

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No.117

Santiago de Cali, julio treinta y uno (31) de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 76001-33-33-005-2015-00350-00
Demandante: Gosferlino Benítez Zapata
Demandado: Municipio de Santiago de Cali
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 el señor GOSFERLINO BENÍTEZ ZAPATA en contra del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1.** Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, surgido por la petición realizada en abril 21 de 2015 –radicación No. 2015PQR17014- ante el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, en la que se solicitó el reconocimiento y pago de la prima académica, consistente en 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 MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, el reconocimiento, y el reporte de la información al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de todos los maestro regidos por el Decreto 2277 que tendrían derecho al 15% de la Prima Académica, según lo dispuesto por la Ordenanza 125 de 1968, desde marzo 24 de 2012 hasta la fecha en que se haga efectivo su pago y se regularice el mismo, dada la condición que tiene el demandante de docente estatal licenciado y por estar cobijado por un régimen salarial y prestacional especial.

- 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. El señor GOSFERLINO BENÍTEZ ZAPATA labora para el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI como docente de tiempo completo desde marzo 21 de 1995.
- 2.2. El servicio lo ha prestado de manera personal y continua, encontrándose subordinado a las autoridades educativas del Ente Territorial demandado, lo mismo que del establecimiento en el cual fue ubicado para desempeñar su labor.
- 2.3. Al demandante no le ha sido cancelada la prima académica, equivalente al quince por ciento (15%) del salario básico.
- 2.4. En abril 21 de 2015 se radicó ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI petición tendiente al reconocimiento y pago de la Prima Académica, sin que se le haya dado respuesta.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demandante cita como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 25, 29 y 53;
- Ordenanza 125 de 1968: Artículo 3;
- Ley 91 de 1989: Artículo 2;
- Decreto 1440 de 1992: Artículo 1;
- Circular 001 de agosto 28 de 2002: Numeral 1 del acápite 5;

Igualmente efectúa una transcripción literal de las mismas.

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, rige desde su sanción ocurrida en noviembre 29 de 1968, quedando 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.

Precisa el Acto Legislativo 01 de 1968, que entró a regir en diciembre 11 de 1968, con posterioridad a la Ordenanza 125 de 1968, estableció que a las Asambleas por medio de ordenanzas les correspondía determinar a iniciativa del gobernador, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, y a los Gobernadores les atribuyó la fijación de emolumentos. En tal sentido, dice, a partir de dicho Acto Legislativo las asambleas no tenían facultad para crear salarios o factores salariales, lo cual se reiteró en la Constitución de 1991.

Concluye que, en cumplimiento de del mandato constitucional, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca expidió la Ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968 Indica que de acuerdo con el Acto Legislativo citado, lo que autorizó la Asamblea fue un aumento salarial y no una prima extralegal.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda y expresa que se atiene a los hechos que se prueben dentro del proceso.

Manifiesta que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI recibió de la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA la planta de docentes y directivos, con los correspondientes salarios y prestaciones sociales de conformidad con lo establecido en las normas del orden nacional que rigen la materia, lo cual se paga con recursos del Sistema General de Participaciones.

Dice que la prima académica correspondía a una prestación extralegal que nació a la vida jurídica a través de la Ordenanza No. 125 de diciembre 21 de 1968, y era cancelada con recursos propios del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. Sin embargo, con la expedición de la Ley 715 de diciembre 21 de 2001, dicho Ente Territorial se vio en la obligación de suspender el pago de la prima en mención.

Refiere que el demandante fue vinculado sin solución de continuidad, tomando posesión del cargo en las mismas condiciones que traía del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. En consecuencia, el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, en calidad de entidad certificada en educación, viene reconociendo y pagando sus emolumentos conforme a lo señalado en la Constitución Política y la ley en su condición de docente.

Indica que las entidades territoriales han acatado la directriz contemplada en la Directiva Ministerial No. 014 de agosto 14 de 2003, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, en el sentido que no puede realizarse ningún pago con cargo al Sistema General de Participaciones, y que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 38 ibídem, *“cualquier 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 esta”*.

Señala que la prima académica se reconoció a los docentes licenciados de los establecimientos de educación media, por valor del 20%, únicamente en el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

Hace referencia a los de los Decretos 1379 de agosto 22 de 1977, 1435 de 1978 y 1102 de junio de 1980, que aluden a la prima académica.

Menciona que la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA reconocía y pagaba las asignaciones salariales tales como: prima académica, bonificación a licenciados, auxilio de transporte, prima de clima, prima vacacional, entre otras, antes de la Ley 43 de 1975, que nacionalizó la educación, lo que significa que los pagos se efectuaron cuando el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CUACA era el nominador y pagaba con sus propios recursos; estos pagos los realizó hasta mediados de abril de 2002, porque a partir de allí el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, asumió la planta docente y se empezó a cancelar con cargo al Sistema General de Participaciones toda nómina del personal docente.

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.

Como síntesis de lo expuesto, afirma que no es posible otorgarle al demandante un pago por dicha prestación, toda vez que no hay norma ni sustento jurídico del orden nacional que le permita al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI pagarla.

Transcribe un extracto de sentencia de la Sección del Consejo de Estado de fecha julio 14 de 1995, dictada dentro del proceso distinguido con la radicación número: 5408, en la que se aborda el tema de la prima académica creada en la Ordenanza 125 de 1968.

Propuso como excepciones de fondo: i) carencia del derecho, ii) cobro de lo no debido, y iii) innominada.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante:

Resalta que la ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968, que creó la prima académica a favor de los docentes licenciados, rige a partir de su sanción en noviembre 29 de 1968. Y que no es cierto que ese emolumento sólo se reconoce a los docentes de educación básica de primera y segunda categoría, porque esta ordenanza no hace ningún tipo de distinción al respecto.

Menciona que según el artículo 54 del Acto Legislativo 3 de 1910, las Asambleas

estaban facultadas para establecer el régimen salarial de los docentes.

Refuerza su argumento, citando un aparte de la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del proceso distinguido con la radicación número: 150012331000200700902-01, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se afirma que la prima académica es un factor salarial y que es de orden legal y no extralegal.

2. Parte demandada:

Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y en ese orden de ideas, que se nieguen las pretensiones de la misma, teniendo en cuenta que la prima solicitada fue creada por la entidad territorial del orden departamental sin tener competencia para ello, pues la misma radica en cabeza del Congreso de la República, por lo que considera que su reconocimiento deviene en ilegal e inconstitucional.

3. Agente del Ministerio Público:

Refiere 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 (diciembre 31 de 1975) 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 del artículo 2, numeral 2, de la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2569 de 1990.

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 tanto, deben ceñirse únicamente a lo dispuesto por la ley. Que este aspecto se ratifica con lo dispuesto en el literal e del numeral 19 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, prescribía, 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 el demandante, en calidad de docente oficial, tiene derecho a que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI 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 al demandante el derecho reclamado.

6.3.1. MARCO NORMATIVO DE LA PRIMA ACADÉMICA RECLAMADA

La prima académica reclamada por el 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 al 20%, 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, dicho artículo 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 dispuso 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 la asignación básica sería la correspondiente a su categoría en el escalafón nacional. Igualmente el artículo 11 ibídem, prohibió a las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales, del Distrito Especial de Bogotá y a las juntas administradoras de fondos 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. Como también prohíbe que las autoridades territoriales modifiquen el régimen salarial y prestacional de los docentes sometidos a las disposiciones del aludido decreto.

Por lo consiguiente, de acuerdo con tal 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, después de la entrada en vigencia del prementado decreto, mediante el artículo 5º del Decreto departamental 1435 agosto 11 de 1978, modificado por el artículo 1º del Decreto departamental 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. Es decir, que conservó ese beneficio a quienes tenían un derecho adquirido y estableció un régimen de transición para aquellos docentes que se habían vinculado antes de agosto 22 de 1977 y se encontraran estudiando Licenciatura de Educación.

Adicionalmente, tener en cuenta que posteriormente se expidió el Decreto 2277 de

1979 (Estatuto Docente), en el que se creó el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñaban la profesión docente en los distintos niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional. Esta norma consagró en el artículo 3º que los educadores que prestan sus servicios en entidades del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, eran empleados oficiales de régimen especial y que, una vez posesionados, quedaban vinculados a la administración por las normas previstas en ese decreto.

Una década después, mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se estableció que de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirían sus obligaciones prestacionales con el personal docente, diferenciando para el efecto entre el personal nacional (docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional), personal nacionalizado (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975) y el personal territorial (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975).

Al respecto, el inciso 2º del párrafo único del artículo 2 ibídem, precisó que “...Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En igual sentido, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993¹, precisó respecto a la administración del personal que:

“...El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.” (Se resalta).

Asimismo el artículo 21 de la Ley 715 de 2001, fijó límites al crecimiento de los costos educativos con cargo Sistema General de Participaciones y prohibió a las entidades territoriales crear prestaciones y bonificaciones con cargo a los recursos de dicho Sistema. A su vez la citada Ley dispuso en el inciso tercero del artículo 38, que “A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta”.

¹ “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Se infiere entonces que incluso durante el proceso de descentralización de la educación estatal establecida en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, no se faculta a las entidades territoriales para reconocer factores salariales y prestacionales distintos a los establecidos por la ley o de acuerdo con esta.

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 2014:²

“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 territorial³ 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 empleados⁴, 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 local⁵ 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 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.

² 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).

³ Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

⁴ 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.

⁵ 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.

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:⁶

*“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”. (Se resalta).*

De lo anterior se extrae que hasta la fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían potestad de fijar sueldos o factores salariales para sus empleados, sin embargo, con posterioridad a tal fecha esa facultad quedó en cabeza del Congreso y de legislador extraordinario, situación que se mantuvo en vigencia de las Constituciones Políticas de 1886 (después de diciembre 17 de 1968) y de 1991. Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional aquellas autoridades nunca han tenido competencia para crear 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.

En efecto, 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. Ello, por cuanto (i) 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; (ii) el Gobierno Nacional señala los límites máximos en los salarios de los empleados públicos territoriales; (iii) las asambleas y los concejos determinan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias,

⁶ 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).

según la categoría del empleo que se trate; y por último (iv), los gobernadores y alcaldes fijan los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y los concejos municipales a través de las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Se reitera, 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.

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, para determinar si un factor salarial 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 un 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 1968⁷, 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.

Así las cosas, en el *sub lite* se tiene que tanto la Ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968, por medio de la cual la Asamblea Departamental del Valle del Cauca creó una prima académica a favor de los educadores licenciados que prestaran sus servicios al Departamento del Valle del Cauca, 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; por lo tanto lógico es concluir que dicho factor salarial fue creado por las mencionadas autoridades territoriales sin tener competencia para ello.

Siendo así, las disposiciones en comento se tornan inaplicables y, por consiguiente, se imposibilita el reconocimiento de la aludida prima extralegal. Aclarar

En punto al tema, es pertinente precisar que si bien la citada ordenanza fue proferida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca en noviembre 29 1968, también lo es que la misma fue sancionada y promulgada por el Gobernador del Valle del Cauca en diciembre 21 de esa misma anualidad, es decir, que entró en vigencia cuando ya estaba rigiendo el Acto Legislativo 1 de diciembre 11 de 1968, que le quitó a las corporaciones y a los mandatarios territoriales y locales la facultad para crear factores salariales como la prima académica.

A lo anteriormente argumentado se agrega que el Consejo de Estado en sentencia de julio 14 de 1995⁸, advirtió que con la nacionalización de la educación oficial, la

⁷ Entró en vigencia en diciembre 17 de 1968, ya que fue publicado en el Diario Oficial No. 32673 de esa fecha.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, C.P. Álvaro Lecompte Luna, radicación número: 5408, actor: José Jesús Sarmiento Idáraga y demandado: Departamento del Valle del Cauca y Gobierno Nacional.

Ordenanza 125 de 1968 dejó de regir al haber perdido su fuerza ejecutoria. Al efecto la alta Corporación indicó:

“...sin que sea de recibo el argumento del libelista en el sentido de que la ordenanza 125 de 1968 que la creó no establecía tal discriminación, pues dicha ordenanza dejó de regir al producirse la “nacionalización” de la enseñanza oficial a esos niveles, de conformidad con el numeral 2o. del artículo 66 del C.C.A.”

6.3.3. HECHOS PROBADOS

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

- En marzo 1 de 1995 el demandante tomó posesión, ante el despacho del señor Alcalde, del cargo de Docente Escalafón 01, dependiente de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, según nombramiento efectuado mediante el Decreto No. 0156 de febrero 20 de 1995, emanado de la Alcaldía de Santiago de Cali⁹.
- Se allegó copia simple del acta de grado No. 98-0387 y diploma, aditados diciembre 5 de 1998, en los que certifica el título de Licenciado en Administración Educativa otorgado por la Universidad de San Buenaventura de Cali al señor GOSFERLINO BENITEZ ZAPATA¹⁰.
- Acta de grado No. 3084 de febrero 24 de 2001 y diploma de la misma fecha, por medio de los cuales la Fundación Universitaria Monserrate de Bogotá otorgó el título de Especialista en Educación y Orientación Familiar al señor BENÍTEZ ZAPATA¹¹.
- Mediante certificado No. 4224 de marzo 9 de 1988 y diploma de julio 24 de 1976 se acredita que la Escuela Normal Departamental para Varones de Cali otorgó el título de Maestro al demandante¹².
- Mediante Resolución No. 41.43.0.21.5870 de agosto 20 de 2013, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali, se ascendió al demandante al grado 14 en el Escalafón Nacional Docente¹³.
- Se acredita mediante comprobantes de pago de los meses de enero y marzo de 2015, que el señor BENÍTEZ ZAPATA devengó durante ese periodo: bonificación mensual, sueldo de vacaciones y sueldo básico¹⁴.
- En abril 21 de 2015 el demandante solicitó a la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, el reconocimiento y pago de la prima académica,

⁹ Información contenida en el acta de posesión 77 de marzo 1 de 1995, cuya copia reposa a folio 8 del expediente.

¹⁰ Folios 9 y 10.

¹¹ Folios 11 y 12.

¹² Folios 13 -15.

¹³ Folio 16.

¹⁴ Folios 20 y 21.

equivalente al 15% del salario básico y a la que considera tiene derecho por ejercer la labor como docente de enseñanza básica secundaria y media¹⁵.

7. CONCLUSIÓN FRENTE AL CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, tenemos que el demandante pretende que se declare la nulidad del acto ficto o presunto acusado, por medio del cual el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI 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 acápites anteriores se realizó en torno a la vigencia y legalidad de la prima académica deprecada por el demandante, diáfananamente se infiere que éste 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.

De acuerdo con los hechos probados, el señor GOSFERLINO BENÍTEZ ZAPATA fue nombrado por el Alcalde de Santiago de Cali mediante Decreto No. 156 de febrero 28 de 1995 en el cargo de Docente Escalafón 01, tomando posesión del mismo en marzo 1 de 1995, por lo que, sin lugar a equívocos, es dable afirmar que no se encuentra dentro de los presupuestos establecidos en los señalados decretos para ser beneficiario de la prima académica que nos ocupa, primero, porque su vinculación como docente oficial del Municipio de Santiago de Cali se surtió con posterioridad a agosto 22 de 1977, fecha límite de vinculación fijada en la norma para tener derecho a dicho factor salarial, y segundo, porque dicha prima fue establecida para los docentes licenciados al servicio del Departamento del Valle del Cauca y el demandante no demostró haber laborado para ese Ente Territorial.

Incluso, la vinculación del demandante es posterior a la entrada en vigencia del Decreto-Ley 0715 de abril 20 de 1978¹⁶, en donde se 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 –Art. 6-, y prohibió a las autoridades territoriales modificar el régimen salarial y

¹⁵ Folios 3-6.

¹⁶ “Por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales correspondientes a las distintas categorías del magisterio y se dictan otras disposiciones”.

prestacional de los docentes sometidos a las disposiciones del mismo –Art. 11-, esto es 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.

Significa lo anterior que el actor 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.)¹⁷, y por disposición legal, no le era permitido al Departamento del Valle del Cauca ni al Municipio de Santiago de Cali ordenar el pago de la misma.

A lo anterior se suma que al momento en que se sancionó y promulgó la Ordenanza 125 de diciembre 21 de 1968 y se expidieron los Decretos 556 de marzo 27 de 1974, 1379 de agosto 22 de 1977¹⁸ y demás decretos reglamentarios, tanto la Asamblea Departamental del Valle del Cauca como el 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 el 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 él 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.¹⁹, 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 interpretación²⁰:

*“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).*

¹⁷ Norma vigente para la fecha de vinculación del demandante al magisterio.

¹⁸ Por los cuales se creó la prima académica.

¹⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁰ 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.**

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 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, procédase a **LIQUÍDAR** los gastos del proceso, a los remanentes si los hubiere y a **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez