



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA No. 045

Popayán, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-33-004-2014-00341-01
Demandante: Arturo Gerardo Rodríguez Rengifo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-FNPSM y otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2016, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fol. 15 c. ppal. 1)

Arturo Gerardo Rodríguez Rengifo, solicitó que se declare la nulidad de i) la Resolución No. 1481-09-2013 del 18 de septiembre de 2013, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de cesantías definitivas en su favor; y ii) de la No. 2424-12-2013, por medio de la cual se resolvió de manera negativa el recurso de reposición interpuesto contra la primera.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento de *“una CESANTIA DEFINITIVA con la inclusión además de la asignación básica mensual, los dominicales y festivos, las horas extras, el auxilio de transporte, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, deben incluirse la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones, de conformidad con lo ordenado por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de*

2010, dentro del expediente con número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09)".

Que las sumas reconocidas sean indexadas y que se dé cumplimiento a la sentencia.

1.2. Como HECHOS, alegó los siguientes: (fol. 14-15 c. ppal. 1)

Que laboró como docente nacionalizado entre el 21 de diciembre de 1981 y el 1º de febrero de 2013, siendo beneficiario del sistema retroactivo de las cesantías.

Que se le efectuaron dos pagos parciales de cesantías reconocidos mediante las resoluciones No. 184 del 27 de marzo de 2000, por valor de \$8.739.142, y No. 1181 del 18 de junio de 2008, por \$39.761.626.

Que mediante Resolución No. 1481 del 18 de septiembre de 2013, se le reconoció la suma de \$89.383.670, por concepto de liquidación de cesantía definitiva; valor al que se descontó la suma de \$48.500.768, por concepto de cesantías parciales.

Que a efectos de realizar la liquidación de la cesantía definitiva, se tuvieron en cuenta los siguientes factores: sueldo, prima vacacional, prima de navidad; sin que se tuvieran en cuenta los factores salariales a que tiene derecho.

Que contra la anterior decisión interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera negativa.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

1.3.1 NORMAS VIOLADAS:

Constitucionales: 4, 13, 25, 53, y 209.

Legales: leyes 43 de 1975 y 91 de 1989, artículo 1; decretos 2712 de 1999 y 1045 de 1978.

1.3.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Que como el actor se vinculó como docente el 11 de diciembre de 1981, esto es, con anterioridad a la Ley 91 de 1989, se le aplica el régimen retroactivo de las cesantías.

Que al momento de liquidar sus cesantías definitivas, debió *“aplicarse lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable a los empleados públicos que venían vinculados y cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, por disposición expresa del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, que ordenó que la liquidación de las prestaciones sociales de dichos servidores, goza del mismo régimen establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”*.

Que, por lo mismo, además de la asignación básica mensual, los dominicales y festivos, las horas extras, el auxilio de transporte, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, debían tenerse en cuenta la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones; factores que no se tuvieron en cuenta en su totalidad por la demandada.

2. LA CONTESTACIÓN

2.1. DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA (fol. 45-61 c. ppal. 1)

Se opuso a las pretensiones de la demanda y alegó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el argumento de que los actos demandados fueron expedidos por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, pero en nombre y representación del Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dicha excepción fue resuelta de manera favorable en la audiencia inicial del 16 de junio de 2016 (fol. 124-126).

2.2. DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fol. 97-102)

Presentó su contestación de manera extemporánea.

3. SENTENCIA APELADA (fol. 140-143 c. ppal. 1)

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, expuso que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la cesantía del actor debe liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicios, computando todo el tiempo trabajado, teniendo en cuenta el último salario devengado, salvo que haya tenido modificaciones en los 3 últimos meses;

caso en el cual se tendrá en cuenta el salario promedio del último año y computando todo aquello que implique directa o indirectamente, retribución ordinaria y permanente de servicios.

Que conforme al certificado de salarios consecutivo No. 1450 del 13 de julio de 2016, el actor devengó, entre el 1° de enero de 2012 al 6 de febrero de 2013, los siguientes factores salariales: asignación básica, pago Incapacidad común ambulatoria, pago sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones docentes; y como en la Resolución No. 1481 del 18 de septiembre de 2013, por medio de la cual se reconocieron las cesantías retroactivas, se tuvieron en cuenta los factores de sueldo, prima vacacional y prima de Navidad, concluyó que *“la liquidación de las cesantías retroactivas se realizó con el último sueldo y el demandante no devengó algún factor diferente a los que ya se tuvieron en cuenta, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda”*.

4. LA APELACIÓN (fol. 150-156 *ib.*)

La parte actora solicitó la revocatoria del fallo de instancia, argumentando que para la liquidación de las cesantías se debió utilizar lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable a los empleados públicos que venían vinculados y cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, por disposición expresa del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, que ordenó que la liquidación de las prestaciones sociales de dichos servidores, se haría de la misma manera que para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Que por ello, *“se cuestionó la legalidad de los actos administrativos demandados por la no inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, sin que el Despacho de instancia se pronunciase sobre el particular”*.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La demandada presentó sus alegatos de forma extemporánea.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Judicial II Delegada para Asuntos Administrativos no rindió concepto de fondo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. EL EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN

En el presente asunto, se pretende la nulidad de las resoluciones No. 1481-09-2013 del 18 de septiembre de 2013, proferida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas; y la 2424-12-2013 del 18 de diciembre de 2013, que resolvió el recurso de reposición; esta última notificada el 27 de enero de 2014 (fol. 12 c. ppal.).

Por ello, la parte tendría, en principio, hasta el 28 de mayo de 2014, para interponer la demanda. Sin embargo, como en esta fecha -28 de mayo de 2014- se radicó la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, audiencia que se declaró fracasada el 22 de agosto del mismo año (fol. 2-4 c. ppal. 1), y se presentó la demanda el mismo día (fol. 26 *ib.*), se concluye que se intentó dentro de los cuatro (4) meses de que trata el literal “d” del artículo 164-2 del CPACA.

3. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra limitada “a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único”.¹

Circunstancia que aparece consignada en los artículos 320² y 328³ del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia

¹ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 abril de 2018, Radicación: 05001 2331 000 2001 03068 01, exp. 46005.

² ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

³ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]»Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada, siempre que estén en consonancia con los cargos de la demanda y la *causa petendi* determinada en la misma.

Corresponde a la Sala determinar si el demandante, en su calidad de docente nacionalizado, tiene derecho a que sus cesantías le sean reliquidadas con la inclusión de la prima de servicios. Ello en atención a que los argumentos de la apelación se limitan a solicitar el reconocimiento de dicho factor en la referida liquidación.

4. EL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS PARA LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en su artículo 1º, realizó la clasificación de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales; en el artículo 2º estipuló que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta la fecha de su promulgación 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; por su parte el artículo 4º previó que el personal docente debe ser automáticamente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al cual corresponde atender las prestaciones sociales de los nacionales y los nacionalizados. Las normas señaladas rezan así:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.⁴

(...)

Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).

⁴ Artículo 10º de la Ley 43 de 1975.- *“En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.”*

prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera: 1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

(...)

Artículo 4º. “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación (...).”

En relación con el régimen prestacional, dice en su artículo 15, numeral 1º:

“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 1 de enero de 1990, para efectos 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.”

Y específicamente en relación con el tema del auxilio de cesantías en el numeral 3º del artículo 15, dispone:

“A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de

diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

De lo anterior, se deduce que la Ley 91 de 1989, tuvo como propósito el respeto por los derechos adquiridos de los docentes vinculados por las entidades territoriales y su afectación por el proceso de nacionalización de la educación, y la fijación de un régimen laboral unificado, que a partir de su promulgación, consistiría en el amparo de aquellos al régimen prestacional de los servidores del orden nacional.

El sistema prestacional de la Ley 91 de 1989, es entendido como un todo, de carácter especial y, como se vio, en su artículo 15, dispuso que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial; mientras que a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, sin distinción de su vinculación (nacional, nacionalizada o territorial), se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

De ello, se deduce que en materia de cesantías, a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les respetaría el régimen prestacional aplicable en la respectiva entidad territorial, y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, sin distinción de su vinculación, se les aplicaría el régimen de cesantías de los empleados del orden nacional. Tal aspecto no se vio afectado por la Ley 344 de 1996.

Esta posición se ajusta al entendimiento que sobre el tema tiene la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B. En este sentido, en su jurisprudencia esa Corporación explica que respecto de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989 regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

- i) Docentes nacionalizados, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
- ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

En sentencia del 18 de julio de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado⁵, concluyó que *“No le asiste razón al demandante cuando alega que*

⁵ Radicación No. 63001-23-33-000-2015-00128-01 (1100-17), CP: William Hernández Gómez

por ser un docente vinculado con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1º de enero de 1990. En conclusión, en el presente asunto, toda vez que el demandante se vinculó (el 3 de febrero de 1994) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, el reconocimiento de sus cesantías se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, el régimen anualizado, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, como lo declaró el a quo”.

Y en sentencia del 26 de noviembre de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, se reiteró lo siguiente:

“De la lectura de estas normas, se concluyó en la sentencia del 30 de noviembre de 2017 que “i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses”⁷.

En similar sentido en la providencia del 31 de mayo de 2018 se señaló que a todos los docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990 se les aplica el sistema anualizado de cesantías, así:

“60. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

(...)

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁸, 1848 de 1969⁹ y 1045 de 1978¹⁰, o que se expidan

⁶ Radicación número: 20001-23-39-000-2016-00535-01(0469-18), CP: César Palomino Cortes.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, sentencia del 30 de noviembre de 2017, proceso con radicado 70001-23-33-000-2014-00290-01 (4992-15)

⁸ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

¹⁰ «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996¹¹ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989 consagró un sistema anualizado, así:

(...)

*62. Así, en virtud de lo dispuesto por la citada Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:*

i) Destinatarios: Docentes (nacionales o nacionalizados) vinculados desde el 1º de enero de 1990);

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período¹²". (Negritas y subrayado del texto original)

También en Sentencia de Unificación CE SUJ2 de 14 de abril de 2016, sobre la prima de servicios docente, se explicó que la intención de la Ley 91 de 1989, fue unificar el sistema laboral – prestacional de los docentes oficiales a partir de 1 de enero de 1990, sin desconocer los derechos adquiridos por disposición de las entidades territoriales a las que estuvieran adscritos.

De lo que se deduce que en materia de cesantías, a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les respetaría el régimen prestacional aplicable en la respectiva entidad territorial, y a los docentes vinculados desde 1990, sin distinción de su vinculación, se les aplicaría el régimen de cesantías de los empleados del orden nacional, sin que esto se haya visto repercutido por la Ley 344 de 1996.

En otras palabras, las cesantías de los docentes territoriales o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se rigen por el sistema de retroactividad, y las cesantías de los docentes nacionales y de los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 –sin hacer distinción entre nacionales y territoriales- se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

¹¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 20001-23-33-000-2014-00111-01 (4331-15)

5. DE LA PRIMA DE SERVICIOS EN EL SECTOR DOCENTE.

5.1. La prima de servicios fue creada a través del Decreto 1042 de 1978 “*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional*”, para los funcionarios a quienes se les aplica dicho decreto, en los siguientes términos:

“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 15 días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año”. (Se subraya)

En efecto, dicha normativa contempló unas excepciones a su aplicación y excluyó de manera expresa a los docentes oficiales, tal como se observa en el artículo 104:

“Artículo 104. De las excepciones a la aplicación de este decreto. 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”. (Se destaca)

Posteriormente, con la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y respecto de las prestaciones de los docentes el artículo 15, señaló:

“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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

Parágrafo 2. 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”.

Solamente, a través del Decreto 1545 de 2013, se estipuló el reconocimiento de la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, en los siguientes términos:

“Artículo 1. Prima de servicios. Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan:

1.- En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.

2.- A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

Parágrafo. La prima de servicios que se establece en el presente Decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año”.

5.2. Este Tribunal, en sentencias del 4 de julio de 2014¹³ y 19 de junio de 2014¹⁴, reconoció, en un primer momento, la prima de servicios a favor de los docentes del orden territorial, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la Ley 115 de 1994 y la Ley 812 de 2003, y, con base en la posición planteada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección A, en la sentencia de 22 de marzo de 2012¹⁵, donde se determinó que a los docentes del orden territorial les asistía el derecho al reconocimiento de la prima de servicios prevista en el Decreto 1042 de 1978.

No obstante, mediante las sentencias TA-DES 002-ORD.013-2014¹⁶ y TA-DES 002-ORD.015-2014¹⁷, ambas de 26 de febrero de 2015, reformuló la

¹³ Expediente: 19001233300820130016501, Demandante: Freddy Humberto Daza, Demandado: Departamento del Cauca; Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Magistrado Ponente: Carlos H. Jaramillo Delgado.

¹⁴ Expediente: 19001-33-31-008-2013-00182-01; Actor: Ramiro Urbano Rodríguez; Demandado: Departamento del Cauca; Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Magistrado Ponente: Naun Mirawal Muñoz.

¹⁵ Radicación número: 68001-23-31-000-2001-02589-01(2483-10), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

¹⁶ Expediente: 19001-33-31-008-2013-00219-02. Actor: Laura María Gaviria. Demandado: Departamento del Cauca-Secretaría de Educación. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho– segunda instancia.

¹⁷ Expediente: 19001-33-31-006-2013-00229-02. Actor: Alba Nidia Moncayo Zúñiga. Demandado: Departamento del Cauca-Secretaría De Educación. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho– segunda instancia.

tesis que había sostenido. Para llegar a dicha conclusión, se analizó la naturaleza de la prima de servicios, el régimen especial de los docentes y la posición de la Corte Constitucional respecto de la imposibilidad de trasladar disposiciones de un régimen a otro (C- 402 de 2013). Así, en la actualidad, sostiene el Tribunal que no es procedente el reconocimiento de la prima de servicios a favor de los docentes oficiales.

5.3. Por su parte, el Consejo de Estado, atendiendo la problemática presentada por la diversidad de criterios disímiles dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre el reconocimiento de la prima de servicios establecida en el Decreto Ley 1042 de 1978 a favor de los docentes oficiales, procedió, de conformidad con las facultades establecidas en la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011, a unificar la jurisprudencia en relación con ese tema.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de Sala Plena de 14 de abril de 2016, expediente CE-SUJ215001333301020130013401, respecto del reconocimiento de la prima de servicios en favor de los docentes, nacionales y nacionalizados, unificó su posición en los siguientes términos:

“6.- Reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales.

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el referido asunto:

6.1. La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.

6.2. En aplicación de la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, la seguirán percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador, plasmada en dicha norma, consistió en respetar los derechos adquiridos de los maestros públicos que estuvieran en la situación descrita.

6.3. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de

servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario.

6.4. Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En tal virtud, los docentes oficiales nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

6.5. Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

6.6. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013¹⁸, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.

Habiendo precisado, con el auxilio de los métodos de interpretación legal aplicados a la Ley 91 de 1989, las reglas jurisprudenciales que en lo sucesivo deberán tenerse en cuenta por esta jurisdicción al resolver controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, procede la Sala a realizar el estudio del caso en concreto”.

5.4. El Alto Tribunal expuso tanto los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de la prima de servicios para los docentes oficiales, y abordó la jurisprudencia sobre la materia, haciendo uso de las reglas y métodos de interpretación de la ley a través de un ejercicio hermenéutico y secuencial así: i) el empleo del método histórico de manera conjunta con el teleológico o finalista para determinar la voluntad o intención del legislador al tramitar la Ley 91 de 1989; ii) la aplicación del método sistemático para establecer el contexto de regulación de las normas que regulan la materia, junto con la Ley 91 de 1989; iii) la interpretación literal con miras a despejar el sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y iv) la aplicación del método de interpretación de acuerdo a la Constitución.

¹⁸Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Respecto de los métodos de interpretación histórico y teleológico, señaló que, en virtud de los antecedentes legislativos de la Ley 91 de 1989, no se podía concluir que la intención del legislador era la de crear la prima de servicios a favor de los docentes oficiales, *“pues, teniendo en cuenta que para el momento de la discusión y aprobación de dicha norma se encontraba vigente la exclusión contenida en el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, tendría que haberse formulado de manera clara y expresa el propósito de su creación o reconocimiento”*. Y que fue solo el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, el que creó la referida prima para este grupo de servidores a partir del año 2014.

En cuanto al método de interpretación sistemático o por contexto, indicó en las normas expresamente enunciadas en la Ley 91 de 1989, no se creó la prima de servicios a los docentes oficiales; tampoco en las leyes 60 de 1993¹⁹, 115 de 1994²⁰, 715 de 2001²¹, 812 de 2003²², 1650 de 2013²³, ni en el Decreto 1272 de 2002²⁴. Que sólo el Decreto 1545 de 2013²⁵, estableció la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir del año 2014.

Apelando al método de interpretación gramatical o literal, sostuvo que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, regula respecto de los docentes oficiales dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación. Bajo esa perspectiva, manifestó que el verbo *“continuar”* referido en el parágrafo 2, de acuerdo con su significado en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española²⁶, hace alusión a *“seguir haciendo lo comenzado”*. Por lo tanto, el correcto entendimiento de esa disposición normativa es que las prestaciones que *“continuarán”* a cargo de la Nación son aquellas que ya habían sido reconocidas a los docentes oficiales nacionalizados, entre ellas la prima de servicio, máxime, que el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, los excluyó de su aplicación.

Finalmente, en lo que al método de interpretación conforme a la Constitución se refiere, explicó que resultaba improcedente aplicar: i) un

¹⁹ 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.

²⁰ Por la cual se expide la Ley General de Educación.

²¹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

²² Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario, que en el artículo 81, alude al régimen prestacional de los docentes oficiales.

²³ Por la cual se reforma parcialmente la Ley 115 de 1994, antes referenciada.

²⁴ Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

²⁵ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

²⁶ <http://dle.rae.es/?id=AVlj6Y4>.

juicio o test de igualdad entre el régimen de los docentes oficiales y la generalidad de los empleados públicos, por tratarse de diferentes regímenes salariales y prestacionales de conformidad con jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto cada uno responde a requerimientos específicos de las entidades del Estado. Además, que mediante la C-402 de 2013, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “*del orden nacional*” contenida en varios apartes del Decreto Ley 1042 de 1978; ii) el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, ya que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, no reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios consagrada en el Decreto Ley 1042 de 1978, por lo que no existe ningún tipo de renuncia a esa prestación, dado que la legislación no la contempló para ellos; iii) el principio constitucional de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de Derecho, por cuanto la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, no ofrece ninguna duda seria y objetiva, la argumentación que se le opone deviene en “*acomodaticia*” y constituye “*una aproximación errada frente al verdadero sentido*” de la norma; y iv) la no regresividad de los derechos sociales, pues, se requiere de la existencia previa de una disposición normativa que consagre el respectivo derecho, lo que no ocurre con la prima de servicios que reclaman los docentes oficiales, ya que para ellos no existía norma que les hubiere reconocido esa prestación.

La anterior posición ha sido reiterada de manera pacífica por el Consejo de Estado al concluir que el personal docente vinculado “*con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 se le aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto 1042 de 1978, norma que a pesar de consagrar la prima de servicios, en su artículo 104 excluyó de su aplicación a los docentes oficiales*”²⁷.

6. CASO EN CONCRETO

6.1. En la primera instancia se negaron las pretensiones encaminadas a la reliquidación de las cesantías definitivas del actor, por lo cual la demandante, en su alzada, adujo, exclusivamente, que debía incluirse la prima de servicios como factor en la liquidación de su prestación social.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, reguló dos situaciones frente a los docentes oficiales, atendiendo la naturaleza de su vinculación. En primer lugar, respecto a los docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para quienes sus prestaciones

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), C.P. William Hernández Gómez, radicación número: 08001-23-33-000-2014-01576-01(3213-16).

económicas y sociales se mantendrán bajo el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. En segundo lugar, frente a los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), cuyas 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 la Ley 91 de 1989.

En el presente caso, el actor se vinculó con anterioridad a la Ley 91 de 1989, lo que implica tenerlo como beneficiario del régimen retroactivo de cesantías. Empero, se aclara, tal situación no se debate en este asunto, ya la apelación de la parte actora se limita a que le sea incluida la prima de servicios en la liquidación de sus cesantías definitivas; aspecto sobre el cual discurrirá la Sala a continuación.

6.2. De conformidad con la línea del Tribunal, la cual va en consonancia con la sentencia de unificación del Consejo de estado²⁸, donde se definieron las reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, se tiene, entre otras, que la Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional. Por el contrario, el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, excluyó expresamente de su regulación a los educadores en todos sus niveles.

6.3. No se desconoce la excepción contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, según la cual, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, la seguirían percibiendo.

Sin embargo, se aclara, quienes no venían devengándola porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario.

6.4. Según se observa en el Certificado de Salarios No. 1450 del 13 de julio de 2016 (fol. 5-7 c. pbas.), el actor estuvo vinculado hasta el día 06 de febrero de 2013 y no devengó la prima de servicios como factor salarial.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 14 de abril de 2016, radicación número: 15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Tampoco se demostró que en el municipio de Miranda o en el Departamento del Cauca, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, estuviera vigente norma territorial alguna que haya creado a favor de su planta docente oficial la prima de servicios y, mucho menos, se resalta, que el actor la haya devengado durante ese interregno, por lo que no tiene derecho a su reconocimiento.

Así, de conformidad con el precedente arriba expuesto, el demandante, en su calidad de docente, solo tendría derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios en los términos del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013²⁹, es decir, a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual y, del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.

Pero como se retiró desde el mes de febrero de 2013, esto es, con anterioridad a la expedición del Decreto 1545 del mismo año, no puede tenerse como beneficiario de la prima de servicios solicitada, máxime cuando, se itera, tampoco la venía devengando.

6.5. Por otra parte, el recurrente sostuvo que para la liquidación de las cesantías se debió utilizar lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable a los empleados públicos que venían vinculados y cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, por disposición expresa del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, que ordenó que la liquidación de las prestaciones sociales de dichos servidores, se haría de la misma manera que para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Ello en consideración a lo planteado por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de marzo de 2010, emitida en el expediente 63001233100020030112501(0620-09), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sin embargo, en el fallo de unificación del 14 de abril de 2016³⁰, el Consejo de Estado desestimó dicho argumento normativo –Decreto Ley 1919 de 2002- y recogió dicha posición jurisprudencial, bajo las siguientes consideraciones:

“Así las cosas, en aplicación de los métodos de interpretación histórico y teleológico, se concluye que el legislador de 1989 no tuvo intención de reconocer ni extender a todos los docentes oficiales, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978, y en consecuencia se mantiene la exclusión que respecto de ellos consagrada en el artículo 104 ibídem.

²⁹ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

³⁰ Radicación número: CE-SUJ2-15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14)

En ese sentido, no es válida la argumentación expuesta por FECODE y SINDODIC tendiente a afirmar que como la voluntad del legislador de 1989 era equiparar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales al de los empleados públicos del orden nacional, se entiende reconocida a su favor la prima de servicios creada en el Decreto 1042 de 1978 a favor de estos últimos.

Las anteriores consideraciones, realizadas con ocasión de la aplicación del método de interpretación histórico y teleológico para interpretar la Ley 91 de 1989, permiten desestimar el argumento jurisprudencial según el cual, todos los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, tienen derecho a la prima de servicios, en aplicación del Decreto Ley 1919 de 2002³¹ que extendió a los empleados públicos territoriales el régimen prestacional de los servidores públicos del orden nacional, en la medida que se pudo verificar que no fue esta la voluntad o intención del legislador en 1989.

Se concluye de lo hasta aquí expuesto, que la intención o voluntad del legislador, al proferir la Ley 91 de 1989, no era la de crear o extender a favor de los docentes oficiales la prima de servicios; sino, la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales a partir de 1990, equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional, dejando a salvo la exclusión de los beneficios del Decreto Ley 1042 de 1978, sin detrimento de los derechos adquiridos consignados en las disposiciones de las entidades territoriales, por lo que, en los artículos 2 y 15 de dicha ley se estableció la regla según la cual, los docentes nacionalizados vinculados hasta ese momento, mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial". (Se subraya)

De lo anterior se observa que el Alto Tribunal, en aplicación del método de interpretación histórico y teleológico, desestimó el argumento jurisprudencial señalado en la demanda³², según el cual, todos los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, tendrían derecho a la prima de servicios, en aplicación del Decreto Ley 1919 de 2002³³, que extendió a los empleados públicos territoriales el régimen prestacional de los servidores públicos del orden nacional; ello "*en la medida que se pudo verificar que no fue esta la voluntad o intención del legislador en 1989*".

Por ello, contrario a lo afirmado por el recurrente, en el caso de los docentes nacionalizados, antes territoriales, no resultan aplicables las previsiones del Decreto Ley 1919 de 2002, ya que este regula el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial; pero no así el de los docentes oficiales.

³¹ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial

³² Señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 2010, dentro del expediente con número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

³³ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial

6.6. Debe tenerse en cuenta que no resulta posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto, que, como lo puntualizó el Consejo de Estado, los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su condición de empleado público. Sobre este punto, en el fallo de unificación se explicó:

“Resumiendo lo dicho por la jurisprudencia constitucional, la sola existencia de diversos regímenes laborales y prestacionales no viola per se el derecho a la igualdad, ello en atención a las características peculiares de cada uno de ellos, por lo que la comparación entre estos regímenes distintos no resulta conducente porque se partiría de supuestos de hecho que no son idénticos, lo que imposibilita el juicio o test de igualdad.

En este caso, la demandante asegura que la administración le prodiga un trato desigual, puesto que, a la generalidad de los empleados públicos les es reconocida la prima de servicios, no así a los docentes oficiales, como ella.

Ello significa, que con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima aludida, la actora considera que a su situación prestacional le debe ser aplicada, en virtud de su derecho a la igualdad, la normatividad que regula la materia para los empleados públicos del orden nacional, contenida en el Decreto Ley 1042 de 1978 y, para los empleados públicos del orden territorial en el Decreto Ley 1919 de 2002.

Así las cosas, a partir del criterio fijado por la jurisprudencia constitucional y teniendo en cuenta que la comparación propuesta por la demandante es entre los docentes oficiales y la generalidad de los empleados públicos, no es posible realizar un juicio o test de igualdad, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no tiene vocación de prosperidad”.

De esta manera, el Alto Tribunal determinó la improcedencia de aplicar un juicio o test de igualdad respecto de regímenes salariales y prestacionales disímiles, partiendo de la base de que el régimen de prestaciones de los docentes es distinto a de la generalidad de los empleados públicos.

6.7. En suma, no está demostrado que el actor devengara la prima de servicios como factor salarial, máxime cuando a la fecha en que se expidió el Decreto 1545 de 2013³⁴ -19 de julio de 2013-, aquel ya estaba retirado del servicio; y como tampoco se acreditó que la entidad territorial a la cual estaba adscrito, creara dicho emolumento mediante norma de carácter territorial, se impone la confirmación del fallo de instancia, bajo el entendido de que al demandante no le asiste derecho en la inclusión de la prima de

³⁴ Por el cual se estableció la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir de 2014.

servicios como factor salarial a tener en cuenta en la liquidación de las cesantías definitivas.

7. CONDENA EN COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso, señala: *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda (...)”*. Y como en este caso el recurso de apelación resultó desfavorable a la parte demandante, esta debe igualmente ser condenada en costas de segunda instancia y se fijarán como agencias en derecho el equivalente al 0.5 % del valor de las pretensiones solicitadas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP, las agencias en derecho deberán liquidarse por el Juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, al tenor de lo expuesto.

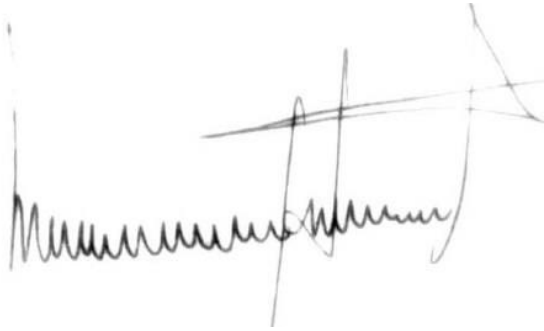
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ