



**Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de
Tunja**

Tunja, veintiocho (28) de julio de dos mil quince (2015)

Sentencia N° 075

MEDIO DE CONTROL : Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
DEMANDANTES : Henry Gómez Pinzón, Clara Inés Galindo de Cuervo
y Nubia Cristina Ortiz Ortiz.
DEMANDADO : Municipio de Tunja.
RADICACIÓN : 150013333003-2013-00130-00.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, y una vez agotados las etapas procesales correspondientes al medio de control, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, bajo la siguiente línea de argumentación.

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones (Fl.1-2).

En suma, la parte actora expuso las siguientes:

En primer término, solicitó se declare la Nulidad del Oficio No, SE-M-CART-3504 del 03 de diciembre de 2012, suscrito por el ALCALDE del MUNICIPIO DE TUNJA, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación; establecida en la Ley 91 de 1989 en favor de los demandantes.

Que como consecuencia de las declaraciones, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se condene al MUNICIPIO DE TUNJA al reconocimiento, liquidación y pago de las PRIMAS DE SERVICIO, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN en favor de los demandantes, a partir de la fecha de su vinculación como docentes; se ordene la inclusión en nómina y se cancelen los valores adeudados.

De igual forma solicitó condenar a la Entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el Artículo 192 y al pago de las costas conforme al artículo 188 del CPACA.

Por último señala que la entidad demandada debe dar estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2. Fundamentos de hecho (Fl.2-3).

En síntesis se expusieron los siguientes:

Sostuvo la apoderada que los demandantes HENRY GÓMEZ PINZON, CLARA INES GALINDO DE CUERVO Y NUBIA CRISTINA ORTÍZ ORTÍZ están vinculados al servicio de la Educación Pública oficial.

Adujo que el artículo 15 de la ley 91 de 1989, en su párrafo 2, ordena que 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.

Añadió que hasta la fecha de presentación de la demanda, la entidad accionada no ha cancelado el valor de la prima de servicios ordenada en la norma mencionada y que ni la Nación ni la entidad territorial han reconocido la prima reclamada a pesar de estar consagrada legalmente y ordenado su pago por ley, siendo equivalente a 15 días de salario por el año completo de servicio o en forma proporcional, a razón de a una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre (Decretos 3135/68, 1848/69, 1045/78, artículos 58,59 y 60 del decreto 1042 de 1978, ley 91 de 1989).

Alegó que solicitó a la entidad el reconocimiento, liquidación y pago de la PRIMA DE SERVICIO, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN el cual fue negado mediante el acto administrativo demandado.

Finalmente efectuó un análisis de las sentencias C-461 de 1995 y, C-168 del mismo año, así como del artículo 21 del C.S.T.

1.3. Normas violadas y Concepto de violación (fls.3-11).

Consideró que se vulneraron los artículos 1, 13 y 53, de la Constitución Política.

De orden legal señaló que La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, refiriéndose en su artículo 15 a las prestaciones de los docentes.

Sostuvo además que el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, reafirma las previsiones contenidas en la norma anterior, añadió que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales de los docentes.

Refirió que resulta claro que los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1° de enero de 1990, quedaron comprendidos dentro las regulaciones de carácter salarial y prestacional de los demás servidores públicos, que se encuentran consignados entre otros, en los Decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, pues el listado de las normas no debe tenerse como taxativo y estima que en lo que tiene que ver con la prima de servicios, se debe remitir al artículo 58 del Decreto 1042 de 1978.

De igual forma trajo a colación sentencias de varios Tribunales Administrativos del país y de la Corte Constitucional referentes al reconocimiento de la prima de servicios, entre otras, la T-1066 de 2012.

Concluyó señalando que es procedente el reconocimiento y pago de la prima de servicios, por tratarse de un factor contemplado dentro del régimen que debe ser aplicado a los docentes, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y los parámetros fijados por el Consejo de Estado a todos los docentes de las instituciones estatales independientemente del régimen prestacional especial.

Por ultimo advirtió que, los demandantes, tienen el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, más aún cuando existe un precedente constitucional como lo es el reciente fallo de tutela Sentencia T-1066/12; además de ello consideró que el propio Consejo de Estado ha respaldado la tesis de reconocer la prima de servicios como factor salarial.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fls. 131 - 157)

Señaló que de manera expresa se opone a la prosperidad de todas las pretensiones, así como a las condenas solicitadas en la demanda.

Arguyó que la Ley 91 de 1989 no creó la PRIMA DE SERVICIOS como lo entienden los demandantes, contrario a ello, el verdadero sentido de la norma fue la creación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Alegó que a partir del Decreto 1545 del año 2013, se estableció dicho factor salarial en virtud del acuerdo suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y FECODE el 21 de Mayo del mismo año, y conforme a los ajustes presupuestales que para el efecto se han hecho en relación a dicho acuerdo, con cargo al Sistema General de Participaciones según lo establecido en la Ley 715 de 2001, con lo cual se logró que para el 2014 la prima de servicios sea equivalente a siete días y a partir del 2015 a 15 días de salario.

Refirió que el cargo en el que se vinculó la parte demandante fue creado con presupuesto del Municipio, pero señaló, que el régimen prestacional era el de un docente nacional o nacionalizado.

Sostuvo que el Parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece que 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.

Indicó que las normas transcritas establecen que el régimen docente previsto por las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no prevén el reconocimiento

de la prima de servicios para los educadores que tienen el carácter de nacionales o nacionalizados, de acuerdo a lo establecido por la Ley 91 de 1989.

Solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda y consecuentemente se abstenga de emitir condena en contra el Municipio de Tunja-Secretaría de Educación; y que se tenga como prueba el Decreto Número 1545 de fecha 19 de julio de 2013: "Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas del preescolar, básica y media", pidió además que en caso de que se acceda a las pretensiones de los demandantes, de acuerdo a las competencias asignadas por la ley, se condene al Ministerio de Educación Nacional como quiera que dicha Entidad es la encargada de destinar los recursos con cargo al Sistema General de Participaciones tal y como lo contempla la Ley 715 de 2001.

Propuso como excepciones las siguientes: 1) Inexistencia del derecho reclamado, 2) La connotación que otorga la Ley 91 de 1989 contiene un expreso mandato de regulación prestacional y difiere de la salarial en tanto con ella no se busca dar la creación de una prima de servicios, ni de la bonificación, sino regula aspectos atinentes a las prestaciones sociales del magisterio, ambos son dos aspectos diferentes, 3) Ilegalidad del petitum, 4) Entrada en vigencia del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, 5) No haber órgano distinto al Departamento Administrativo de la Función Pública para consultar en el asunto objeto de la presente, 6) Prescripción y, 7) Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Municipio de Tunja – Secretaría de Educación.

Al respecto debe advertirse que en audiencia celebrada el 27 de febrero de 2015 (fls. 199-201), se señaló por el juzgado que las cinco primeras correspondían a argumentos de oposición de la demanda, que se resolverían con el fondo de la controversia, en cuanto a las de prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del municipio de Tunja, se sostuvo que se resolverán en tanto resulten procedentes los derechos reclamados.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (fl. 234-237). La parte actora indicó como aspectos principales de sus alegatos que se encuentra probado en el proceso, que los demandantes laboran al servicio público de la educación en el municipio de Tunja, que la entidad

territorial no ha pagado la prima reclamada, equivalente a 15 días de salario por el año completo de servicio o en forma proporcional, y que el artículo 15 de la ley 91 de 1989 en su parágrafo 2 ordena: 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. En último lugar, hizo alusión a jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-1016/12, respecto al reconocimiento y pago de la prima de servicios.

Parte demandada. Municipio de Tunja (fls. 251-257).

Sus alegatos fueron radicados de forma extemporánea, dado que el último plazo para su presentación en término venció el día 13 de abril de 2015; allegándose el escrito de alegaciones finales, hasta el día 16 de abril del mismo año.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El representante del **Ministerio Público** no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la *litis*.

5.1 Problema Jurídico:

La controversia se contrae a determinar, si los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS, y en consecuencia sí debe declararse la nulidad del acto administrativo contenido en el OFICIO SE-M-CART-3504 del 3 de diciembre de 2012, proferido por el municipio de Tunja.

Lo anterior no sin antes precisar que si bien en la demanda se solicitó condenar al ente territorial al reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y por recreación, lo cierto es que de forma posterior se

desistieron las pretensiones frente a las dos últimas, al respecto ver los folios 77, 100 y, 200.

Para resolver el problema jurídico es necesario adentrarse en el estudio de los siguientes ítems:

i. La prima de servicios es factor salarial o prestacional, ii. Es posible reconocer la prima de servicios a los empleados de un orden diferente al nacional, con base en el Decreto 1919 de 2002 que ordenó hacer extensivo el régimen prestacional de los empleados del orden nacional a los de los demás órdenes, iii. Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978 iv. Por disposición del párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tienen los docentes del orden territorial, el derecho al reconocimiento de la prima de servicios.

5.1.1. Regulación de la Prima de Servicios - es factor salarial o prestacional.

El 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 del orden nacional, se fijan escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones*" en sus artículos 1°, 58, 59, 60 y 104, estableció el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios para los empleados públicos del orden nacional, fijando su carácter salarial y la base para su liquidación y pago proporcional, exceptuando al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, en los siguientes términos:

" ARTICULO 58. LA PRIMA DE SERVICIOS: *Los funcionarios a quienes se aplica el presente decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año "*

ARTICULO 42. DE OTROS FACTORES DE SALARIO. *<Modificado por los Decretos anuales salariales> Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario:*

a) *Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*

b) Los gastos de representación.

c) La prima técnica.

d) El auxilio de transporte.

e) El auxilio de alimentación.

f) La prima de servicio.

g) La bonificación por servicios prestados.

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Y el artículo 104 señaló:

" ...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. Declarado exequible sentencia Corte Constitucional 566 de 1997. . . " (negrilla del despacho)

Emerge de las normas transcritas, que el Decreto 1042 de 1978 indica con claridad que para los empleados del orden nacional la "**La prima de servicios**" es, **factor salarial y no uno prestacional**. Destáquese que en este sentido existe una posición unificada del Consejo de Estado, en la que se señala que el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, solo contempla elementos salariales¹.

5.1.2. Es posible reconocer la prima de servicios a los empleados de un orden diferente al nacional, con base en el artículo 1 del Decreto 1919 de 2002 que ordenó hacer extensivo el régimen prestacional de los empleados del orden nacional a los de los demás órdenes.

Para resolver ese interrogante debe estudiarse el contenido del Decreto 1042 de 1978 artículo 1 y, el Decreto 1919 de 2002 artículo 1 Nótese:

El Decreto 1042 de 1978. Artículo 1º.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009) Consejero Ponente: Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo .Radicación: 1.956Número único: 11001-03-06-000-2009-00038-00.Referencia: FUNCIÓN PÚBLICA. Aplicación del decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación núm.: 11001 0315 000 2013 02125 01. Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDIMARCA. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante. (Negrilla y subraya fuera de texto) NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

Decreto 1919 de 2002. Artículo 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas. (Negrilla y subraya fuera de texto)

De las normas transcritas y de lo previsto en el artículo 48 del Decreto 1042 de 1978, se puede concluir que NO es viable reconocer la prima de servicios a los empleados de un orden diferente al nacional, con base en el Decreto 1919 de 2002, porque la prima reclamada no tiene carácter prestacional sino salarial, según lo establece el Decreto 1042 de 1978, en consecuencia no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, pues esta disposición lo que autorizó fue únicamente a extender el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, entre otros, a los empleados del nivel central y descentralizado en los niveles departamental, distrital y municipal, quedando excluidos de su ámbito de aplicación los factores salariales.

Bajo esa línea de análisis debe indicarse que en reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado se ha estudiado el tema de la bonificación por servicios prestados, contemplada también en el decreto 1042 de 1978 y sobre la cual se ha solicitado hacer extensiva la bonificación a los empleados de un orden distinto al nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, señalando:

*“Aunado a lo expuesto, es pertinente agregar que como quiera que la bonificación por servicios prestados cuya titularidad reclama el demandante, no tiene carácter prestacional, sino salarial según lo establece el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, en principio no es posible aplicar lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1919 de 2002², pues dicha disposición lo que autoriza es aplicar el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, entre otros, a los empleados del nivel del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, distrital y Municipal, y según lo visto la acreencia reclamada no goza de dicha naturaleza”.*³

En esta misma providencia del 23 de octubre de 2008, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que la pretensión de reconocimiento de la bonificación por servicios prestados no podía prosperar pues se trata de una acreencia laboral de carácter salarial y no prestacional:

“El mencionado Decreto 1042 de 1978, se aplica para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional. A su turno, expresa el artículo 42 ibidem, que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios y se menciona como factor salarial la prima de servicios. Ahora bien, el artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional para los empleados públicos vinculados o que se vinculen, entre otros órganos a las Personerías Distritales.

En ese orden, examina la Sala, que la pretensión de la demanda referida al reconocimiento de la prima de servicios no tienen vocación de prosperidad por cuanto el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002 dado que dicha acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional⁴.

² “Artículo 1°. **Artículo 1.-** A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas”.

³ En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de octubre de 2008, dictada dentro del expediente No. 08001-23-31-000-2001-00881-01 (730-07), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Sentencia de la Sección Segunda – Subsección B; de 23 de octubre de 2008, con ponencia del Consejero doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 0730-2007, actor: Pierina Lucía Martínez Sierra.

En Sentencia del 13 de septiembre de 2012, esa Corporación reiteró lo antes señalado, manifestando que:

*“Tampoco se puede otorgar un reconocimiento, por el sólo hecho de que la citada Ordenanza no ha sido declarada nula, ni mucho menos pretender que se de aplicabilidad al **Decreto 1919 de 2002** pues, por un lado, a esta jurisdicción le es imposible acceder a cualquier pretensión cuando existe de por medio quebrantos al orden constitucional y legal, y por otro, porque **sólo se puede extender el citado marco normativo a los empleados públicos de cualquier nivel, cuando se trata del régimen prestacional, mas no, del salarial, como en el presente caso**”⁵. (Resaltado fuera de texto)*

En conclusión, no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1919 de 2002, pues esta disposición autorizó extender el **régimen de prestaciones sociales** señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, quedando excluidos de su ámbito los factores salariales contemplados en el decreto 1042 de 1978, entre ellos la prima de servicios. En otras palabras fuerza concluir que los empleados del nivel territorial no tienen derecho a percibir la prima de servicios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado en algunas ocasiones haciendo uso de la inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del Decreto 1042 de 1978 accedió a reconocer la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios a empleados de orden distinto al nacional, corresponde adentrarse en ese estudio.

5.1.3. Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978.

De entrada debe decirse que NO, porque la sentencia C-402 DE 2013 la Corte Constitucional zanjó la discusión que existía en torno a si era procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978 en el sentido de declararla ajustada a la Constitución. En la sentencia referida, la Corporación concluyó que en materia laboral es factible y legítimo que existan diferentes regímenes en razón a la diversidad que se presenta frente a la naturaleza y modalidad de la relación de trabajo o a los tipos de

⁵ Providencia de la Sección Segunda – Subsección B, de 13 de septiembre de 2012, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No. 2510-2011.

entidades (nacionales, departamentales, distritales, municipales), entre otras, sin que por eso se viole el principio de igualdad, en consecuencia, es constitucional la consagración de un régimen legal salarial específico o privativo para los funcionarios de la rama ejecutiva del nivel nacional, no aplicable a los de los niveles territoriales⁶.

Así, la H. Corte Constitucional en sentencia C-402 del 03 de julio de 2013- actor: Jairo Villegas Arbeláez-Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva referencia expediente: D-9388- estudió la constitucionalidad de la expresión “de orden nacional” llegando a la conclusión que la misma es exequible por las siguientes razones:

“(...) cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.”,

“13. Como se explicó en el fundamento jurídico 4.1., el primer problema jurídico que debe resolverse por parte de la Corte consiste en determinar si del literal e) del artículo 150-19 C.P. se deriva un mandato superior consistente en que el régimen salarial de los servidores públicos, tanto del orden nacional como territorial, debe ser adoptado en su integridad por el Gobierno, sin que ninguna otra autoridad pueda abrogarse esa facultad.

Para la Corte, el precedente analizado demuestra que esta conclusión se basa en una lectura apenas gramatical de la norma constitucional, desarticulada de otros preceptos cuya interpretación sistemática fundamenta la fórmula de armonización entre el Estado unitario y el grado de autonomía de las entidades territoriales, aplicable a la determinación del régimen salarial de los servidores adscritos a dichos entes locales.

En efecto, se ha explicado en esta sentencia que la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, se insiste de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas. (...)”

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LD CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación núm.: 11001 0315 000 2013 02125 01. Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDIMARCA. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

También se manifestó por el Tribunal Constitucional, que la existencia de una diferenciación de los regímenes prestacionales y salariales de los trabajadores de los distintos niveles no solo es una distinción que tiene origen y un sólido sustento constitucional, sino que además constituye una decisión que en virtud de lo reconocido por el artículo 243 de la Carta y de lo resuelto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-402 de 2013 ostenta el valor de cosa juzgada constitucional⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, con posterioridad a la sentencia C-402 de 2013, no es posible hacer extensiva la bonificación por servicios – prima de servicios⁸ al inaplicar por supuesta inconstitucionalidad la expresión “*del orden nacional*” pues iría en contravía con lo decidido por la Corte Constitucional y los efectos de cosa juzgada constitucional que se reconoce a los fallos que ésta profiere en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

Aunado a lo anterior, debe traerse a colación la Sentencia del 15 de mayo de 2014, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, donde frente a un caso similar se consideró que la autonomía e independencia judicial, de ninguna manera, conlleva el desconocimiento de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional de la sentencia C-402 de 2013, lo que impone la obligatoriedad de dar aplicación a dicho precedente constitucional.

Por su parte, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en Sentencia del 9 septiembre de 2014. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Expediente: 152383333002 201300156-01, Demandante Darwin Jesús Álvarez Mora, Demandado: Municipio de Cocuy. Resolvió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda tendiente a lograr el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones contempladas en el Decreto 1042 de 1978 a un empleado público del orden territorial, en ese fallo se indicó que:

“...Si un juez se aparta de lo señalado por la Corte Constitucional al examinar la norma frente a la Carta Fundamental, se pone en riesgo la

⁷ En sentencia C-720 de 2007 indicó que el efecto de cosa juzgada constitucional apareja al menos, dados sus efectos erga omnes, las siguientes consecuencias: “En primer lugar la decisión queda en firme, es decir, que no puede ser revocada ni por la Corte ni por ninguna otra autoridad. En segundo lugar, se convierte en una decisión obligatoria para todos los habitantes del territorio. Como lo ha reconocido la jurisprudencia, la figura de la cosa juzgada constitucional promueve la seguridad jurídica, la estabilidad del derecho y la confianza y la certeza de las personas respecto de los efectos de las decisiones judiciales.”

⁸ Contemplada en el Decreto 1042 de 1978

seguridad jurídica, con la virtualidad de poder ser estudiado en sede de tutela para buscar la protección de los derechos fundamentales, una vez agotados infructuosamente todos los recursos procedentes; ello por supuesto cuando, como en este caso, la ratio decidendi de la sentencia se dirige, sin ambages, a examinar la relación de igualdad entre el régimen de los empleados nacionales y el de los empleados territoriales, y concluye que a los empleados territoriales no puede aplicarse una norma que regula a los empleados del orden nacional”.

En este sentido véanse además las siguientes providencias:

Sentencia de fecha 24 de octubre de 2013, proferida en audiencia por este Despacho, dentro del radicado 150013333003-2013-00018-00 siendo demandante Martha Yaneth Ochoa Pinzón y demandado Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, mediante la cual se dispuso acceder a las pretensiones de la demanda al concluirse que los docentes del nivel territorial vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 1042 de 1978, en virtud de la remisión que hiciera el numeral 1 del artículo 15 de la ley 91 de 1989.

La anterior decisión fue apelada ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, correspondiendo la segunda instancia a la magistrada Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, quien mediante sentencia de segunda instancia de fecha 15 de julio de 2014, la confirma.

Sentencia de tutela de Segunda instancia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 26 de febrero de 2015, mediante la cual se revoca la sentencia de 29 de octubre de 2014, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, dentro del radicado 11001-0315-000-2014-02304-01 (AC) siendo demandante el Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, y demandando el Tribunal Administrativo de Boyacá y el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Tunja. En esta sentencia se dispone revocar la decisión de tutela de primera instancia, pues consideró que debía ampararse el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del Departamento de Boyacá, dejando sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá de 15 de julio de 2014, al determinar que los despachos judiciales accionados incurrieron en defecto sustantivo por no haber considerado la sentencia de constitucionalidad C-402 de 2013, en la que la Corte

Constitucional decidió sobre la constitucionalidad parcial del Decreto 1042 de 1978.

Sentencia de 30 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz, mediante la cual se da cumplimiento a la sentencia de tutela de segunda instancia del H. Consejo de Estado aplicando para el caso en concreto la sentencia C-402 de 2013, que precisó que las previsiones del Decreto Ley 1042 de 1978 sólo eran aplicables a los empleados nacionales y no a los territoriales, y en consecuencia revoca la sentencia de 24 de octubre de 2013 proferida por este Despacho que había accedido a las pretensiones de la demanda.

En conclusión, considera el Despacho que no es posible conceder el derecho a la prima de servicios a empleados de un orden distinto al nacional, teniendo en cuenta que tiene carácter meramente salarial, además, hacer extensivo un factor salarial consagrado para empleados del orden nacional a los de los niveles territoriales cuando la Ley no lo previó así, conllevaría el desconocimiento de lo señalado por la sentencia C-402 de 2013, por cuanto, como ya se anotó, la Corte avaló la existencia de una diferenciación de los beneficios reconocidos en los regímenes y estimó no solo que con ello no se vulnera el principio de igualdad, sino que además dejó sentado que de ese modo se desarrolla de forma adecuada las diferencias que la propia Constitución prevé en materia de régimen salarial y prestacional entre funcionarios del nivel nacional y territorial.

En último lugar resulta preciso determinar si la prima de servicios debe tenerse en cuenta como prestación social, por cuanto está contemplada dentro del régimen que debe ser aplicado a los docentes de acuerdo al parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tal y como la parte actora lo sostiene en su libelo introductorio.

Sobre el particular se tiene que dentro de la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, existen dos posiciones sobre el tema, una reconociendo el derecho y la otra negándolo.

En relación con la primera posición el H. Consejo de Estado en sentencia veintidós (22) de marzo de 2012⁹, reconoció a la demandante en su carácter de docente

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012), radicación número: 68001-23-31-000-2001-

territorial, el derecho al reconocimiento de la prima de servicios, por disposición expresa de la Ley 91 de 1989 en los siguientes términos:

“(..)Interpretando las disposiciones transcritas y salvo las excepciones leyes especiales, resulta claro que los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1° de enero de 1990, quedaron comprendidos dentro las regulaciones de carácter salarial y prestacional de los demás servidores públicos, que se encuentran consignados entre otros, en los Decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, pues el listado de las normas no debe tenerse como taxativo.(..)

Por consiguiente, encuentra la Sala que a la demandante en su carácter de docente territorial le asiste el derecho al reconocimiento de la prima de servicios, por disposición expresa de la Ley 91 de 1989.”

La otra tesis adoptada por el H. Consejo de Estado, ha sido expuesta en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, del Consejo de Estado con fecha 15 de junio de 2011¹⁰ y reiterado el 7 de diciembre de 2011¹¹, en esta última decisión se indicó:

“Al respecto, la Ley 91 de 1989 precisó en el artículo 15 su vigencia con el siguiente tenor literal:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o 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 efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

...”

02589-01(2483-10), actor: Teresa Hermencia Bautista Ramón, demandado: Municipio de Floridablanca, apelación sentencia – autoridades municipales.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Radicación No 68001-23-15-000-2001-02569-01 (0550-07), Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. 15 de junio de 2011.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Radicación No 68001-23-15-000-2001-02579-01 (2200-07), Magistrado Ponente DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. 7 diciembre de 2011.

Posteriormente, la Ley 115 de 1994 dispuso en su artículo 115, en cuanto al régimen especial de los educadores estatales, lo siguiente:

“El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.” (Se subraya).

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 ordenó:

“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.” (Se subraya).

De conformidad con las normas transcritas, se concluye que el régimen docente previsto por las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no prevé el reconocimiento de la prima de servicios para los educadores que tienen el carácter de nacionales o nacionalizados.¹² (Negrilla y subraya fuera de texto)

(...)

Como ya se indicó, en materia de prestaciones los empleados públicos docentes, vinculados por una entidad territorial, sólo son beneficiarios de aquellas prestaciones que el legislador haya deferido en su favor.

(...)

En consecuencia, esta Corporación no puede ordenar el reconocimiento de la prima de servicio porque, no existe un soporte normativo válido que la soporte y, por supuesto, esta clase de prestaciones no puede ser objeto de homologación con respecto a las demás planta de personal de empleados de otra índole laboral ni puede reconocerse con base en lo devengado por otros docentes en aplicación del principio de igualdad (artículo 13 de la Carta Política) como lo pretende la demandante” (...) (Negrilla y subraya fuera de texto)

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, C.P: Luis Rafael Vergara Quintero, siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), radicación número: 68001-23-15-000-2001-02579-01(2200-07), actor: Matilde Hernández de García, demandado: Municipio de Floridablanca.

Esta última postura será la que se acoja por esta instancia.

Para cerrar este acápite, cabe destacar, que la improcedencia del pago de la prima de servicios en el sector docente resulta tan evidente, que su reconocimiento solo se vino a efectivizar con la expedición por parte del Gobierno Nacional del Decreto 1545 de 2013, que dispuso el reconocimiento de la **prima de servicios para el docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media**, la cual, por disposición del mismo Decreto será cancelada a partir de 2014 en el equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año, y a partir de 2015, y en adelante, en el equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año, prestación esta que será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros 15 días del mes de julio de cada año.

5.1.4. Análisis y estudio del caso concreto.

De conformidad con las documentales obrantes en el expediente se pueden dar por acreditadas las siguientes circunstancias:

- Que los docentes demandantes han prestado sus servicios al Municipio de Tunja, como se desprende del acto administrativo acusado de nulidad y de los certificados de tiempo de servicios y de salarios allegados (16 a 23, y 205 a 212).
- Mediante escrito radicado el 14 de noviembre de 2012 a través de apoderado solicitaron el reconocimiento de la prima de servicios de acuerdo con el numeral 1º y 4º, párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1981 (36 a 38).
- El Municipio de Tunja mediante oficio SE-M-CART-3504 del 3 de diciembre de 2012 resolvió de forma desfavorable el derecho reclamado (16 a 23).

Vistas así las cosas y partiendo del recuento legal y jurisprudencial realizado en antelación, innegable resulta la obligatoriedad del precedente emanado de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-402 de 2013, pues al haber sido

declarada exequible la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, los factores salariales de los empleados públicos a nivel nacional y territorial no se encuentran en un mismo plano de igualdad y, por ende, no puede predicarse en el presente asunto el desconocimiento del artículo 13 de la Constitución Política y menos aún del artículo 53 ibídem.

En consecuencia, una vez estudiado el contenido del acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios a los demandantes como también el acervo probatorio, se advierte que no se reúnen las condiciones necesarias para acceder al reconocimiento de dicho emolumento, dada su condición de empleados públicos del orden territorial, toda vez que laboran al servicio de la Secretaria de Educación del Municipio de Tunja, por lo que no pueden ser beneficiarios de los factores salariales que están establecidos únicamente para los empleados del orden nacional.

Por lo expuesto, las pretensiones de la demanda deben ser denegadas.

5.2 Costas

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 188 del CPACA, 365 y 366 del Código General del Proceso, aplicable de acuerdo con la decisión proferida el 15 de mayo de 2014 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Rad. No. 44544 con Ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, así como el Acuerdo No. 1887 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará en costas a la parte demandante, para lo cual se fijará como agencias en derecho la suma de **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE**.

Por lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

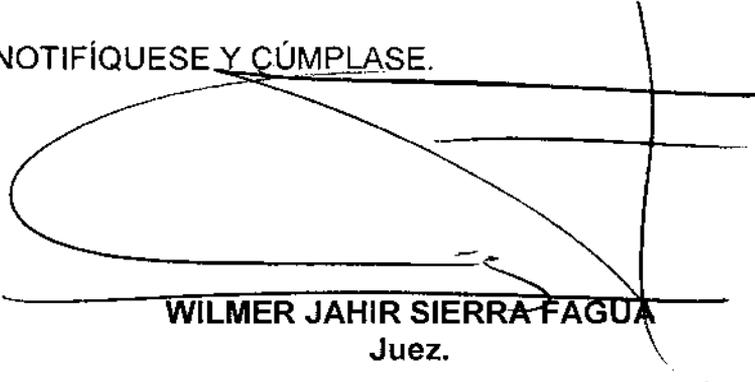
Primero.- Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte de motiva de este proveído.

Segundo.- Se condena en costas a la parte demandante. Líquidense oportunamente teniendo en cuenta el valor de las agencias en derecho determinado en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

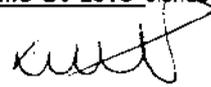
Cuarto.- En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



WILMER JAHIR SIERRA FAGUA
Juez.

eam

JUZGADO 3° ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por Estado Electrónico No. <u>74</u> de hoy <u>29 de julio de 2015</u> siendo las 8:00 A.M.
 XIMENA ORTEGA PINTO