de Tunja y la apoderada de la Nación Ministerio de Educación Nacional.

4.- Costas

De conformidad con el numeral 8° del artículo 365 del CGP que establece *“Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación”*, el Despacho se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA.

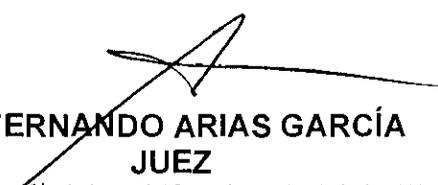
PRIMERO.- Niéguese las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

CUARTO.- Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FERNANDO ARIAS GARCÍA
JUEZ

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el No. 2014-00054