

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 98

Santiago de Cali, junio veintinueve (29) de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 76001-33-33-005-2015-00327-00
Demandante: Teresa de Jesús Ballesteros Orozco
Demandado: Departamento del Valle del Cauca
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laboral

Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial por la señora TERESA DE JESÚS BALLESTEROS OROZCO en contra del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1.** Declarar la nulidad del oficio No. 00800.3.53-0338, emitido por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, mediante el cual se resolvió la petición en la que se solicitó el reconocimiento y pago de la prima académica, consistente en el pago de un quince por ciento (15%) sobre el sueldo básico, según la Ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968.
- 1.2.** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DELCAUCA que reconozca a la demandante la prima académica solicitada, desde marzo 24 de 2012 hasta la fecha en que se regularice su pago, asimismo reporte al Ministerio de Educación Nacional la información de todos los maestros regidos por el Decreto 2277 que tendrían derecho a dicha prestación.
- 1.3.** Ordenar a la entidad demanda que reconozca y pague la indexación sobre las sumas de dinero que resulten adeudadas, así como los intereses moratorios causados desde que se hizo exigible la obligación.
- 1.4.** Condenar en costas a la entidad demandada, incluyendo las agencias en derecho.

2. HECHOS

- 2.1. La señora TERESA DE JESÚS BALLESTEROS OROZCO labora para la Alcaldía del Municipio de Candelaria –Valle del Cauca como docente de tiempo completo desde enero 12 de 1994, con fecha de posesión del 16 del mes y año en citada.
- 2.2. El servicio lo ha prestado de manera personal y continua, encontrándose subordinada a las autoridades educativas del Departamento del Valle del Cauca.
- 2.3. A la demandante no le ha sido cancelada la prima académica, equivalente al quince por ciento del salario básico.
- 2.4. En marzo 4 de 2015 ante el Departamento del Valle del Cauca –Secretaría de Educación petición tendiente al reconocimiento y pago de la Prima Académica, la cual fue negada a través de acto administrativo No. 0080.3.53-0338 de marzo 20 de 2015.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demandante transcribe el preámbulo, los principios fundamentales señalados en los artículos 1 y 2, los artículos 25 y 29 referidos a los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso, respectivamente, y el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

Igualmente transcribe las siguientes disposiciones:

- Artículo 3º de la ordenanza No. 125 de diciembre de 1968 expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, por medio del cual se crea en favor de los profesores licenciados una Prima Académica del 15% sobre el sueldo básico.
- Inciso segundo del párrafo único del artículo 2º de la Ley 91 de 1989.
- Artículo 1º del Decreto 1440 de 1992.
- Numeral 1 del acápite 5 de la circular 001 de agosto 28 de 2002, del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Afirma que en sentencia No. 4351 de marzo 25 de 1992 el Consejo de Estado reconoció que la prima académica es salario y no prestación.

Expresa que la Ordenanza 125 de 1968, quedó en firme dentro de la vigencia del Acto Legislativo No. 03 de 1910 que concede a las Asambleas Departamentales la facultad para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos. Que a partir del Acto Legislativo 01 de 1968, que entró a regir con posterioridad a la Ordenanza 125 de 1968, las Asambleas no tenían facultad de crear salarios o factores salariales, lo cual se reiteró con la Constitución Política de 1991.

Indica que de acuerdo con el Acto Legislativo citado, lo que autorizó la Asamblea fue un aumento y no una prima extralegal.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la entidad demandada indica que lo solicitado por la parte actora va en contravía de preceptos constitucionales tales como los artículos 6 y 150 numeral 19 literales e y f, y preceptos legales como la Ley 4ª de 1992, artículos 10 y 12.

Precisa que mediante la Ordenanza número 125 de diciembre 21 de 1963 (sic) se reconoció una prima académica a los docentes licenciados, por valor de del 15%, la cual únicamente se reconocía en el Departamento del Valle del Cauca y se cancelaba con recursos propios.

Explica que con la expedición de la Ley 715 de diciembre 21 de 2001, el Departamento del Valle del Cauca se vio en la obligación de suspender el pago de la prima de licenciatura, acatando la directriz del Gobierno Nacional contemplada en la Directiva Ministerial No. 014 de agosto 14 de 2003 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, según la cual los gobernadores y secretarios de educación:

“A la luz de la Constitución Política de Colombia y la Ley 715 del 21 de diciembre de 2001, no puede hacerse ningún pago con cargo al Sistema General de Participaciones al personal docente, directivo docente y administrativo de las instituciones educativas del país por fuera del régimen salarial y prestacional establecido por la ley o de acuerdo con esta

“...para los efectos del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, inciso 3º, cualquiera prima, bonificación, sobresueldo o cualquier otro emolumento decretado por las corporaciones públicas territoriales mediante ordenanzas o acuerdos, que no se halle dentro de los límites establecidos por la Ley o el Gobierno Nacional, no podrá pagarse con Recursos del Sistema General de Participaciones, puesto que no pertenecen al régimen salarial y prestacional establecido por la Ley o de acuerdo con ésta”.

Agrega que en el numeral 2º de la Circular No. 01 de octubre 3 de 2002, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se señalan las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos del nivel territorial y mínimas de los trabajadores oficiales del mismo nivel, dentro de las cuales no está relacionada la denominada prima académica o de licenciatura.

Indica que las asignaciones salariales, tales como prima académica, bonificación a licenciados, auxilio de transporte, prima de clima, prima vacacional, entre otras, en su mayoría, sobre todo las que inciden en el salario mensual como la prima académica y los sobresueldos a rectores y coordinadores, fueron pagadas por el Departamento del Valle del Cauca antes de la Ley 43 de 1975 que nacionalizó la educación, lo cual significa que se otorgaron cuando el Departamento era el nominador y pagador, con sus propios recursos y por ende estaba facultado para determinar las asignaciones salariales. Esto lo hizo hasta mediados de abril de 2002, cuando amparados con la interpretación dada en los artículos 15 y 36 de la Ley 715 de 2001, se empezaron a cancelar con cargo al Sistema General de Participaciones; además, teniendo en cuenta la Directiva Ministerial No. 014 de 2003 antes citada.

Afirma que al amparo de la Ley 43 de 1975, se expidió el Decreto 1457 de junio 29 de 1977, a través del cual la nación debidamente facultada, determinó las escalas salariales para el sector educativo. A su vez, el Decreto 1397 de agosto 22 de 1977, en su artículo 7º estableció que:

“...A partir de la fecha de la firma del presente decreto, el personal que se vincule laboralmente al Departamento como persona docente a nivel de enseñanza secundaria, tendrá como asignación básica, horas extras y prima académica, los valores fijados en el decreto nacional No. 1457 de junio 29 de 1977. Asimismo sus prestaciones sociales serán las fijadas para el personal docente nacional.

De acuerdo a lo expuesto, solicita no acceder a las prestaciones de la demanda, pues la prima académica solicitada no se encuentra a cargo del Departamento del Valle del Cauca y no se encuentra incluida dentro de las prestaciones que se cancelan a los docentes.

Propuso como excepción previa de falta de legitimidad en la causa por pasiva, que se resolvió en la audiencia inicial, y las excepciones de fondo: **i)** inexistencia del derecho; **ii)** prescripción, e **iii)** innominada.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante:

Se ratificada en los hechos y pretensiones presentadas con el escrito de la demanda, pero agrega que la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de octubre 12 de 2011 señaló que la prima académica constituye un factor salarial y no prestacional. Asimismo, dice que se debe tener en cuenta que la Ordenanza 125 de 1968 fue expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca cuando gozaba con facultades para establecer escalas salariales, además que ésta no ha sido derogada, modificada o anulada por la autoridad competente en la forma prescrita por la Ley.

2. Parte demandada:

Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, pero precisa que en los hechos vertidos en la demanda se destaca que la demandante fue posesionada en el año 1994, sin embargo, no ha demostrado si para esa fecha percibía o no la prima académica.

3. Agente del Ministerio Público:

Indica que la prima académica solicitada por la demandante fue establecida en el artículo 3º de la Ordenanza 125 de 1968 y ratificada mediante los Decretos 1379 de 1977, 1435 de 1978 y 1102 de 1980 del Departamento del Valle del Cauca.

Agrega que la Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación, estableciendo que las prestaciones causadas hasta el momento de la nacionalización quedarían a cargo de la entidad territorial a la que pertenecía el docente o de la respectiva caja de previsión y a partir de la vigencia de dicha normativa las prestaciones quedarían a cargo de la

nación. Que esta circunstancia, se ratifica a través de la Ley 91 de 1989.

Añade que la Ley 715 de 2001, en su artículo 21, estableció que con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones no se podrán crear prestaciones ni bonificaciones por parte de las entidades territoriales. Esto significa que los entes territoriales y sus respectivas corporaciones públicas carecían de competencia para implementar y regular los salarios y prestaciones sociales de los docentes y por ende, se entiende que deben ceñirse únicamente a lo dispuesto por la ley. Que este aspecto se ratifica con lo dispuesto en el literal e del numeral 9 del artículo 150 de la Constitución Política.

Sostiene que el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de febrero de 2006, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, radicado número 150012331000200100139-01, estableció que *“...Las entidades territoriales no tienen competencia para regular los salarios y prestaciones de los docentes oficiales conforme al actual régimen jurídico aplicable a estos servidores públicos conforme a la Ley 4 de 1992 en desarrollo del mandato del artículo 150 numeral 19 literal e de la Constitución Política actual y atendiendo lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 6 de 1993. Por tanto las normas administrativas territoriales salariales o prestacionales para los docentes oficiales no resultan aplicables”*.

Aduce que si bien la Ordenanza 125 de 1968 se expidió en vigencia de la Constitución Política de 1986, también lo es que esta Constitución tampoco, prescribiera, al igual que la Constitución Política de 1991, la facultad de las corporaciones públicas territoriales para la creación y determinación de las prestaciones sociales, en tanto la misma era competencia exclusiva del Congreso de la República.

Asimismo, trae a colación sentencia proferida por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 19 de octubre de 2015, radicación número 7600133310162010-00053-01, en la que se fijaron criterios jurídicos en asunto similar al que nos ocupa, en los siguientes términos:

“Aunado a lo anterior, es necesario que se tenga en cuenta que tampoco bajo la vigencia de la Constitución de 1886 era posible que las corporaciones públicas territoriales determinaran prestaciones o emolumentos salariales adicionales a los que por competencia le correspondía determinar al Congreso de la República conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968. De manera que al haber sido expedida la Ordenanza No. 125 del 21 de diciembre de 1968 en fecha posterior al referido acto legislativo sus disposiciones resultan inconstitucionales y por tanto no es posible acceder al reconocimiento de la prima académica que estaba contemplada en la ordenanza aludida y que ahora se reclama con la demanda”.

Concluye que el hecho de que en algún momento los docentes hayan devengado la denominada prima académica por disposición y creación del ente departamental, ello no quiere decir que dicho factor se pueda considerar como un derecho adquirido, con mayor razón si se tiene que el mismo tiene origen extralegal.

Solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6. CONSIDERACIONES

6.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MÉRITO

Respecto a los medios exceptivos alegados por la entidad demandada, este Despacho no emitirá pronunciamiento previo alguno, toda vez que sus argumentos se confunden

con lo que en efecto se habrá de dilucidar, al resolver el mérito de la presente controversia.

6.2 PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal y a la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial el problema jurídico se contrae a determinar, si la demandante, en calidad de docente oficial, tiene derecho a que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA le cancele el valor correspondiente a la prima académica de carácter extralegal, de que trata la Ordenanza No. 125 de 1968 y los Decretos departamentales 1379 de 1977, 1435 de 1978 y 1102 de 1980.

6.3 DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Analizar el marco normativo de la prima académica;
- (ii) Establecer la competencia de la competencia de las entidades territoriales para establecer derechos salariales y prestacionales;
- (iii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto; para finalmente determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.3.1. MARCO NORMATIVO DE LA PRIMA ACADÉMICA RECLAMADA POR LA DEMANDANTE

La prima académica reclamada por la demandante fue creada por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca mediante Ordenanza No 125 de diciembre 21 de 1968, equivalente al 15% de la asignación salarial, para los educadores licenciados que prestaran sus servicios al Departamento del Valle del Cauca.

Luego, dicha prima fue incrementada por el Departamento del Valle del Cauca a través de los Decretos 556 de marzo 27 de 1974 y 1379 de agosto 22 de 1977.

Posteriormente el mismo Ente Territorial expidió el Decreto 1435 de agosto 11 de 1978, en cuyo artículo 5º, modificado por el artículo 1º del Decreto 1102 de junio 12 de 1980, estableció que *“El personal docente Licenciado de Educación Básica Media de Primera y Segunda categoría a quienes se les reconocía la Prima Académica hasta la vigencia del Decreto 1379 de agosto 22 de 1977 continuarán gozando de dicha prestación en la misma proporción del 20% del sueldo básico. Asimismo la norma extendió este derecho a los docentes que: (i) laboraran en Educación Básica Media e Intermedia, (ii) se encontraran vinculados a agosto 22 de 1977 de tiempo completo, y (ii) se encontraran matriculados como alumnos regulares de una universidad aprobada estudiando Licenciatura de Educación y adquirieran el título correspondiente antes de diciembre 30 de 1982.*

Surge de la norma en cita que el reconocimiento y pago de la aludida prima de carácter departamental quedó circunscrito sólo a aquellos docentes licenciados de educación básica media de primera y segunda categoría que la percibieron hasta la vigencia del Decreto 1379 de agosto 22 de 1977 y a quienes estando vinculados a esta fecha se encontraran estudiando Licenciatura de Educación y obtuvieran el título respectivo antes de diciembre 30 de 1982.

A lo anterior se suma que mediante la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías y se dispuso que este servicio público estaría a cargo de la Nación, proceso este que se desarrolló entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. Esto implicó que los gastos ocasionados en la prestación de este servicio y que hasta la fecha de entrada en vigencia de esa Ley sufragaban los entes territoriales en mención, fueran asumidos por la Nación en los términos del artículo 1º ibídem.

A su vez el artículo 4 de la referida Ley congeló el monto de las asignaciones que las entidades territoriales habían aprobado, tomando como tope los presupuestos fijados por las asambleas departamentales y los consejos municipales y distritales para 1975, advirtiendo que la suma que excediera ese tope correría siempre a cargo de la entidad territorial .

Este proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria pública, conllevó a que mediante el Decreto Nacional 0715 de abril 20 de 1978, se unificara la asignación básica del personal docente nacional y nacionalizado (antes territoriales) a cargo de la Nación –Ministerio de Educación Nacional. Decreto en cuyo artículo 6º se consagró que el personal docente de cualquier categoría que recibiera asignación básica mensual superior a la señalada para la categoría correspondiente en el escalafón nacional docente, continuaría percibiendo la remuneración mayor, con excepción de quienes se vincularan al servicio o cambiaran de categoría a partir de la fecha de expedición de ese decreto ley, pues para éstos su asignación básica sería la correspondiente a su categoría en el escalafón nacional. Igualmente en su artículo 11, prohibió a las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales, del Distrito Especial de Bogotá y juntas administradoras de fondo educativos regionales, modificar el régimen salarial y prestacional del personal docente referido en dicho decreto.

Significa entonces que el legislador extraordinario autorizó que los docentes que estuvieran vinculados a abril 20 de 1978 y estuvieran devengando una asignación básica mensual superior a la establecida por el Gobierno Nacional, conservaran la remuneración mayor; lo cual en la práctica significa que los que a esa fecha venían percibiendo la prima académica de origen territorial podían seguirla percibiendo. Al mismo tiempo la norma prohíbe que los docentes que se vinculen o cambien de categoría a partir de la fecha en cita, reciban una asignación básica distinta a la correspondiente a su categoría en el escalafón nacional, esto es, distinta a la fijada por el Gobierno Nacional. Igualmente prohíbe a las autoridades territoriales modificar el régimen salarial y prestacional de los docentes sometidos a las disposiciones del aludido decreto.

De acuerdo con la referida prohibición no podía el Departamento del Valle del Cauca reconocer y pagar la prima académica extralegal creada en la Ordenanza 125 de 1968 e implementada a través de los Decretos Departamentales 556 de marzo 27 de 1974 y 1379 de agosto 22 de 1977, a los servidores públicos que se vincularan al magisterio a partir de abril 20 de 1978, pues esto constituiría una clara violación de la prohibición de modificar el régimen de remuneración y de prestaciones sociales de los docentes regidos por el Decreto 0715 de 1978.

Ello explica por qué dicho Ente Territorial, con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 0715 de abril 20 de 1978, mediante el artículo 5º del Decreto 1435 agosto 11 de 1978, modificado por el artículo 1º del Decreto 1102 de junio 12 de 1980, haya restringido el pago de la misma sólo a aquellos docentes licenciados de educación básica media de primera y segunda categoría que la percibieron hasta la vigencia del Decreto 1379 de agosto 22 de 1977 y a quienes estando vinculados a esta fecha - agosto 22 de 1977- se encontraran estudiando Licenciatura de Educación y obtuvieran el título respectivo antes de diciembre 30 de 1982.

6.3.2. DE LA COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA ESTABLECER DERECHOS SALARIALES Y PRESTACIONALES

A efectos de ilustrar lo atinente a la competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos territoriales en vigencia tanto de la Constitución Política de 1886 como de la de 1991, resulta pertinente transcribir la motivación que sobre el particular plasmó el Consejo de Estado en sentencia de febrero 13 de 2014:¹

“Pues bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con derechos salariales creados mediante actos expedidos por autoridades del orden territorial² con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad para la fijación de los sueldos de sus empleados³, mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local⁴ y señaló en el artículo 76 numeral 9, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso.

La Constitución de 1991, estableció en su artículo 150 que al Congreso le corresponde dictar las normas generales para que el Gobierno fije el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

²Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

³ En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 250002325000200408852 01 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señaló que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empleados departamentales, potestad que incluía la de crear factores o elementos de salario. A partir de la reforma de 1968 es evidente que hubo una reforma sustancial, de manera que las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se limitó a la potestad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

⁴ Artículo 127. Son atribuciones de los Concejos, que ejercer conforme a la Ley, las siguientes: “3. determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Es decir que ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991, la fijación del régimen prestacional ha sido competencia de las entidades territoriales, pues ha sido del resorte del Congreso o el Legislador extraordinario.

En lo que se refiere a la fijación de sueldos, antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

En relación con el tema, esta Corporación ha establecido que la legalidad del acto respecto de la competencia para su expedición, debe dilucidarse bajo los parámetros establecidos por las normas vigentes para el momento de su expedición, en consecuencia, el cambio de normatividad respecto de la competencia no implica que dicho acto se torne ilegal o inconstitucional.

No obstante no puede perderse de vista que el empleado que fue vinculado después del año 1968, debe someterse a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal.”

De manera que a partir de la reforma constitucional de 1968 y en vigencia de la Constitución de 1991 la competencia de los órganos de dirección de los entes territoriales en materia salarial se limitó sólo a la potestad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo, facultad que, según lo advierte la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no comprende la potestad de crear factores salariales, pues las escalas de remuneración tan solo constituyen uno de los elementos salariales. Al respecto la alta Corporación sostuvo:⁵

*“Adviértase cómo el Constituyente fue claro al señalar que el régimen salarial de los empleados públicos lo determina el Gobierno nacional, estableciendo una competencia general sobre la materia. Ahora bien, indefectiblemente forman parte del régimen los factores salariales y su monto, de suerte que al no estar atribuida la potestad de fijarlos a las autoridades seccionales o locales mencionadas, tal atribución recae en aquél. Las escalas de remuneración constituyen tan sólo uno de los elementos salariales, mas no puede considerarse que todos éstos puedan incluirse en aquéllas.
(...)”*

La Sala responde:

La competencia asignada en los artículos 300.7 y 313.6 de la Constitución Política a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, respectivamente, para determinar “las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos” no comprende la atribución de crear factores salariales, función privativa del Congreso y del Gobierno Nacional. Las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial solamente pueden liquidarse con base en los factores salariales determinadas por el Gobierno Nacional.

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar sueldos o factores salariales para sus empleados, sin embargo, con posterioridad a tal año esta potestad quedó en cabeza del Congreso y de legislador extraordinario, situación que se mantuvo en vigencia de las Constituciones Políticas de 1886 y 1991. Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional aquellas autoridades nunca han tenido competencia para crear

⁵ Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, ampliación de concepto de diciembre 13 de 2004, C.P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, radicación número: 1518 (ampliación).

algún tipo de prestación social, pues ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991 se les confirió tal facultad.

Así, para determinar si un factor salarial extralegal creado por una entidad territorial puede o no ser reconocido o incluido como factor en la liquidación de prestaciones sociales, debe establecerse si aquél efectivamente fue reconocido bajo el marco de competencias legales y constitucionales del ente territorial, el cual se repite, se mantuvo solo hasta el año 1968.

En los anteriores términos solo podrá reconocerse el factor salarial extralegal si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de diciembre 11 de 1968⁶ y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, pues de lo contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior a esa data, se entenderá que el mismo fue expedido con ausencia de competencia para ello y no podrá convalidarse tal irregularidad reconociendo o incluyendo el factor salarial en la liquidación respectiva.

De otra parte, si el acto territorial que reconoce la prestación es anterior a diciembre 17 de 1968, pero el empleado que se beneficia de éste es vinculado al servicio de la entidad con posterioridad a tal año, la prestación reconocida tampoco podrá ser incluida como factor en la respectiva liquidación.

En suma, en vigencia de la Constitución Política de 1991, la competencia para establecer el régimen prestacional de los servidores públicos del orden territorial es exclusiva del legislador y del Presidente de la República. En materia salarial la competencia es concurrente entre el Congreso de la República, el Gobierno Nacional, las Asambleas departamentales, los Concejos municipales, los gobernadores y los alcaldes. En efecto, el Congreso de la República a través de una ley marco señala los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional para determinar este régimen; por su parte el Gobierno Nacional señala los límites máximos en los salarios de los empleados públicos territoriales; a su vez las asambleas y los concejos determinan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo que se trate; y por último, los gobernadores y alcaldes fijan los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dictan las asambleas departamentales y los concejos municipales a través de las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Se reitera que las facultades atribuidas en esta materia a las corporaciones y gobernantes territoriales precitados no comprende la potestad de crear factores salariales, ya que ello es una facultad exclusiva del Gobierno Nacional.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968, por la cual la Asamblea Departamental del Valle del Cauca creó la prima académica, así como los Decretos 556 de marzo 27 de 1974 y 1379 de agosto 22 de 1997 a través de los cuales el Departamento del Valle del Cauca refrendó e incrementó el monto de este factor salarial, fueron expedidos con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 1 de diciembre 11 de 1968, esto es, con posterioridad a diciembre 17 de 1968, se concluye

⁶ Entró en vigencia en diciembre 17 de 1968, ya que fue publicado en el Diario Oficial No. 32673 de esa fecha.

que dicho factor fue creado por las mencionadas autoridades territoriales sin tener competencia para ello. Motivo por el cual tales disposiciones se tornan inaplicables y, por ende, se imposibilita el reconocimiento de la aludida prima extralegal.

6.3.3. HECHOS PROBADOS

Como hechos debidamente probados en el presente asunto, tenemos los siguientes:

- Obra copia del Decreto No. 011 de enero 12 de 1994, expedido por el Alcalde del Municipio de Candelaria, Valle del Cauca, a través del cual nombra a la señora TERESA DE JESÚS BALLESTEROS -identificada con cédula de ciudadanía No. 29.345.109-, en el cargo de profesora municipal⁷.
- La señora BALLESTEROS OROZCO tomó posesión del prementado cargo en enero 16 de 1994⁸.
- De acuerdo con certificado de historia laboral expedido el 04/08/2016 por el Subsecretario Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, la demandante ejerce el cargo de docente de preescolar en propiedad en la Institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria situada en el Municipio de Candelaria. Asimismo se constata que la misma tomó posesión del cargo en febrero 27 de 2004, según nombramiento efectuado mediante acto administrativo No. 2004-03356D, al cual se le ha dado continuidad a través de actos administrativos posteriores⁹.
- Se allegó copia simple certificado de grado expedido por el Secretario General de la Universidad del Quindío, en el que se indica que la señora TERESA DE JESÚS BALLESTEROS obtuvo el título de *"LICENCIADO EN EDUCACIÓN BASICA PRIMARIA"* en mayo 24 de 1994¹⁰.
- Mediante Resolución No. D-0321 de septiembre 23 de 2011, expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, se ascendió a la demandante al grado 14 en el Escalafón Nacional Docente regido por el Decreto 2277 de 1979¹¹.
- Se acredita mediante certificado No. 1334, de fecha agosto 31 de 2016, signado por funcionario de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, que la demandante durante los años 2014 y 2015 devengó: asignación básica mensual, prima de servicios, prima vacacional anual, prima de navidad anual y bonificación mensual. En el año 2015, adicionalmente percibió bonificación de difícil acceso. De enero 1 de 2016 a julio 31 de 2016 recibió asignación básica mensual, prima de servicios y bonificación mensual¹².

⁷ Folio 21 cuaderno único.

⁸ Acta de posesión vista a folio 20 del expediente.

⁹ Folio 11 y 12 cuaderno único.

¹⁰ Folio 22 cuaderno único.

¹¹ Folio 23 cuaderno único.

¹² Folio 57 y 58 ibídem.

7. CONCLUSIÓN FRENTE AL CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, tenemos que la demandante pretende que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca le negó el reconocimiento de la prima académica creada en la Ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968, y consecuentemente, se ordene el reconocimiento de este emolumento y el pago de las sumas de dinero que resulten de ello.

De conformidad con el análisis que en acápite anteriores realizó el Despacho en torno a la vigencia y legalidad de la prima académica deprecada por la demandante, diáfamanamente se infiere que ésta no tiene derecho al reconocimiento de dicho factor salarial.

En efecto, como se dijo antes, mediante el artículo 5º del Decreto departamental 1435 de agosto 11 de 1978, modificado por el artículo 1º del Decreto 1102 de junio 12 de 1980, se restringió el pago de la citada prima sólo a aquellos docentes licenciados de educación básica media de primera y segunda categoría que la percibieron hasta la vigencia del Decreto 1379 de agosto 22 de 1977 y a quienes estando vinculados a esta fecha -agosto 22 de 1977- se encontraran estudiando Licenciatura de Educación y obtuvieran el título respectivo antes de diciembre 30 de 1982.

Teniendo en cuenta los hechos probados en el proceso, se estableció que la señora TERESA DE JESÚS BALLESTEROS OROZCO se vinculó al magisterio como docente municipal en enero 16 de 1994 y como docente departamental financiado con recursos del Sistema General de Participaciones en febrero 27 de 2004. Esta circunstancia conlleva a afirmar, sin lugar a equívocos, que ésta no se encuentra dentro de los presupuestos establecidos en los señalados decretos para ser beneficiaria de la prima académica que nos ocupa, en tanto su vinculación como docente oficial del Departamento del Valle del Cauca se surtió con posterioridad a agosto 22 de 1977, fecha límite de vinculación fijada en la norma para el reconocimiento de dicho factor salarial.

Incluso, la vinculación de la demandante es posterior a la entrada en vigencia del Decreto-Ley 0715 de abril 20 de 1978¹³, en cuyo artículo 6 dispuso que los docentes que se vincularan al magisterio o cambiaran de categoría a partir de su fecha de expedición, recibirían la asignación básica que corresponda a su categoría en el escalafón nacional, y en el artículo 11, prohibió a las autoridades territoriales modificar el régimen salarial y prestacional de los docentes sometidos a las disposiciones del mismo, es decir, los docentes nacionales y los territoriales que fueron nacionalizados en virtud de la Ley 43 de 1975, toda vez que éstos adquirieron el carácter de servidores públicos del orden nacional sujetos al régimen salarial y prestacional previsto para estos últimos.

¹³ “Por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales correspondientes a las distintas categorías del magisterio y se dictan otras disposiciones”.

Significa lo anterior que la actora se vinculó al servicio educativo estatal cuando los actos administrativos territoriales que crearon la prima ahora reclamada, habían perdido fuerza ejecutoria (Art. 66-2 C.C.A.)¹⁴, y por disposición legal, no podía el Departamento del Valle del Cauca ordenar el pago de la misma.

A lo anterior se suma que al momento en que se expidió la Ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968 y los Decretos 556 de marzo 27 de 1974 y 1379 de agosto 22 de 1977¹⁵, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca y Gobernador del Valle del Cauca carecían de competencia para fijar factores salariales como la prima académica a favor de los educadores territoriales.

En ese orden de ideas, se concluye, por una parte, que la demandante no cumple los presupuestos señalados en el artículo 5º del Decreto departamental 1435 de agosto 11 de 1978, modificado por el artículo 1º del Decreto 1102 de junio 12 de 1980, para acceder a la prima académica extralegal por ella solicitada y, por la otra, que la Asamblea y el Gobernador del Valle del Cauca carecían de competencia para crear dicho factor salarial y, por ende, es improcedente su reconocimiento.

Corolario de lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda.

8. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre dispondrá sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1º del artículo 365 ib.¹⁶, entre otras cosas, establece que:

“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación¹⁷:

“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.” (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el

¹⁴ Norma vigente para la fecha de vinculación de la actora al magisterio.

¹⁵ Por los cuales se creó la prima académica.

¹⁶ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

***“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*“(...) **8.** Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por lo argumentado precedentemente.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez