



Consejo Superior
de la Judicatura

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, Siete (07) de septiembre de dos mil Quince (2015)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARTHA ISABEL MARTINEZ REINA
DEMANDADO:	DPTO DE BOYACA- SECRETARIA EDUCACION
RADICADO:	150013333008201400013800

Agotado el trámite procesal del Medio de Control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin advertirse causal de nulidad en la actuación, procede el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** a dictar sentencia atendiendo lo previsto en el art. 187 de la ley 1437 de 2011, para resolver la demanda que ha dado origen al presente proceso.

I. ANTECEDENTES;

La señora **MARTHA ISABEL MARTINEZ REINA**, por medio de apoderado, instaura **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, conforme al artículo 138 de la ley 1437 de 2011, contra el **DEPARTAMENTO DE BOYACA- SECRETARIA EDUCACION**, con el fin de obtener, en sentencia definitiva, resolución favorable a las siguientes;

1. PRETENSIONES (folio 2 y 3)

1. "Declarar La Nulidad del acto *FICTO O PRESUNTO*, constitutivo del *SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO*, relacionado con la petición presentada el día 26 de junio de 2013, respecto del reconocimiento y pago del *RETROACTIVO DE LA PRIMA DE SERVICIOS*.
2. Declarar la *NULIDAD* del acto administrativo u oficio No. 1.2.5-38-2013PQR26594, firmado por *GLADYS YANNETH MARINO BECERRA*, notificado mediante aviso el día 28 de febrero de 2014, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago del *RETROACTIVO DE LA PRIMA DE SERVICIOS* en sede de reposición.
3. Declarar que el demandante, por ser docente que labora al servicio de la secretaria de Educación de Boyacá, en el Establecimiento Educativo *FRANCISCO DE PAULA SANTANDER* ubicado en el Municipio de Ventaquemada Boyacá, dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Publico, tiene derecho a que se le reconozca el *RETROACTIVO DE LA PRIMA DE SERVICIOS*, por tratarse de empleado adscrito a las entidades enumeradas en el artículo 104 del decreto 1042 de 1.978 y ley 91 de 1989.
4. Condenar al *DEPARTAMENTO DE BOYACA-SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACA*, al reconocimiento y pago a favor del demandante al retroactivo de la prima de servicios, establecida en los artículos 58 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, decreto 1019 de 2002 y de conformidad con el contenido del artículo 15 de la ley 91 de 1989, a la docente *MARTHA ISABEL MARTINEZ REINA*, a partir del año 2010 hasta la fecha en que se haga efectiva esta prestación es decir cuando se otorgue mediante sentencia definitiva.

5. *Condenar a la parte pasiva a pagar el interés moratorio, liquidado mes a mes, sobre las sumas de dinero que mensualmente debía pagar a mi poderdante.*
6. *Condenar a la demandada a pagar los intereses comerciales, liquidados mes a mes, sobre las sumas de dinero que mensualmente debía pagar a mi poderdante. .*
7. *Condenar a la entidad demandada a indexar las sumas que resulten adeudadas a mi poderdante de conformidad con el índice de precios al consumidor, para la fecha en que salga sentencia.*
8. *Condenar a la entidad a darle cumplimiento a lo que se disponga en el fallo, en el termino establecido en el Art.192 de la ley 1437 de 2011..."*

2. HECHOS (folio 3)

"1. Mi representada se vinculo con el magisterio mediante el Decreto No. 006 del 6 de febrero de 1.995.

2. El día 26 de Junio del Año 2013, mi mandante presento por intermedio del suscrito apoderado, derecho de petición para el reconocimiento y pago de la prima de servicios, la cual no fue resuelta dentro de los 3 meses siguientes a la radicación, de conformidad a la ley 1437 de 2011.

3. De acuerdo al hecho anterior, interpuse recurso de reposición el día 24 de enero, contra el Acto Ficto o presunto (Silencio administrativo negativo.)

4. La Secretaria de Educación de Boyacá, mediante oficio No. 1.2.1.38-2013PQR26594 da respuesta al recurso de reposición, negando dicha prestación, la cual fue notificada el día 28 de febrero de 2014.

5. Ante lo anterior, procedí a radicar solicitud de conciliación ante la procuraduría el día 23 de abril de 2014, la cual se declaro fracasada el día 22 de mayo de 2014, por parte de la procuraduría 69 judicial administrativa I para Asuntos Administrativos.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Arguye como normas violadas La constitución política Art 13,25,53. Ley 4 de 1.972 Art 1. Ley 91 de 1.989 Art. 15 Decreto 451 de 1.984 Arts. 1 y 3 . Decreto 1919 de 2002. .

Considera que la entidad accionada viola la normatividad antes señalada, por cuanto al expedirse los actos administrativos de los cuales se buscan su nulidad desconocieron el mandato constitucional y vulneran el principio de igualdad y favorabilidad laboral, pues el demandante se le debe aplicar normatividad igual que los empleados públicos esto es Decreto 1919 de 2002.

Sostiene que las primas establecidas en el Decreto 1042 de 1.978 se debe aplicar a todo empleado publico sin ningún tipo de discriminación o desigualdad, ya que al denegar dicha prima se vulneran ciertos principios y garantías laborales, que no permiten que haya una identidad entre el régimen prestacional de los servidores públicos.

Para el caso en particular, argumenta que el no concederle la prima de servicios al demandante desencadena una desmejora de su situación laboral y prestacional a comparación de otros empleados, mas teniendo e cuenta que el régimen prestacional debe ser en la gran mayoría de los casos favorable al trabajador. Lo anterior, teniendo en cuenta que el simple ejercicio de las labores realizadas por la parte actora lo hacen merecedor de tal prerrogativa como quiera que la causación del derecho no se debe a un status sino por el contrario a labores comunes de realización.

Por consiguiente, señala que el régimen especial de los docentes no puede ser discriminado al régimen general bajo el sentido que instituciones como al Aeronáutica Civil, Ministerio de

Defensa, Policía Nacional entre otras sean acreedores de ciertos beneficios y los docentes no los tengan así gocen de un régimen exceptuado al general normado en el decreto 1042 de 1.978; lo anterior mas aun cuando los docentes pertenecen a la rama ejecutiva del poder publico ya sea de orden nacional o territorial.

II. TRAMITE PROCESAL;

1. Presentación y admisión;

La demanda fue radicada el once (11) de Junio de dos mil Catorce (2014) (fl.22); inadmitida mediante auto de fecha 31 de julio de 2014, (fl. 58) y admitida mediante auto de fecha 04 de septiembre de dos mil catorce (2014), (fl.64-67) ordenándose la notificación personal al representante legal de la entidad demandada, (DEPARTAMENTO DE BOYACA- SECRETARIA DE EDUCACION. MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL), igualmente a LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO y al AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DELEGADO ANTE ESTE DESPACHO JUDICIAL, igualmente al Demandante y su Apoderado. (fl. 66)

Mediante auto de fecha 21 de mayo de 2015, el Despacho fijo para el día 26 de Junio de 2015, la **audiencia inicial** que trata el artículo 180 del CPACA, (fls. 148-149), llegando el día y hora señalada se adelantó la audiencia, dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha, (fls. 156-162) y CD. (fl 163); en esta audiencia se fijó para el día 23 de Julio de 2015, a las 2:00 P.m. la realización de la audiencia de pruebas que trata el articulo 181 de la ley 1437 de 2011, fecha en la cual se realizó la precitada audiencia; dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha, (fls. 173-175) y CD. Fl. 176, fecha en la cual se incorporaron la totalidad de las pruebas decretadas como quedó en el registro de audio y video (fl.176), y se ordenó correr traslado para alegar, señalando a las partes que debían presentar por escrito alegatos dentro de los diez días siguientes al desarrollo de la audiencia, de igual manera se le recordó al Ministerio Publico que dentro de la misma oportunidad si a bien lo tenía, podía presentar el correspondiente concepto; superado el termino de traslado y dentro de los 20 días siguientes se proferiría la sentencia (fl. 175).

Una vez notificado el auto admisorio de la demanda al representante legal de DEPARTAMENTO DE BOYACA-SECRETARIA DE EDUCACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, el día 29 de Septiembre de 2014, (fls. 71) vencido el termino de 25 días de que trata el artículo 199 de la ley 1437 de 2011, (fl. 75), empezó el termino de los 30 días de traslado que trata el artículo 172 del CPACA, tal como se observa en la constancia secretarial,(fl. 78); término que venció el 25 de marzo de 2015; dentro de este término la entidad demandada procedió a contestar la demanda, así;

2. Contestación de la Demanda;

• DEPARTAMENTO DE BOYACA; (fls. 79-94)

Se opone a todas y cada una de las pretensiones planteadas, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho y solicita que se absuelva y se condene a la parte actora en costas.

Aduce que la ley 91 de 1989 contempla lo referente a la prima de servicios, pero que en ningún momento crea factor salarial o prestación social alguna, tampoco los requisitos para acceder a las mismas. Aunado a lo anterior fue la ley 91 de 1989 quien creo el Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio y la prima de servicios, como lo pretende hacer entender la parte demandante. Sostiene que para probar la violación del derecho a la igualdad de la parte actora debe existir una discriminación entre iguales frente a casos similares e idénticos, situación que no se cumple en el precitado caso, por cuanto de acuerdo a los documentos allegados que obran en la Hoja de Vida de la demandante, así como la normatividad del régimen salarial, y prestacional de docentes no se puede acceder al reconocimiento de prima de servicios contemplada en el artículo 42 y 58 del Decreto 1042 de 1.978, ya que no hace parte de la remuneración del régimen especial de carrera docente previsto en la ley, a sabiendas que están excluidos en forma expresa del ámbito de aplicación del Decreto.

Es claro, que el demandante interpreta de manera distinta lo normado en el Decreto 1042 de 1.978 en lo que atañe al campo de aplicación y régimen de excepciones del Decreto 1042 de 1.978, al ignorar la imposibilidad de incorporar al sistema específico de la carrera docente, salarios o prestaciones que rigen solo para el régimen de carrera administrativa, como es el caso de la prima de servicios creada por esa norma. Lo anterior, teniendo en cuenta que las disposiciones del decreto establecen los niveles de empleo, factores de salario entre ellos la prima de servicios, los cuales se aplican únicamente a los servidores públicos de la rama ejecutiva que laboran en los organismo del nivel nacional y no al personal docente de los distintos organismo de la rama ejecutiva artículo 104 literal B Decreto 1042 de 1.978.

Ahora bien, sustenta la entidad demandada que al acceder al reconocimiento solicitado, se estaría ante una violación ostensible y grave de la ley 4 de 1.992 al modificar asignaciones salariales a este grupo de servidores públicos, por cuanto pertenecen a un régimen especial de carrera y están sujetos a una regulación particular y específica, que en caso extremo de ordenar su eventual pago desencadenaría una actuación irregular y carente de todo fundamento jurídico. Además de lo anterior ninguno de los decretos salariales expedidos en favor de los docentes nombrados al amparo del Decreto 2277 de 1979, contemplan dentro de las asignaciones un factor denominado prima de servicios consagrado en Decreto 1042 de 1978.

Es por esto que si la ley 91 de 1989 hubiese modificado el régimen prestacional especial de los docentes oficiales, dicha reforma habría sido clara en el parágrafo 2 del artículo 15, derogando el artículo 104 del decreto 1042 de 1978 al exceptuar a los educadores como destinatarios de la norma circunstancia tal que no ocurrió.

Arguye que el Decreto 1042 de 1972 establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del Orden Nacional así como las escalas de remuneración para los empleados creando así mismo la Prima de Servicios para empleados públicos de distintas categorías, claro está bajo ciertas excepciones establecidas como una de ellas en la cual parte del supuesto que la prima es concebida como elemento constitutivo del salario mas no como prestación social. Es por esto pues que las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la ley 6 de 1945 y Decreto 1045 de 1978, que equívocamente se les llama primas, no representan una prestación social sino elementos constitutivos del salario, y que de tener derecho los servidores públicos están serian parte de factores salariales para liquidar determinada prestación social.

Por otra parte, según lo indica el parágrafo 2 artículo 15 de la ley 91 de 1989 en ningún momento está creando una prima de servicios para personal docente, sino que por el contrario lo que establece es la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la nación y no del

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Es decir en el precitado artículo lo que se evidencia es la continuación de pago de las prestaciones de un emolumento que ya existía, y no así interpretar la creación de uno nuevo. Aunado a lo anterior, lo que se buscó en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 fue garantizar los derechos adquiridos de aquellas personas que ya se encontraban reconocidas así como asegurar el pago de los mismos, todo lo anterior en virtud de la nacionalización de la educación designándose como responsable a la nación y no al fondo de prestaciones sociales del magisterio. Con ello pues es una responsabilidad clara que se limita a emolumentos que ya existían y que se continuarían pagando como lo es la prima de servicios vigente a la fecha de promulgación de la ley y pagada a los docentes.

Expresa que según lo señalado en el artículo 10 del C.P.A.C.A , en lo referente al deber de aplicación uniforme de las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos facticos, en el caso particular solo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas en aquellos casos que dicho emolumento hubiese sido otorgado con anterioridad a la ley 91 de 1989, bajo el sustento de un derecho ya adquirido según como lo ha manifestado el Consejo de Estado en concepto 2012 del 19 de abril de 2010.

Así las cosas, afirma que teniendo en cuenta las características propias de la actividad de un docente, es evidente que su régimen salarial y prestacional es diferente al de los empleados públicos de orden nacional quienes deben asumir sus funciones en condiciones distintas a los docentes oficiales.

Por todo lo anterior, manifiesta que el acto administrativo demandado ante la jurisdicción se expidió con fundamento de los precedentes legales y en observancia de la normatividad vigente, por tanto no se logra desvirtuar la presunción de legalidad del mismo por la parte Actora.

Propone las excepciones de;

- INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO.
- COBRO DE LO NO DEBIDO.
- **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION;**

Guardo silencio.

3. Alegatos de conclusión;

3.1. Parte Demandante; (fls. 177-181)

Reafirma lo solicitado en el libelo introductorio al considerar efectivamente que **DEPARTAMENTO DE BOYACA –SECRETARIA DE EDUCACION** Viola la Constitución Política Art 13,25,53. Ley 4 de 1.972 Art 1. Ley 91 de 1.989 Art. 15 Decreto 451 de 1.984 Arts. 1 y 3 . Decreto 1919 de 2002.

Sostiene que según el parágrafo 2 artículo 15 de la ley 91 de 1.989, establece una distribución de competencias, al generar derechos para sus destinatarios e Imponer simultáneamente a las entidades nominadoras el pago de ciertas prestaciones sociales tales como la PRIMA DE SERVICIOS.

Manifiesta que cuando la ley 91 de 1989, menciona la prima de servicios, habla de una manera impersonal y general al referirse a la única norma que existía para el sector público como es la ley 1042 de 1978, de tal modo que cuando la ley 91 de 1989, quiso establecer la prima de servicios para que fuese reconocida por la nación se refería inequívocamente, a la prima de servicios establecida en el Decreto 1042 de 1.978 y no se podía referir a otra ya que para ese momento no existía otra norma que versara sobre la prima de servicios del sector público.

Añade que la ley 91 de 1989 es una ley especial, toda vez que se refiere única y exclusivamente al sector del Magisterio, pues así lo estipula su artículo 15, y por ello sostiene que tiene jerarquía normativa como quiera que la ley 91 de 1989 es posterior al Decreto - ley 1042 de 1978.

Solicita finalmente se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda y como consecuencia se condene a pagar a la entidad demandada el retroactivo de la prima de servicios.

3.2. Parte demandada Departamento de Boyacá; (fl. 191 - 201)

Reafirma lo solicitado en la contestación de la demanda, al indicar que la normatividad vigente para la carrera docente es el Decreto 2277 de 1979" por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente ", decreto que establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeña la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el sistema educativo nacional." y el Decreto 1278 de 2002 por el cual se expide el estatuto de profesionalización docente.

Conforme a lo anterior sostiene que no se pueden comparar derechos del régimen especial con el régimen general porque al equilibrar cargas unos se pueden ver beneficiados con algunas cosas y así mismo se puede descompensar en otras circunstancias, por tanto no es equitativo que alguien perteneciente a un régimen especial con prebendas y garantías se hagan extensivas estas mismas al régimen general.

Sostiene que el parágrafo 2 artículo 15 de la ley 91 de 1989 en ningún momento está creando una prima de servicios para personal docente sino que por el contrario lo que establece es la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la Nación y no del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Es decir en el precitado artículo lo que se evidencia es la continuación de pago de las prestaciones de un emolumento que ya existía, y no así interpretar la creación de uno nuevo.

Aunado a lo anterior, lo que se buscó en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 fue garantizar los derechos adquiridos de aquellas personas que ya se encontraban reconocidas, así como asegurar el pago de los mismos, todo lo anterior en virtud de la nacionalización de la educación designándose como responsable a la Nación y no al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Con ello pues es una responsabilidad clara que se limita a emolumentos que ya existían y que se continuarían pagando como lo es la prima de servicios vigente a la fecha de promulgación de la ley y pagada a los docentes.

Finaliza solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda y consecuentemente se abstenga de emitir condena contra el DEPARTAMENTO DE BOYACA, SECRETARIA DE EDUCACION al no existir vulneración de derecho alguno, por lo que considera no procede la declaratoria de nulidad de los

actos cuestionados, y mucho menos el restablecimiento de derecho frente al pago de prima de servicios.

Parte demandada Ministerio de Educación Nacional; (FI 202- 212)

En primer lugar, sostiene que para el caso en particular no se puede predicar una responsabilidad por parte de la Nación Ministerio de Educación, al ser esta una persona jurídica contemplada dentro de los principios organizacionales de la administración pública dentro del fenómeno jurídico de la descentralización administrativa, y bajo el entendido que ciertas entidades territoriales como la Secretaria de Educación deben asumir responsabilidades conferidas a consecuencia de la prestación del Servicio Educativo.

Aunado a lo anterior es claro dentro del expediente que la entidad encargada de emitir el Acto administrativo demandado fue la Secretaria de Educación de Tunja, situación que hasta el mismo Demandante reconoce en diversos acápite de la demanda.

Sostiene que en virtud del Decreto 1042 de 1978 y las características propias de la actividad docente, se establece un régimen salarial y prestacional diferente de los empleados públicos de orden nacional, quienes debe asumir responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos, en condiciones muy distintas a la de los docentes oficiales.

Con respecto a la normatividad existente, el Decreto - Ley 1042 de 1978 al clasificar los empleos a los cuales les es aplicable dicho precepto, no incluye al personal docente pues relaciona cargos de nivel directivo, Asesor, Profesional, técnico y asistencial, los cuales no son equiparables a los cargos que establecen los estatutos docentes previsto en Decretos ley 2277 de 1979 y 1278 de 2002.

Por otra parte La ley 6 de 1945, crea las primeras prestaciones sociales tanto para trabajadores estatales como para particulares; mientras que para el sector público por medio del Decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del estado, normas que de acuerdo a la ley 6 de 1945 y decreto 2767 del mismo año se hacen extensivas a servidores públicos de orden territorial.

Ahora bien, el Decreto 1042 de 1972 establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los Ministerios, Departamentos administrativos, Superintendencias, Establecimientos públicos y se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleados, creando la prima de servicios para empleados públicos de distintas categorías, prima que es concebida erróneamente como prestación social sin tener en cuenta su naturaleza jurídica al ser esta un elemento constitutivo de salario.

Es por esto que las primas diferentes a las prestaciones de Ley 6 de 1945 y Decreto 1045 de 1978, que equivocadamente se les ha llamado primas, no son una prestación social sino elementos que constituyen salario.

De esta manera indica que según el parágrafo 2 artículo 15 de la ley 91 de 1989 en ningún momento se está creando una prima de servicios para personal docente, sino que por el contrario lo que establece es la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la Nación y no del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Es decir en el precitado artículo lo que se evidencia es la continuación de pago de las prestaciones de un emolumento que ya existía, y no así

interpretar la creación de uno nuevo. Aunado a lo anterior, lo que se buscó en el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 fue garantizar los derechos adquiridos de aquellas personas que ya se encontraban reconocidas, así como asegurar el pago de los mismos, todo lo anterior en virtud de la nacionalización de la educación designándose como responsable a la Nación y no al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Luego se limita a emolumentos que ya existían y que se continuarían pagando como lo es la prima de servicios vigente a la fecha de promulgación de la ley y pagada a los docentes.

Por otro lado, indica, que si bien existen fallos reconociendo la prima de servicios basados en Decreto 1042 de 1978 y ley 91 de 1989, el Ministerio ha tenido conocimiento de que en varios Despachos Judiciales se han proferido decisiones contrarias en el sentido de absolver de dichas condenas al hoy demandado, situación tal que no permite que exista una unidad de interpretación, por lo que no es posible que la administración reconozca administrativamente la PRIMA DE SERVICIOS cuando existe norma expresa y jurisprudencial que lo niega.

Por las razones expuestas, no se observa fundamento legal que permita acceder a las pretensiones de la parte demandante por lo que solicita se nieguen las pretensiones a las que aspira el accionante en contra de la Nación Ministerio de Educación- Nacional.

3.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO, (fls. 182 a 190 vuelto);

Aduce la delegada del Ministerio que el ejecutivo en virtud del Artículo 1 de la ley 5 de 1.978 profirió el Decreto 1042 de 1.978, en cuyo artículo 1 determina *su campo de aplicación para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional , con las excepciones que se establecen más adelante".*

Arguye que el artículo 42 del Decreto enlista la prima de servicio como un factor salarial y en su artículo 58 la estructura y define los sujetos a quienes se dirige, determinando que sería equivalente a 15 días de remuneración, pagada en los primeros 15 días del mes de julio de cada año a los funcionarios a quienes se les aplicaba el decreto, expresión esta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia c-402 de 2013.

Así entonces, concluye la delegada del Ministerio que la prima de servicios ostenta la naturaleza de factor salarial y no de prestación social, creada por el ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias, dirigida a un sector de los empleados públicos, dentro de los cuales fue excluido expresamente el personal docente, por tener un régimen especial que sería regulado por normas diferentes a las de generalidad de los empleados públicos del orden nacional.

Para el caso en particular, se afirma en la demanda que la prima de servicios fue consagrada en el parágrafo 2 artículo 15 de la ley 91 de 1989, pero yendo más allá de la lectura del citado artículo, no es posible arribar a dicha conclusión ya que dicha ley no define la prima de servicios, ni los elementos para su configuración así como tampoco los sujetos a los cuales va dirigida. Ni se hace extensivo su beneficio para empleados públicos de orden nacional reglamentado por el Decreto 1042 de 1.978, y trae a colación el fallo de tutela del 15 de mayo de 2014 Sección Primera del Consejo de Estado Radicado No. 11001-03-15-000-2013-02125-01 que reafirma lo mencionado.

Refiere que en la demanda se solicita sea tenido en cuenta el criterio proferido por el Consejo de Estado bajo radicado 2483-10 del 22 de marzo de 2012, en la que se reconoció la prima de servicios al sector docente, esta providencia no reúne lo nombrado en el Artículo 270 del C.P.A.C.A; esto es el carácter de unificación, puesto que al interior del máximo Tribunal se han realizado pronunciamientos diferentes al que aduce la parte Actora se le debe aplicar. Muestra de ello es sentencias tales como del 15 de junio de 2011 radicado 0550-07 M.P. Bertha Lucia Ramírez Páez del 7 de diciembre de 2011 radicado 2200-07 M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, en las que no se reconocen el factor reclamado por considerar que se trata de un factor que esta por fuera de la ley, y en las cuales se resalta que *"esta clase de prestaciones no puede ser objeto de homologación con respecto a las demás de la 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 como lo pretende el demandante."*

De esta manera ni las normas expedidas por amparo constitucional de 1886 ni las de la constitución de 1991, en materia de régimen prestacional y salarial docente, se previó el reconocimiento de la prima de servicios, sin que puedan hacerse extensivos los efectos del Decreto 1042 de 1978, por cuanto este no le resulta aplicable a empleados públicos. En apoyo a lo anterior, es necesario indicar que tampoco resulta viable el reconocimiento del factor, al amparo del Decreto 1919 de 2002, por cuanto no está dirigido al personal docente, sino a los empleados de orden territorial, esto a sabiendas que si no es viable hacer extensivo el beneficio a un empleado del orden territorial, mucho menos a los servidores con régimen especial.

Por todo lo anterior, el Ministerio público considera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados ni acreditar la violación de las normas anteriormente citadas, por lo que solicita declarar la prosperidad de las excepciones propuestas por la parte demandada y concomitante a ello negar las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES;

1. Problema jurídico a resolver;

Consiste en determinar si el Acto administrativo ficto o presunto, constitutivo del silencio administrativo negativo, relacionado con la petición presentada el día 26 de junio de 2013, y oficio 1.2.1.38-2013PQR 26594 del 11 de febrero de 2014, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición, incurrir en alguna causal de nulidad y si la Demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el retroactivo de la prima de Servicios a partir del año 2010, en su calidad de docente.

2. Resolución del caso;

2.1. Régimen salarial y prestacional de los docentes;

De conformidad con **el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978** *"artículo 42° . De otros factores de salario; 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, (Resalta el Despacho)

Así mismo fue contemplado en los artículos 17,33,45 y 46 del Decreto ley 1045 de 1978 el cual, si bien es cierto habla de cierto régimen prestacional, no establece que la prima de servicios sea una prestación social, **sino un factor salarial** que debe ser tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales allí previstas.

Refiriéndose al tema el Consejo de Estado señaló:

*"tanto la **prima de servicios**, como la de antigüedad, son considerados por el legislador y la doctrina como incrementos a los que se hace merecedor el empleado por su permanencia en el servicio. Normativamente **estos rubros están consagrados en el artículo 42 y 49 del Decreto 1042 de 1978, como factor salarial, por lo cual no es equivocado concluir que su naturaleza es salarial¹ en el entendido de que forma parte integral del salario, que a su vez constituye la retribución al trabajador por su servicios²** (resalta el Despacho)*

Así las cosas y sin lugar a equívocos, considera el Despacho que la **prima de servicios constituye salario y no prestación social.**

En consecuencia debe determinarse si el referido factor se encuentra establecido dentro del régimen salarial previsto para los docentes.

El Decreto 2277 de 1979, estableció para los mencionados servidores públicos, un régimen especial para regular sus condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro.

Mediante **la ley 91 de 1989**, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se establecieron categorías del personal docente, así;

"Artículo 1. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos;

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975.
3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

Parágrafo: se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad"

En este punto vale precisar que **la ley 91 en su artículo 15 numeral 1º inciso 2º refiriéndose al régimen prestacional, no el salarial**, dispuso; que 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

¹ Artículo 42 dec. 1042 de 1978; constituyen salario todas las sumas que habitualmente y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios.

² Sentencia del consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda – subsección b, consejo ponente. Gerardo arenas Monsalve de fecha 31 de enero de 2013.

regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley"; por lo tanto no puede predicarse que esta ley haya remitido al Decreto 1042 de 1978, en el cual se determinan normas que rigen el régimen salarial aplicable a los empleados Del Orden Nacional, lo cual resulta lógico, pues la ley 91 que es eminentemente prestacional, remite a normas contenidas en leyes que regulan el mismo aspecto, como lo es el caso del Decreto 1045 de 1978 "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"

La ley 60 de 1993 "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", en cuanto a la administración y organización de las plantas de personal docente, en su artículo 6 dispuso, entre otros lo siguiente:

"Artículo 6: Administración del personal, corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales

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

Esta ley, además de fijar competencias en materia social a cargo de las entidades territoriales, fue más allá y descentralizó en los departamentos el servicio de educación (artículo 3 numeral 5). Precisando que el régimen de remuneración y escalas salariales de los docentes estatales será el establecido en el Decreto-Ley 2277 de 1979, y sus reajustes salariales serán los definidos de conformidad con la ley 4ª de 1992. **En cuanto al régimen prestacional, destaco que corresponde al reconocido en la ley 91 de 1989.**

Por su parte, la ley 115 de 1994 "por la cual se expide la Ley General de Educación", en el parágrafo de su artículo 175 precisó:

"Artículo 175". Pago de salarios y prestaciones de la educación estatal

(...)

Parágrafo. El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los ordenes departamental, distrital o municipal se regirá por el decreto- ley 2277 de 1979, la ley 4 de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adicionen".

Así las cosas, resulta evidente que el régimen salarial aplicable a los docentes estatales es el contenido en el Decreto 2277 de 1979, y en la 4ª de 1992; y demás normas que lo modifiquen y adicionen.

En ese orden, corresponde señalar que la mencionada ley 4ª fue expedida por el Congreso de la República en desarrollo del literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la constitución política , según el cual:

"ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...) 19. *Dictar las normas generales, y señalar en estas los objetivos y criterios a las cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*

(...) e) *Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública (...)*"

Mediante la ley 4. El Legislador estableció normas, que entre otros, precisan los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debe observar al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, y de los miembros de la Fuerza Pública; así, para los empleados públicos de la rama ejecutiva nacional, esta ley preciso que, el Gobierno Nacional, dentro de los diez días del mes de enero de cada año, debe modificar el sistema salarial correspondiente, aumentando sus remuneraciones (artículo 4).

Ahora bien, en desarrollo de esta ley, y con posterioridad a la expedición de la ley 60 de 1993, el Presidente de la República expidió el Decreto No. 52 de 10 de enero de 1994, por medio del cual modifico la remuneración del personal del escalafón nacional docente, y estableció otras disposiciones salariales para el sector educativo oficial. El cual, al ser analizado detenidamente, no contempla derecho alguno a favor de estos empleados públicos de percibir prima de servicios, como factor salarial, o como remuneración directa de los servicios que prestan al Estado en el mencionado sector. A igual conclusión se llega al examinar los Decretos 82 de 10 de enero de 1995, 45 de 5 de enero de 1996. 45 de 10 de enero de 1997. 47 de 10 de enero 1998. 51 de 8 de enero 1999, 2728 de 27 de diciembre de 2000. 2713 de diciembre de 2001, así como los demás que fueron expedidos posteriormente por el Gobierno Nacional.

Por lo tanto es viable inferir que la **prima de servicios no está incluida como factor dentro del régimen salarial de los docentes**, de conformidad con las normas analizadas.

De otra parte vale aclarar que analizadas la ley 715 de 2001 "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" y la Ley 812 de 2003, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, se advierte que nada cambió al respecto, pues aquella preciso en su artículo 38 que a los docentes de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, solo se podrá reconocérseles el régimen salarial establecido por la ley o de acuerdo con está, es decir la Ley 4ª de 1992.

La ley 812 en su artículo 81 dispuso:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales

(...) *El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, **será decretado por el Gobierno Nacional**, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo. (...)*"

Fuerza concluir, que el régimen salarial docente, de conformidad con las normas contenidas en la ley 4ª de 1992. es el consagrado en los Decretos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional, argumento que se encuentra respaldado por las disposiciones establecidas en las Leyes 715 de 2001 y 812 de 2003. Por consiguiente, **al no estar contemplada la prima de servicios como factor salarial, dentro del régimen establecido para el efecto por el Presidente de la**

República, no puede afirmarse que a los docentes estatales les asiste el derecho a percibir este factor de salario.

Ahora bien, el **Decreto 1545 de fecha 19 de julio de 2013**, expedido en desarrollo de las normas generales contempladas en la ley 4 de 1992; establece 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 el año 2014 se dispone que será de 7 días de la remuneración mensual del docente o directivo y a partir del año 2015 y en adelante, será equivalente a 15 días de la remuneración.

Dicho decreto señala que, la prima de servicios que se establece, será cancelada por las entidades territoriales certificadas en Educación, en los primeros 15 días del mes de julio de cada año; que son factores para su liquidación la asignación básica, el auxilio de transporte y la prima de alimentación, incluyéndose además la asignación adicional que corresponde a los directivos docentes y que se requiere haber laborado un año completo o en forma proporcional siempre que se haya laborado un término de 6 meses.

Además de lo anterior, se regula la situación de su pago cuando hay cambio de autoridad nominadora; que constituye factor salarial para el pago de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad; su incompatibilidad con otras primas que se perciban por el mismo concepto, sin importar su denominación y cualquiera que sea su fuente de financiación y, su financiación con los recursos que conforman la partida en educación del Sistema general de participaciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001.

De otra parte se menciona que, ninguna autoridad podrá modificar el régimen de la prima de servicios que establece dicho Decreto; que el Departamento Administrativo de la Función Pública es el competente para conceptuar en materia salarial y prestacional, no pudiéndose arrogar ningún órgano ésta competencia y que, el Decreto rige a partir de su publicación, esto es el día 19 de julio de 2013, derogando todas las demás normas que le sean contrarias, según lo prescribe en su artículo 10.

3. Del análisis probatorio y del caso concreto;

- Está probado que la hoy Demandante, a la fecha de expedición del certificado de tiempo de servicios, (30 de enero de 2015), se encontraba vinculada como docente al servicio del Departamento de Boyacá – Secretaria de Educación, tal como se advierte en los certificados de tiempo de servicios obrante a folio 101 a 103.
- Que la demandante mediante apoderado elevó derecho de petición el 26 de junio de 2013 solicitando *"el reconocimiento y pago del retroactivo de la prima de servicios, (...), (fl. 28 a 35)*
- Que el apoderado de la hoy Demandante con fecha 24 de enero de 2014 (folio 36-40), interpone recurso de reposición contra el acto ficto presunto (Silencio Administrativo Negativo).
- Mediante oficio 1.2.1.38-2013PQR26594 del 11 de febrero de 2014 la Directora Administrativa de la Secretaria de Educación de Boyacá dio respuesta al recurso de reposición interpuesto por la parte actora, NEGANDO el reconocimiento y pago de la misma, (fls. 42 a 47)

- Que la hoy Demandante labora al servicio del Plantel Educativo Simón Bolívar de Ventaquemada (Boy), según Certificado de historia laboral aportado, de fecha 30 de enero de 2015 (Fl 101 a 103).
- Que la hoy Demandante devenga actualmente la prima de servicios establecida en el Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, (fl. 171), Y que la misma fue cancelada por la entidad demandada en el mes de junio de 2014, tal como se aprecia en el certificado de salarios y devengados visible a folio 170.

Así las cosas, y de acuerdo con las normas aplicables al caso, infiere el Despacho, que **no hay lugar al reconocimiento de la prima de servicios menos aún del retroactivo pretendido en la demanda**, ya que, no está contemplada dentro del régimen salarial aplicable a los Docentes, dispuesto por el Gobierno Nacional mediante los decretos expedidos anualmente para el efecto, en desarrollo de los mandatos contenidos en la ley 4ª de 1992.

Además la Corte Constitucional, en la Sentencia C-402 de 3 de julio de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva Expediente D-9388, concluyo que:

"(...) tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado. En esa medida, si el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa, no están los presupuestos para entrar a dilucidar el segundo problema, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no podía llevarse a cabo. Por ende, se impuso la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esa sentencia.

En suma, atendiendo las normas citadas en precedencia y la sentencia C- 402 de julio de 2013 de la Corte Constitucional, este Despacho encuentra que no se configura ninguna causal que amerite la declaratoria de nulidad de los actos demandados, razón por la que deben negarse las pretensiones y declarar probadas las excepciones de "INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO", "COBRO DE LO NO DEBIDO", propuestas por el DEPARTAMENTO DE BOYACA - SECRETARIA DE EDUCACION.

4. Conclusión;

Por las consideraciones expuestas, y al no desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara el Acto administrativo ficto o presunto, constitutivo del silencio administrativo negativo, relacionado con la petición presentada el día 26 de junio de 2013, y oficio 1.2.1.38-2013PQR 26594 del 11 de febrero de 2014, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición en lo referente al reconocimiento y pago de la **PRIMA DE SERVICIOS establecida en el Decreto 1042 de 1978**, habida cuenta al no estar contemplada dicha prima como factor salarial, dentro del régimen establecido para el efecto por el Presidente de la República, no es viable afirmar que a los docentes estatales les asiste el derecho de percibir este factor de salario. Ni tampoco el reconocimiento de retroactivos respecto del reconocimiento de la prima de servicios e virtud del decreto 1545 de 2013, habida cuenta su fuente legal, no estipulo reconocimiento de retroactivos y como se evidencia en el plenario, la hoy Demandante la percibe en la actualidad, pero con fundamento y en las condiciones prescritas en el decreto 1545 de 2013.

5. De las costas.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 188 de la ley 1437 de 2011 se condenara en costas a la parte demandante, las cuales se liquidaran por Secretaria, atendiendo lo previsto en el Art. 366 del C.G.P.

6. De las agencias en derecho;

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 366 del C.G.P. y los criterios señalados por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 1887 de 2003, se fijaran como agencias en derecho el equivalente al uno (1%) de la cuantía de las pretensiones, es decir la suma de **TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS** (\$39.587.00); suma que deberá ser pagada por la parte demandante.

7. De la notificación

Finalmente el Despacho ordenara que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificara por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del C.G.P., atendiendo el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de Consejo de Estado, M.P. Enrique Gil Botero, providencia del 25 de junio de 2014, donde unifica la jurisprudencia " *en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la jurisdicción contencioso administrativo, esa partir del 1° de enero de 2014*".

IV. DECISION

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

RESUELVE;

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de "INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO" y "COBRO DE LO NO DEBIDO", propuestas por el Departamento de Boyacá - Secretaria de Educación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO; Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO; Condenar en costas a la parte vencida (parte actora) liquidanse por secretaria, atendiendo lo previsto en el ART. 366 del C.G.P.

CUARTO; Fijar como agencias en derecho el equivalente al uno (1%) de la cuantía de las pretensiones, es decir la suma de **TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS** (\$39.587.00); suma que deberá ser pagada por la parte demandante.

QUINTO; Si existe excedente de gastos procesales, por secretaria devuélvase al interesado.

SEXTO; En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las constancias respectivas.

SEPTIMO; Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del C.G.P. conforme lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


GLORIA CARMENZA PÁEZ PALACIOS
JUEZ