ACTA DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 004

Fecha: 6 de febrero de 2012

Hora: 10:00 A.M.

ASISTENTES: Doctor **ANTONIO RESTREPO SALAZAR**
Jefe Oficina Privada Presidente Comité de Conciliación
Presidente Comité de Conciliación
Doctor **JOHN JAMES FERNANDEZ LOPEZ**
Secretario Jurídico
Doctora **MARIA VICTORIA GIRALDO LONDOÑO**
Secretaria de Hacienda y Finanzas Públicas
Doctor **JULIAN MAURICIO JARA MORALES**
Secretario de Servicios Administrativos
Doctora **GLORIA INES MARIN BENTANCOURT**
Asesora Oficina de Control Interno
Doctora **YUDI FRANCES RAMÍREZ GIRALDO**
Secretaria Técnica Comité de Conciliación

INVITADOS: Doctor **JAFET FLORES PENAGOS**
Contador General Secretaria de Hacienda y Fianzas Públicas

ORDEN DEL DÍA

1. VERIFICACIÓN DEL QUÓRUM

2. TEMAS A TRATAR

- a- Solicitud de Conciliación Prejudicial convocada por la señora MARIA DEL PILAR HURTADO GARCIA (Secretaría de Educación Departamental)
- b- Estudio Fallo Condenatorio con el fin de determinar si procede o no la ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Radicación: No. 63-001-2331-2005-1926-00
Proceso: DE REPARACIÓN DIRECTA.
Demandantes: **FABIO BEDOYA SANCHEZ Y OTROS**
Demandados: DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO y MUNICIPIO DE MONTENEGRO

- c- Estudio Fallo Condenatorio con el fin de determinar si procede o no la ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Radicación: 63-001-2331-000-2004-0594-00
Proceso: ACCION DE REPARACION DIRECTA
Demandante: **GERARDO PACHON MORENO**
Demandado: DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO

- d- Solicitud de Conciliación Prejudicial convocada por el señor **Mario Castro Valencia**.
- e- Conciliación Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante Yolanda Castro Muñoz, Fallo de Primera Instancia condenatorio para el Departamento del Quindío.
- f- Conciliación Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante **MARY BOTERO MEJIA**, Fallo de Primera Instancia condenatorio para el Departamento del Quindío.

3. PROPOSICIONES Y VARIOS

DESARROLLO DEL ORDEN DEL DÍA

1- Se verifica que existe Quórum para deliberar y decidir, Preside la Reunión el Doctor **ANTONIO RESTREPO SALAZAR** Jefe Oficina Privada y Presidente del Comité de Conciliación. Aprobándose el orden del día.

2- Desarrollo temas a tratar, se inicia el Comité con los siguiente asuntos:

a-Solicitud de Conciliación Prejudicial convocada por la señora MARIA DEL PILAR HURTADO GARCIA. (Secretaría de Educación Departamental).

La docente en mención, a través de apoderada, presentó solicitud de Conciliación Extrajudicial ante la Procuraduría Delegada Administrativa con el fin de que se le reconozcan y paguen: la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, y la prima por antigüedad.

ANTECEDENTES

El primer precepto a tener en cuenta es la excepción establecida por el Decreto Ley 1042 de 1978

"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones."

..."Artículo 104. De las excepciones a la aplicación de este Decreto. Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones

....."b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

Es de anotar que el literal b) del artículo 104 de Decreto 1042 de 1978 fue declarado exequible por la Corte constitucional Mediante la Sentencia C-566 de 1997.

Efectivamente este Decreto estipuló un régimen especial que establece una regulación diferente para el gremio. Así lo verifican los artículos 2º y 115 de la Ley 115 de 1994. Por esa razón, asegura, **"Las personas que ejercen la docencia en el sector oficial, en su condición de servidores públicos de régimen especial, se encuentran sometidas a los parámetros de organización fijados en la Ley General de la Educación y demás normas especiales, que han sido establecidas por el legislador para garantizar la eficiente prestación del servicio educativo estatal..."** (Negrilla fuera de texto).

La prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, se encuentran consagradas como otros factores de salario, de los funcionarios del orden nacional de conformidad con lo establecido por el decreto 1042 de 1978 y por lo tanto no pueden ser reconocidos a funcionarios docentes del orden territorial.

Esto se concluye al verificar el campo de aplicación de la norma el cual está establecido en su Artículo 1 que dispone: "... 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 ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales **del orden nacional**, con las excepciones que se establecen más adelante..." (Resaltado fuera de texto).

Por otra parte la "Bonificación por Recreación" creada en su momento por el decreto 451 de 1984, el cual en su artículo 4 establece lo siguiente: "... Las normas de este Decreto no se aplicarán: ... b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama ejecutiva...". Es posible entonces concluir que dicho reconocimiento se encuentra expresamente excluido el personal docente.

En cuanto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la expresión “**del orden nacional**” del decreto 14042 de 1978, haciendo extensivo el reconocimiento de algunos factores de salario a funcionarios docentes del orden territorial, es preciso aclarar que la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C- 600/98 determino lo siguiente:

“... La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernada por aquella...”

En todo caso los Decretos 1042 de 1978 y el Decreto 451 de 1984, no han sido modificados ni ha perdido vigencia.

Por lo anterior el comité de Conciliación de la Gobernación del Quindío decide que no es procedente conciliar con la convocada toda vez que, la docente según lo antes esgrimido no tienen derecho a las pretensiones reclamadas.

Se continúa con el estudio del segundo punto del orden del día.

b- Estudio Fallo Condenatorio con el fin de determinar si procede o no la ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Radicación:	No. 63-001-2331-2005-1926-00
Proceso:	DE REPARACIÓN DIRECTA.
Demandantes:	FABIO BEDOYA SANCHEZ Y OTROS
Demandados:	DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO y MUNICIPIO DE MONTENEGRO

c- Estudio Fallo Condenatorio con el fin de determinar si procede o no la ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Radicación:	63-001-2331-000-2004-0594-00
Proceso:	ACCION DE REPARACION DIRECTA
Demandante:	GERARDO PACHON MORENO
Demandado:	DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO

Los dos temas anteriores se estudiarán bajo las sentencias proferidas por el Consejo de Estado donde se hace referencia al inicio de las Acciones de Repetición en contra de funcionarios o exfuncionarios que prestan o han prestado el servicio a la Administración y que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa se dio lugar al pago de una condena o de una conciliación, por ello se aplaza el análisis de los anteriores temas para próximo Comité de Conciliación.

Se sigue con el estudio de los temas del orden del día así:

d- Solicitud de Conciliación Prejudicial convocada por el señor **MARIO CASTRO VALENCIA**.

Hechos:

- En atención de Acción de Tutela e incidente de Desacato que el señor **Mario Castro Valencia**, presentara en contra del Instituto Seccional de Salud de Salud del Quindío, se expidieron las ordenes 8606 y 8505 del año 2009 con el propósito de que le practicaran el procedimiento de **RESECCIÓN MAS PLASTIA LIBRE DEL OJO IZQUIERDO**, Angiografía Fluorescencia y se le suministrará el medicamento denominado LATONOX por 50 MG gotas oftalmológicas, lo anterior con el propósito de ser atendido por padecimientos de Resección más plastia libre del ojo izquierdo, con diagnóstico de Pterigium.

- De acuerdo con el concepto entregado emitido el 9 de Mayo del año 2010, por el doctor Javier Andrés Bernal, se hacía necesario practicarle al señor Mario Castro Valencia, una cirugía de catarata mas lente intraocular en el ojo izquierdo.
- En cumplimiento del Fallo de Tutela el señor Castro Valencia ingresa el día 30 de Abril de 2010 a las instalaciones de la Sociedad Oftalmológica de Cirugía Láser S.A., con sede en la ciudad de Pereira, Risaralda, donde se le practico intervención quirúrgica de cataratas en el ojo derecho.
- En la actualidad el seño **Mario Castro Valencia**, no ve absolutamente nada por el ojo derecho, el cual fue motivo de la intervención quirúrgica por parte del doctor RAMOS, en la Clínica Oftalmológico de la ciudad de Pereira, el 30 de Abril del año 2010.
- De acuerdo a los antecedentes que obran tanto en la Acción de Tutela, como en la Historia Clínica del señor Castro Valencia, se le debía practicar procedimiento de RESECCION MAS PLASTIA LIBRE DEL OJO IZQUIERDO, y de acuerdo con los antecedentes en su historia clínica, el procedimiento que se le practico por parte de los profesionales de la medicina de la Clínica Oftalmológica, con sede en la ciudad de Pereira, se hizo sobre su **OJO DERECHO**.
- A la fecha al señor Mario Castro Valencia, no se le ha practicado el procedimiento de RESECCIÓN MAS PLASTIA LIBRE DEL OJO IZQUIERDO

Pretensiones:

- Que la Gobernación del Quindío, Instituto Seccional de Salud del Quindío, y la Sociedad Oftalmológica de Cirugía Láser S.A., de Pereira, Risaralda, sean declarados administrativamente responsables de los perjuicios morales causados al señor Mario Castro Valencia, por falta presunta en la prestación de servicios médicos, que le originaron a mi representado secuelas irreversibles que le produjeron la pérdida total de la capacidad visual en el ojo derecho, donde se le practicó intervención quirúrgica para corrección de cataratas.
- Que la Gobernación del Quindío, Instituto Seccional de Salud del Quindío, y la Sociedad Oftalmológica de Cirugía Láser S.A., de Pereira, Risaralda, sean declarados administrativamente responsables de la indemnización futura y del daño a la vida relación (daños fisiológicos) causados al señor Mario Castro Valencia, quien a razón de la pérdida de la capacidad visual del ojo derecho, tendrá limitada su capacidad para realizar actividades cotidianas en su vida.
- Que la Gobernación del Quindío, Instituto Seccional de Salud del Quindío, y la Sociedad Oftalmológica de Cirugía Láser S.A., de Pereira, Risaralda, acepten reparar integralmente el daño ocasionado al señor Mario Castro Valencia, pagando los perjuicios del orden moral, daño futuro y perjuicio a la relación de vida (fisiológico) los cuales se estiman en \$133.900.000.
- Que la Gobernación del Quindío, Instituto Seccional de Salud del Quindío, y la Sociedad Oftalmológica de Cirugía Láser S.A., de Pereira, Risaralda, sobre las sumas de dinero a cancelar se deberán liquidar la indexación que determina el artículo 178 del C.C.A.
- Que la Gobernación del Quindío, Instituto Seccional de Salud del Quindío, y la Sociedad Oftalmológica de Cirugía Láser S.A., de Pereira, Risaralda, asuma la cancelación de los dineros que demande la operación que requiere el señor Mario Castro Valencia, para adelantar el procedimiento de RESECCION MAS PLASTIA LIBRE DEL OJO IZQUIERDO, o aquel que los especialistas recomienden en razón a la afectación del mismos.

Una vez analizados los hechos y las pruebas que se aportan con la solicitud de conciliación, se puede establecer que el Departamento del Quindío no está Legitimado en la Causa por Pasiva para ser llamado en este proceso, toda vez, que las entidades que atendieron al paciente y quienes le efectuaron el procedimiento antes aludido, son entes que cuentan con suficiente capacidad para comparecer en juicio y que si en un momento dado se logra demostrar su responsabilidad en dicha falla del servicio, es a ellas única y exclusivamente quienes deben reparar el daño causado al convocante. Por lo anterior el Comité de Conciliación de la Gobernación del Quindío decide que no es procedente conciliar lo pretendido.

Y continuando con el orden del día se analiza lo siguiente:

e-Conciliación Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante **YOLANDA CASTRO MUÑOZ**, Fallo de Primera Instancia condenatoria para el Departamento del Quindío

El Comité de Conciliación estudia Recurso de Apelación interpuestos contra Sentencias Condenatorias de Primera Instancia proferidos dentro de Procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho demandante **YOLANDA CASTRO MUÑOZ**, a la luz de lo establecido en el Artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, con el fin de que no declare desierto el recurso interpuesto por el Departamento del Quindío, el artículo precedente prescribe:

“ARTÍCULO 70. <Ver modificaciones directamente en el Código> Adiciónese un cuarto inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001, cuyo texto será el siguiente:

En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria.

PARÁGRAFO. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso”.

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “A” Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, en Sentencia de Segunda Instancia de 4 de agosto de 2005, manifestó frete a un caso similar:

“Se trata de dilucidar en el presente caso si el señor JOSÉ GONZALO COBOS NAVARRETE tiene derecho al reajuste establecido en la ley 6a de 1992 y su decreto reglamentario 2108 del mismo año.

En primer lugar, es preciso señalar que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 27 de septiembre de 1987, según se desprende de la Resolución 7106 de 27 de diciembre de 1989 (f. 17 cd. No. 2) y que elevó petición el 1° de noviembre de 2001, (fl. 2 Cd. ppal.), interrumpiendo de esa manera la prescripción de las mesadas reclamadas. Lo anterior en razón de que las mesadas, pensionales que no se hallan amparadas por esta excepción se subsumen dentro del régimen prescriptivo de tres (3) años establecido para los derechos laborales, lo que no obsta para que el examen de las liquidaciones se haga desde que se causó el derecho pensional, dado que las sumas entonces liquidadas inciden en los años no prescritos.

El artículo 116 de la ley 6a citada, estableció:

“ARTÍCULO 116. Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de Jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1° de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo.”

Por su parte, el Decreto 2108 de 1992 dispuso en su artículo 1°

“ARTÍCULO 1. Las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios, serán reajustadas a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

	1993	1994	1995
<i>1981 y anteriores 28% distribuidos así:</i>	12.0	12.0	4.0
<i>1982 hasta 1988 14% distribuidos así:</i>		7.0	7.0...”

Debe precisar la Sala que el artículo 116 de la ley 6a de 1992 fue objeto de examen por parte de la Corte Constitucional, que lo declaró inexecutable mediante sentencia C- 531 de 20 de noviembre de 1995, en la que señaló sus efectos. Razonó de la siguiente manera:

*“...La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de la buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. **Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de [as pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de***

1992, pero que no habían sido realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (C. P. art. 58), Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación onerosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello..." (Resalta la Sala)

Por otra parte, por sentencia del 11 de diciembre de 1995, proferida dentro del expediente 15723, con ponencia de la Magistrada Dolly Pedraza de Arenas, esta Sala inaplicó la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1º del decreto 2108 de 1992, por considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad, como quiera que las normas de carácter pensional se aplican a todos los empleados del Estado, sin distinción alguno.

Posteriormente, en sentencia del 11 de junio de 1998, proferida dentro del expediente No. 11636, con ponencia del Magistrado Nicolás Pájaro Peñaranda, fue declarado nulo el artículo 1º del decreto 2108 de 1992, con fundamento en la declaratoria de inexecutable del artículo 116 de la ley 6ª de 1992.

Sabido es que la declaratoria de nulidad tiene efecto retroactivo y la sentencia de inexecutable, con fundamento en la cual se declaró la nulidad, fijó los efectos de esta decisión, expresando que ello no significaba que las entidades obligadas pudieran dejar de aplicar los incrementos pensionales a quienes hubieran consolidado el derecho; por eso resulta imperioso concluir que la sentencia de nulidad del decreto 2108 de 1992 debe tener iguales alcances.

El artículo 116 de la ley 6ª de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en que fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia. Igual conclusión surge frente a la aplicación del decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 116 de la ley 6ª, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexecutable del precepto fundante y extiende sus efectos aún después, para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho.

Hallándose para la Sala, concluida la discusión sobre la aplicación de los reajustes a los pensionados a cargo de entidades territoriales, sólo resta decir que lo que pretendió el extinto artículo 116 de la ley 6ª fue zanjar el desequilibrio imperante en el régimen pensional que para entonces había sido objeto del mismo sistema de reajuste previsto en las leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988, Es así como el artículo 1º de l ordenamiento primeramente citado en su inciso 1ºpr escribió:

"ARTICULO 1º: Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y en el sector privado así como las que paga el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma (-)"

Y, por su parte, la ley 71 de 1988, en su artículo 1º estableció para las pensiones señaladas en la disposición anteriormente, citada así como las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, el reajuste en el mismo porcentaje del incremento decretado por el Gobierno para el salario mínimo legal mensual.

Luego las pensiones que se encontraron subsumidas dentro de la situación de desequilibrio bien pueden ser objeto de aplicación de la ley 6ª de 1992 y el decreto 2108 del mismo año.

Es pertinente traer al caso el razonamiento que hizo la Corte Constitucional en la sentencia que ya ha sido citada, el cual es del siguiente tenor:

"...También resulta pertinente precisar lo sostenido por esta Corporación en la sentencia C-409 de 1994 en comentario, por cuanto en ella se afirmó que con la expedición del Decreto 2108 de 1992 se reglamentó el otorgamiento de los reajustes a los pensionados del sector público nacional, "precisamente en razón de haber sido el grupo de pensionados afectados con la norma pensional (Ley 4ª de 1976) que sobre esta materia estuvo vigente hasta el año de 1988", en razón de que este grupo de pensionados no fue el único, sino uno de los muchos afectados con la medida y tampoco fueron éstos los más perjudicados, porque, como se explicó, todos los pensionados que tuvieron derecho a una mesada superior al salario mínimo sufrieron la pérdida parcial del poder adquisitivo de su mesada, con respecto al salario mínimo, empero, los beneficiados con pensiones compartidas y los acreedores a pensiones por incapacidad permanente parcial, se vieron afectados no con la pérdida parcial sino total de dicho poder."

Tal consideración evidencia aún más la conclusión de que la ley no podía aplicarse solo a los pensionados jubilados por la Nación pues, allí se enfatiza, precisamente, que ellos no fueron los únicos afectados por las desfavorables condiciones que planteó la ley 4a de 1976.

Las sentencias de inexecutable y de nulidad antes referidas, que estudiaron la situación a la luz de las normas tantas veces citadas, concluyeron que los derechos causados y no pagados no se afectaban por razón de la inexecutable y que la expresión declarada nula violaba la Constitución Política, luego son decisiones judiciales en firme y de obligatorio cumplimiento.

El Estado debe garantizar el reajuste periódico de las pensiones, así entonces, no resulta válido argumentar que la condición de pensionado del orden territorial excluye al actor de los reajustes ordenados para esta prestación,

El demandante asevera que no le fueron realizados los incrementos en su pensión, afirmación que la entidad no controvierte, sino que, por el contrario corrobora, al fundar su defensa en la circunstancia de no ser aplicable, en su sentir, la ley 6a de 1992 y su decreto reglamentario 2108 del mismo año a los pensionados del orden territorial. Es preciso traer al caso la sentencia de la Subsección "A" de La Sección Segunda del Consejo de Estado de 8 de mayo de 2003, proferida dentro del expediente 2585-02 con ponencia de la Magistrada Margarita Olaya Forero, en la que se hizo el siguiente razonamiento:

"... Observa la Sala que el artículo 116 de la ley 6a de 1992 que dio origen al decreto cuya aplicación se demanda, contiene un juicio general sobre las diferencias causadas en el incremento de las mesadas pensionales de quienes obtuvieron su pensión con anterioridad a 1989, pues parte del supuesto de que dicho desajuste existe: "...para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional efectuados con anterioridad al año 1989..." por ello considera la Sala que no se requiere prueba específica sobre el desajuste que es supuesto de la norma, atendiendo a que ella tiene implícita una presunción del legislador que invierte la carga de la prueba. En este sentido el decreto reglamentario 2108 de 1992 no puede modificar el juicio del legislador al considerar que dicho desajuste se presenta en las mesadas causadas con anterioridad a 1989, Corresponde entonces a la administración, -cuando excepcionalmente el desajuste presumido por el legislador no exista-, desvirtuar con pruebas suficientes, que el hecho contrario al que el legislador presume se da para cada caso específico. Sobre lo anterior, no se observa en el expediente prueba alguna que desvirtúe, para el caso que el desajuste no existe razón por la cual deberá aplicarse el supuesto normativo del decreto en su integridad..."

En este orden de ideas, concluye la Sala que hay lugar a revocar la sentencia apelada". (...)

Es preciso concluir que el reajuste contemplado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, por virtud de la excepción de inconstitucionalidad que aplicare reiteradamente el Consejo de Estado, tiene lugar no sólo respecto de las pensiones del orden nacional, sino de todas las pensiones otorgadas por el Estado, bien en el orden nacional, bien en el orden territorial.

Al respecto, ha reiterado el Consejo de Estado: "En relación con la aplicación del decreto bajo análisis, a los empleados del nivel territorial, igualmente esta corporación en reiterada jurisprudencia proferida desde 1995 se ha referido a ello (sentencia del 11 de diciembre de 1997, expediente 15723, consejera ponente DOLLY PEDRAZA DE ARENAS), para precisar que el decreto 2108 de 1992 gobierna a todos los pensionados del Estado sin distinción alguno, por inaplicación de la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1º del Decreto en mención, y de la expresión "nacional" del artículo 116 de la ley 6 de 1992 en cuanto contienen una discriminación que viola el derecho a la igualdad".

El anterior planteamiento reiterado por el Consejo de Estado, significa que el citado artículo 1º del Decreto 2108, durante su vigencia y según los efectos señalados en párrafos antecedentes, gobernó la situación tanto de los pensionados del orden nacional como de los pensionados del orden territorial.

Teniendo en cuenta todo lo anterior el Comité de Conciliación de la Gobernación del Quindío concluye que la pensionada antes referida adquirió el derecho al reajuste de su pensión, pues antes de la declaratoria de inexecutable, cumplió con los requisitos previstos en la ley, de una parte, se presentaron las diferencias entre el reajuste a su pensión y el ordenado para el salario mínimo, y, de otra, adquirió el status de pensionado antes de 1989, por ello es procedente conciliar con la demandante.

Siguiendo con el orden del día se continúa con el estudio del siguiente asunto:

f- En la actualidad la Secretaría de Educación Departamental, tiene a su cargo más de ochocientas (800) demandas impetradas por los docentes del Departamento del Quindío, en donde reclaman el reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios

prestados, bonificación por recreación, y la prima por antigüedad, las cuales se encuentran en los diferentes Juzgados Administrativos del Circuito de Armenia.

A la fecha algunos Juzgados han fallado procesos en Primera Instancia, argumentando el derecho a la igualdad y ordenan el pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación; por parte de esta Secretaría se han apelado las decisiones, sustentado en el régimen especial de los docentes que para el caso en concreto no aplica el derecho a la igualdad, por su misma especialidad.

En virtud de lo anterior y a fin de asistir a la audiencia de conciliación tal como lo estipula el artículo 70 de la Ley 1395 del 2010, considera pertinente la Secretaría de Educación hacer algunas precisiones frente a la sentencia condenatoria proferida dentro de demanda impetrada por la señora MARY BOTERO MEJIA, así:

ANTECEDENTES

El primer precepto a tener en cuenta es la excepción establecida por el Decreto Ley 1042 de 1978

"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones."

... "Artículo 104. De las excepciones a la aplicación de este Decreto. Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones

....."b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

Es de anotar que el literal b) del artículo 104 de Decreto 1042 de 1978 fue declarado exequible por la Corte constitucional Mediante la Sentencia C-566 de 1997.

Efectivamente este Decreto estipuló un régimen especial que establece una regulación diferente para el gremio. Así lo verifican los artículos 2º y 115 de la Ley 115 de 1994. Por esa razón, asegura, **"Las personas que ejercen la docencia en el sector oficial, en su condición de servidores públicos de régimen especial, se encuentran sometidas a los parámetros de organización fijados en la Ley General de la Educación y demás normas especiales, que han sido establecidas por el legislador para garantizar la eficiente prestación del servicio educativo estatal..."** (Negrilla fuera de texto).

La prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, se encuentran consagradas como otros factores de salario, de los funcionarios del orden nacional de conformidad con lo establecido por el decreto 1042 de 1978 y por lo tanto no pueden ser reconocidos a funcionarios docentes del orden territorial.

Esto se concluye al verificar el campo de aplicación de la norma el cual está establecido en su Artículo 1 que dispone: *"... 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 ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante..."* (resaltado fuera de texto).

Por otra parte la "Bonificación por Recreación" creada en su momento por el decreto 451 de 1984, el cual en su artículo 4 establece lo siguiente: "... Las normas de este Decreto no se aplicarán: ... b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama ejecutiva...". Es posible entonces concluir que dicho reconocimiento se encuentra expresamente excluido el personal docente.

En cuanto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la expresión **"del orden nacional"** del decreto 14042 de 1978, haciendo extensivo el reconocimiento de algunos factores de salario a funcionarios docentes del orden territorial, es preciso aclarar que la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C- 600/98 determino lo siguiente:

"... La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda

exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernada por aquélla...”

En todo caso los Decretos 1042 de 1978 y el Decreto 451 de 1984, no ha sido modificado ni ha perdido vigencia.

El apoderado de las partes demandantes hace un desarrollo del principio de igualdad, paradójico, toda vez que por una parte defiende y reconoce unas mejores condiciones laborales al personal docente que las reconocidas de manera general a los servidores públicos y por otra argumenta un trato discriminatorio.

Así mismo realiza una comparación entre regímenes especiales igualmente excluidos del Decreto 1042 de 1978, que resulta impropio, toda vez que lo que hace una excepción es establecer un trato diferencial y las razones no deben ser comparables, es decir que la razón para que se excluya por ejemplo al personal de las fuerzas armadas, no es la misma para excluir al personal docente

En desarrollo del derecho a la IGUALDAD debe entenderse :

Sentencia No. T-187/93 IGUALDAD ANTE LA LEY/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Violación/PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La igualdad se construye como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de creación frente a la posibilidad arbitraria del poder. El principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales. De ahí que lo constitucionalmente vetado sea el trato desigual ante situaciones idénticas. Ha de reunir el requisito de la razonabilidad, es decir, que no colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES *La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (étnicos, culturales, económicos, sociales, políticos) se garantiza mediante la misma protección y trato a las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencia en favor de personas o grupos en situaciones de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta.*

TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL *La Carta Política en su artículo 13, consagró el derecho a la igualdad como derecho fundamental. Esta igualdad en la Constitución, incorpora un principio, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, no pudiendo establecerse un trato diferente en razón al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Además este principio de igualdad ante la ley, tiene una aplicación más concreta en el caso del derecho al trabajo, cuya manifestación se ha erigido en el postulado de "A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL". Ahora bien, en este mismo sentido, debemos recordar que esta Corporación ha señalado a lo largo de su doctrina constitucional sobre este particular^[1], que deben existir criterios razonables y objetivos, los cuales justifiquen un trato diferente, más no discriminatorio, entre trabajadores que desempeñen unas mismas funciones o similares, que sirvan de fundamento para reconocer por la parte patronal un mayor salario, sea éste por la cantidad o calidad de trabajo, por su eficiencia, por la complejidad de la labor o por el nivel educativo del empleado, los cuales a su vez siempre deben ser probados por el empleador o por los patronos.*

En efecto, en la sentencia T-079 de 1995 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, señaló la Corte lo siguiente:

"Es obvio que la discriminación salarial atenta contra la IGUALDAD como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL."

"No es la diferencia, tampoco la distinción, lo que configura la discriminación, sino la negación de un bien que es debido. Lo contrario a la igualdad es así la discriminación, la cual podría concebirse como la falta de proporcionalidad dentro de un ordenamiento jurídico, o la negación de lo debido en justicia, mediante vías de hecho. De lo anterior, se deduce que existen dos clases de discriminación, la legal -

caso de las leyes injustas-, o la de hecho, es decir, la que contraría el orden legal preestablecido". (Sentencia C-351 de 1995).

"El verdadero **alcance** del derecho fundamental a la igualdad consiste, no en la exactitud matemática de las disposiciones que se apliquen a unas y otras personas, sino en la adecuada correspondencia entre las situaciones jurídicas objeto de regulación o gobierno y los ordenamientos que se hacen exigibles a ellas. La igualdad se rompe cuando, sin motivo válido -fundado en razones objetivas, razonables y justas-, el Estado otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si éstos se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico." (C-384 de 1997).

Al analizar esta concepción es evidente y ampliamente conocido que los DOCENTE gozan de un régimen beneficioso, es así como poseen un mayor número de vacaciones al año (5 semanas), régimen mejorado en salud, un sistema de ascenso estipulado, pueden pensionarse y seguir laborando, en fin el REGIMEN es un todo que como bien lo argumenta el apoderado de los demandantes es más beneficioso.

Resultaría entonces imposible PROBAR de forma objetiva LA DISCRIMINACIÓN ARGUMENTADA, toda vez que un precepto subjetivo, que resultaría improcedente para la sana crítica de la prueba.

Así mismo la Corte Constitucional en Sentencia C-313/03 aportan suficientes elementos jurisprudenciales para la aplicación del derecho a la igualdad y la diferenciación de regímenes así:

"(..)El primer elemento del juicio de igualdad al que acude de tiempo atrás esta Corporación para examinar las posibles vulneraciones del artículo 13 superior consiste en determinar cuáles son las situaciones o supuestos que deben ser objeto de comparación, desde el punto de vista objetivo o material, atendiendo todos los aspectos que sean relevantes en las respectivas relaciones o circunstancias, con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual. De no ser posible constatar la existencia de situaciones de hecho que resulten iguales, no es pertinente continuar la secuencia lógica de dicho juicio, que llevaría luego a determinar si el tratamiento que se dispensa en una situación concreta obedece o no a criterios que sean objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima"

DERECHO A LA IGUALDAD-No se presenta cuando los servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes

El juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, la Corte ha concluido que no resulta posible establecer en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior.

REGIMEN ESPECIAL-Beneficios particulares no pueden ser examinados aisladamente

Si cada régimen especial es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales (subrayado fuera de texto), (..)"

Léase entonces como a diferencia de los análisis aportados por el demandante la Corte sustenta lo antes descrito en estos alegatos determinando que no es posible comparar entre sí regímenes especiales

(..) En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

PRESTACIONES SOCIALES-Casos en los cuales es posible retirarlas del ordenamiento jurídico

"(..)Sólo si una prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico.(subrayado fuera de texto)(..)"

Es así como es claro que el análisis de constitucionalidad es dado precisamente por el Juez Constitucional quien al pronunciarse sobre la norma la declaro exequible.

"(..)Circunstancia que sin embargo solamente podría darse (i) si la prestación es verdaderamente autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (ii) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (iii) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente.(..)"

Supuestos jurídicos que no se sustentan en el acápite de la demanda.

Merece entonces determinar que para entrar a demostrar lo planteado por el demandante se requiere probar claramente los elementos de planteados por la jurisprudencia constitucional.

*¿Se contrae el problema jurídico en esta oportunidad a establecer **si le asiste razón a la demandante cuando afirma que tiene derecho** a que el Departamento del Quindío le cancele y pague la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, incremento por antigüedad y bonificación por recreación de que trata el Decreto 1042 de 1978? (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

Teniendo entonces claro el Juzgado, según se desprende de lo anterior, que el asunto central del proceso en tratamiento consiste en determinar **si le asiste DERECHO alguno a la parte demandante** para el pago de las prestaciones solicitadas a cargo de la entidad demandada.

La situación anterior, constituye uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo contenido en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo; **DERECHO** el cual en caso de no existir o no estar amparado en norma jurídica que es lo mismo, torna en improcedente el desarrollo de la acción.

De acuerdo a esto, y para establecer si en efecto le asistía el **DERECHO** reclamado a la parte accionante, en primer lugar era necesario establecer cuál es la naturaleza y tipo de vinculación del mismo demandante con la entidad demandada; situación que conlleva de acuerdo a las normas legales vigentes en dicha materia, a determinar cuáles son las prestaciones sociales que le corresponden.

De esta forma se tiene entonces, que según se encuentra probado dentro del trámite procesal, el demandante tiene la calidad de **DOCENTE**, personal este que como se expondrá a continuación goza de un **régimen prestacional especial**, que le concede diferentes prerrogativas y garantías prestacionales a las otorgadas por el **régimen prestacional general**, del cual son beneficiarios los empleados públicos del orden nacional.

En este aspecto es preciso entender, que la legislación de nuestro país ha establecido diversos **regímenes prestacionales** entre los que se encuentran el denominado **régimen prestacional general** y los **regímenes prestacionales especiales**; siendo el primero establecido sin distinción para los empleados públicos al servicio del estado, mientras que los segundos se han diseñado para regular vinculaciones laborales específicas de determinados tipos de servidores públicos, que de acuerdo al servicio prestado gozan de un tratamiento prestacional diferente al de los demás servidores estatales, tal es el caso del personal de la Fuerza pública y el Congreso Nacional, entre otros. (Véase el contenido de los artículos 1 y 2 de la Ley 4º de 1992 y el párrafo 2 del artículo 105 de la Ley 115 de 1994).

Esta situación anterior, **ha creado una diferencia entre unos y otros servidores estatales en materia prestacional, ORIGINADA DE LA MISMA LEY, la cual no permite predicar y establecer desde ese momento un principio de igualdad entre los servidores que gozan de un régimen especial prestacional y los que se encuentran cobijados por el régimen general**, toda vez que las prestaciones establecidas en uno y otro caso son diferentes. Teniéndose entonces como origen de esta diferencia de regímenes prestacionales, y si se quiere del tratamiento dispar, la misma Ley de nuestro País.

Es precisamente esta situación la que ocurre con **el PERSONAL DOCENTE, el cual goza de un régimen prestacional especial**, según lo indicado por los Artículos 105 (párrafo 2) y 115 de la Ley 115 de 1994), régimen que tiene un marco normativo diferente al establecido para los demás regímenes prestacionales, según lo establecido en la norma en cita.

Esté régimen especial prestacional docente, encuentra su regulación entre otras disposiciones, en las **Leyes 91 de 1989 (Artículos 15) 60 de 1993 (artículo 6), 115 de 1994 (Artículos 105 párrafo 2, 115 y 175) y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 1381 de 1997**; normatividad específica y totalmente diferente a la establecida en materia prestacional para los empleados públicos del orden nacional, la cual se encuentra regulada entre otros por el Decreto 1042 de 1978 y por el Decreto 1919 de 2002.

Es precisamente esta la primera situación que desconoce el Fallador en el texto de la sentencia, pues inmediatamente después de planteado el problema jurídico, entra ese Despacho a analizar como disposiciones aplicables al caso estudiado, las que conforman el régimen prestacional general el cual, como ya se indicó, asiste a los empleados públicos del orden

nacional; ignorando las especiales normas que en materia prestacional cobijan al personal docente; situación que se aprecia en diferentes partes de la providencia atacada, como son los siguientes:

“...Para responder este interrogante debe realizarse el siguiente análisis:

DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL ORDEN TERRITORIAL:

Se hace necesario en este punto, entrar a estudiar el tema de las prestaciones sociales de los EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL NIVEL TERRITORIAL, para lo cual se procede hacer el siguiente análisis y precisiones.....” (Subrayas y mayúsculas sostenidas fuera de texto)

“...y fue como en aplicación de la referencia normativa, que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1919 de 2002 “por el cual fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.”, el cual de conformidad con los artículos 1 y 2 “los empleados vinculados o que se vinculen a las entidades del sector

... descentralizado de la rama ejecutiva de la rama ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, gozarán del régimen de prestaciones sociales previsto para los Empleados Públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Lo anteriormente transcrito es absolutamente claro en indicar, que desde ese preciso momento el Juzgado fallador se ubicó en el estudio de las normas que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, con el fin de determinar si el derecho prestacional reclamado le es aplicable igualmente a los empleados públicos del orden territorial; situación que nada tiene que ver en el presente caso, toda vez que el demandante como ya se indicó tiene la calidad de DOCENTE, personal este al cual no le es aplicable ese mismo régimen normativo por gozar de un tratamiento especial en materia prestacional, desviándose desde allí la correcta concepción del caso objeto de análisis, la cual le llevó a tomar la desafortunada decisión que hoy se recurre.

Y continua en la errónea concepción del asunto objeto de análisis el Despacho en conocimiento, al citar de manera posterior jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene exclusiva relación con la diferenciación de los empleados públicos del orden nacional y territorial, quienes se encuentran adscritos al mismo régimen prestacional, cual es el general, y que no tienen relación alguna en su tratamiento en materia de prestaciones con el personal docente, el cual como ya se ha visto, goza de un régimen prestacional especial. Lo cual le lleva a concluir lo siguiente:

*“ Lo indicado permite a este Despacho judicial concluir que la posición actual del Consejo de Estado es que debe de inaplicarse la expresión “del orden nacional” que se encuentra regulada por el Decreto 1042 de 1978, situación que hace ineludiblemente que **A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL** se le hagan extensivos los derechos que consagra esta normativa y que inicialmente solo le era aplicable a los del orden nacional, haciendo prevalecer de esta manera el derecho constitucional y fundamental de la igualdad.” (Subrayas, negrillas y mayúsculas sostenidas fuera de texto).*

De lo anteriormente transcrito, se pueden establecer varias situaciones y son:

1.- Que la jurisprudencia emitida por el Honorable Consejo de Estado y transcrita en el fallo atacado, es finalmente el fundamento que tuvo el Despacho en conocimiento para considerar dar aplicación al principio constitucional a la igualdad; siendo esto el origen del erróneo tratamiento dado al caso analizado, cual es la indebida equiparación en materia prestacional del personal docente con los empleados públicos del orden nacional, situación que por ende le llevó a concederles de manera posterior el otorgamiento de las prestaciones solicitadas.

2.- Que concibió el mismo fallador al personal docente, como empleados públicos del orden territorial, desconociendo que en materia prestacional este tipo de empleados al servicio de la educación goza de un régimen especial.

3.- Y por último y no menos importante, es que **NO** hace pronunciamiento alguno el Juzgado de conocimiento, ni tampoco el fallo jurisprudencial en el cual se apoya, sobre la vigencia y

supuesta derogatoria tácita manifestada por la parte demandante, de la excepción contenida en el literal b del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, la cual excluye de manera expresa al personal docente de la aplicación de las normas prestacionales contenidas en el mismo Decreto.

Estas situaciones confirman que desconoció el ente fallador en la providencia atacada, **la calidad de docente que ostenta la parte demandante, la existencia y aplicación de un régimen especial en materia prestacional para este personal educador, y que las prestaciones solicitadas y concebidas para los empleados públicos del orden nacional, están expresamente excluidas en su aplicación para este tipo de personal educador según lo indicado por el literal b del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978.**

Posteriormente en la sentencia, cita irregular y equivocadamente el Juzgado de conocimiento, antecedente judicial sobre un aparente caso de prestaciones reclamadas por un empleado público del orden territorial, en el cual ese Honorable Tribunal Administrativo al parecer falló a favor del demandante similares pretensiones; sin embargo, **NO** es aplicable el mismo fallo al caso en actual consideración, pues como se ha dicho, el demandante en el caso que ahora nos ocupa, tiene la calidad de DOCENTE, correspondiéndole en materia prestacional un tratamiento diferente al otorgado a los empleados del orden nacional y al que eventualmente pueda corresponder a los empleados públicos del orden territorial, dentro del **general** régimen prestacional que les asiste.

No realiza el Juzgado fallador en la sentencia atacada otra consideración sobre la existencia del derecho reclamado, pues **a partir de ese punto, la considera demostrada** y se dedica a transcribir las normas contenidas en el Decreto 1042 de 1978, en las cuales se indica la forma de liquidar las prestaciones reclamadas, las cuales se repite asisten a los empleados públicos del orden nacional.

Por último concluye diciendo el Juzgado en conocimiento lo siguiente:

“...Así las cosas, para descender lo señalado al caso que nos ocupa, itera este Despacho Judicial que **el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, lo regula el pluricitado Decreto 1042 de 1978**, que de la lectura del artículo 1 del Decreto 1919 de 2002, se puede establecer **que a los empleados públicos del orden territorial se les aplican las disposiciones (prestaciones y factores salariales)** que el Gobierno Nacional le reconoció a los empleados del orden nacional en aras de hacer prevalecer el principio de la igualdad. (Artículo 13 de la Constitución Política y 4 ibídem), inaplicándose para tal efecto la expresión “del orden nacional” de que trata el Decreto 1042.

Como corolario, este Juzgado procederá a inaplicar la mencionada frase (“del orden nacional”) de que trata el artículo 1 del Decreto 1042 de 1978, **y de esta manera generar igualdad entre los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público indistintamente del orden o nivel al que pertenezcan**, esto es hará como lo ha hecho el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Quindío prevalecer la Constitución Política (artículo 13) sobre normas de carácter legal (Decreto 1042 de 1978), y de esta manera hará extensivos los derechos de los que siempre han gozado los empleados del orden nacional y de los que se ha privado **a los orden territorial** injustificadamente.”

Situación anterior que es clara en confirmar la tesis que sostiene esta Entidad al interponer el presente recurso, cual es que **el Juzgado Fallador desconoció al momento de emitir la providencia recurrida, el carácter de DOCENTE que ostenta el demandante dentro del presente proceso, así como que ese personal educador se encuentra amparado por un régimen prestacional especial, al cual le asisten diferentes prerrogativas y derechos, sin que tenga el mismo carácter de los empleados públicos del orden territorial, o les asistan en virtud del señalamiento realizado por el Decreto 1919 de 2002, los mismos derechos prestacionales que le asisten a los empleados públicos del orden nacional; razón por la cual, se considera un fallo desacertado e infundado, el cual es violatorio de las disposiciones legales que contemplan el especial régimen prestacional que le asiste al personal docente, al reconocer prestaciones que están expresamente exceptuadas en su aplicación a este mismo personal educador (literal b artículo 104 Decreto 1042 de 1978), lo cual de manera consecuentemente **ORIGINA UN INMENSO Y GRAVE DAÑO PATRIMONIAL EN CONTRA DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE LA NACIÓN, AL CONDENARLA A CANCELAR SUMAS DE DINERO ANTERIORES Y FUTURAS POR DICHO CONCEPTO, SIN QUE EXISTA NORMA LEGAL QUE AMPARE EL DERECHO AL PAGO DE LAS MISMAS.****

Ahora bien, teniendo claro lo anterior, y con el fin de dilucidar el fondo del asunto que nos ocupa, quiere esta parte recurrente ilustrar con base en las normas que regulan el régimen prestacional docente, que **el DERECHO reclamado por el accionante es inexistente**, razón por la cual no le asiste al personal docente motivación alguna para reclamar el pago de las prestaciones solicitadas.

Ya se había indicado a lo largo de este escrito que el régimen especial prestacional docente, encuentra su regulación entre otras disposiciones, en las Leyes 91 de 1989 (Artículos 15) 60 de 1993 (artículo 6), 115 de 1994 (Artículos 105 parágrafo 2, 115 y 175); pues bien, algunas de las normas señaladas indican lo siguiente:

Ley 60 de 1993

“Artículo 6.- Administración del personal... El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989...”

Ley 115 de 1994

“Artículo 115. Régimen especial de los educadores estatales...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....”

Ley 91 de 1989

“**Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. 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.** (Subrayas y negrillas fuera de texto).”

Esta última disposición es precisamente el argumento de la inconformidad presentada por el demandante, quien considera que esta norma es la que ampara y le confiere de manera general e ilimitada a los docentes un tratamiento semejante al recibido por los empleados públicos del orden nacional en materia prestacional. Situación errónea e imprecisa, pues si bien se mira, la disposición citada señala de manera expresa los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, **como las normas vigentes aplicables a los empleados del orden nacional que les asisten igualmente al personal docente;** Decretos estos que relacionan expresamente diferentes prestaciones, que no incluyen, mencionan y mucho menos otorgan o conceden las reclamadas por el accionante a través del presente proceso.

Esta concepción es confirmada por el Honorable Consejo de Estado, el cual representado por el Doctor JAVIER HENAO HIDRÓN, quien actuó como Consejero Ponente, emitió concepto del 22 de mayo de 1996, radicado bajo el número 820, el cual señala entre otras cosas lo siguiente:

““.....Los educadores oficiales, entonces, son aquellos que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital y municipal, por estar **sometidos a un estatuto legal propio**, o estatuto docente (Decreto - ley 2277 de 1979), **reciben la denominación de empleados oficiales de régimen especial**. Con todo, la Ley 60 de 1993 dispone que, en adelante (una vez cumplido el proceso de descentralización allí previsto), **los docentes de los servicios públicos estatales tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal**, reiterando que se regirán por el Decreto - ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Como consecuencia, **los docentes estatales son servidores públicos de régimen especial** que, en la organización administrativa municipal, tienen con sujeción a dicho régimen la condición de empleados públicos.....

....IV. Régimen prestacional

Mientras el régimen salarial de los docentes municipales se encuentra descentralizado por la Constitución, el régimen prestacional, por el contrario, está centralizado. Y no solamente en relación con ellos, sino, en general, con los empleados públicos de todos los niveles.

Ya la Constitución de 1886 prescribía, entre las funciones del Congreso, la de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos (arts. 62 y 76, atribución 9ª). La Carta Política de 1991 es más categórica aún, al disponer que corresponde al Congreso, por medio de leyes "fijar el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública", así como "regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales", y al hacer esta perentoria advertencia: "**Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogarseles**" (art. 150, numeral 19, letras e y f).

En desarrollo de la norma superior, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, que constituye el marco con sujeción al cual el Gobierno Nacional dicta los decretos en los cuales determina los regímenes prestacionales –así como la remuneración de los empleados públicos del nivel nacional, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública–. Dicha ley, en su artículo 2º señala los criterios y objetivos que deben tenerse en cuenta por parte del Gobierno para la fijación de los regímenes indicados, salarial y prestacional, y no solamente manda el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado sino que prohíbe que puedan desmejorarse sus salarios y prestaciones sociales.

De la simple lectura de la Interpretación que le da el consejo de Estado a las facultades del gobierno nacional para determinar los regímenes prestacionales, hace referencia en plural. **Lo que hace Concluir que reconoce que existen diferentes regímenes prestacionales que no han sido derogados por el Decreto 1919 de 2002.**

Para los educadores es necesario tener en consideración, además, el proceso de nacionalización de la enseñanza oficial, primaria y secundaria, dispuesto por la Ley 43 de 1975 y que se cumplió entre los años de 1976 a 1980. **Así como la Ley 91 de 1989, que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y regula el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a los servidores docentes.**

Las decisiones adoptadas por la Ley 43 de 1975 han sido objeto de una revisión de fondo por el constituyente de 1991 al disponer, en el artículo 356 de la nueva Carta Política, un sistema de situado fiscal que implica el traslado de responsabilidades en materia educativa y de salud, de la Nación a los departamentos y distritos y, simultáneamente, de los recursos indispensables para financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que señale la ley con especial atención a los niños.

Como consecuencia de las competencias que asumen los departamentos y distritos respecto de los servicios educativos mencionados y sus implicaciones sobre la administración de personal, la Ley 60 de 1993, en su artículo 6º, trae dos importantes previsiones en materia prestacional. Por una parte, dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989. "Y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones". Y por la otra, respecto del personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, ordena su incorporación al Fondo Nacional del Magisterio, con la advertencia de que "se le respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial". (Adicionalmente, la Sala remite a la consulta 760 / 95, que versa sobre el régimen salarial y prestacional aplicable al personal administrativo nacional y nacionalizado que se incorpore a la planta de personal de las entidades territoriales).

Una ley más reciente, la 115 de 1995 (Ley General de la Educación), al referirse al servicio educativo estatal, prescribe que "únicamente podrán ser nombrados como educadores o

funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales" (art. 105) y que es ilegal el nombramiento o vinculación del personal docente o administrativo que se haga por fuera de la planta aprobada por las entidades territoriales o sin el cumplimiento de los requisitos que esta ley establece (art. 107).

En cuanto al régimen jurídico que alude al conjunto de prestaciones sociales, el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, citado por el consultante, HA SIDO SUSTITUIDO POR EL ARTÍCULO 5º DEL DECRETO - LEY 1045 DE 1978 que, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, prescribe las reglas generales. Por tanto, deberán reconocerse y pagarse las siguientes prestaciones: ASISTENCIA MÉDICA, OBSTÉTRICA, FARMACÉUTICA, QUIRÚRGICA Y HOSPITALARIA, SERVICIO ODONTOLÓGICO, VACACIONES, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, AUXILIO POR ENFERMEDAD; INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL; AUXILIO DE MATERNIDAD; AUXILIO DE CESANTÍA; PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN; PENSIÓN DE INVALIDEZ; PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ; AUXILIO FUNERARIO Y SEGURO POR MUERTE. El mismo decreto hace una importante salvedad: las prestaciones que con denominación o cuantía distintas a las establecidas en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos. (Todas las negrillas, subrayas y mayúsculas sostenidas fuera de texto)

Concepto jurisprudencial que dilucida cualquier duda respecto a cuál es el origen del régimen prestacional especial de los docentes, y lo más importante para el presente caso, respecto a **cuáles son las prestaciones sociales de las que goza el personal docente en virtud de lo contenido en las normas que conforman el mismo régimen especial;** situación clara e inequívoca y en la cual no se encuentran amparadas o respaldadas las prestaciones sociales que ahora indebidamente reclama la parte accionante (Prima de servicios, Bonificación por servicios, Bonificación por recreación, y Prima de antigüedad y/o incrementos por antigüedad.)

Es precisamente la anterior, la situación que confirma lo expresado por esta Administración en los medios exceptivos propuestos con la contestación de la demanda, y que hace relación con la **inexistencia del supuesto derecho** reclamado por el accionante, al no encontrarse soportado o respaldado en norma jurídica alguna el mismo, cual es para este caso el otorgamiento de las indebidas prestaciones que reclama el accionante; circunstancia por la cual, **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta es IMPROCEDENTE, por ausencia de los requisitos formales establecidos en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo,** y consecuentemente **existe una ausencia de ilegalidad de los actos administrativos demandados,** al haberse emitido los mismos, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, cual es el literal b del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, el cual exceptúa de manera expresa al personal docente en la aplicación del régimen prestacional que esta misma normatividad regula.

Por último quiere el suscrito, como se indicó anteriormente, resaltar que el problema jurídico acá planteado se centra en determinar **SI LE ASISTE O NO UN DERECHO AMPARADO EN UNA NORMA JURÍDICA al personal docente para reclamar el pago de las prestaciones solicitadas; y no en determinar si las normas que regulan el otorgamiento y concesión de las prestaciones sociales a este mismo personal, atentan contra el principio constitucional a la igualdad** (situación última que fue precisamente la que tuvo en cuenta el Juzgado de conocimiento al momento de emitir el fallo recurrido); toda vez, que lo primero es objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en cuanto a determinar si los actos administrativos demandados son lesivos de los derechos amparados en las normas jurídicas o por el contrario se encuentran ajustadas a estas. **Mientras que lo segundo es tema de una posible acción de constitucionalidad, en la cual se deberá demostrar que la Ley otorga un trato discriminatorio, lesivo y desigual al personal docente con base en la reglamentación del especial régimen prestacional que les asiste.** Motivación anterior que ya había sustentado esta Entidad Territorial en el cuarto medio exceptivo propuesto en la contestación de la demanda, y que de manera deliberada desconoció el fallador al momento de emitir la sentencia recurrida.

No obstante lo anterior, y con el fin de precisar que el derecho a la igualdad no se vulnera cuando existe diferenciación entre sujetos (como ocurre en materia prestacional), se analizará a

continuación la viabilidad de aplicación de este postulado constitucional en el caso analizado, de la siguiente manera:

Sea lo primero indicar, que como se ha expuesto a lo largo de este escrito, los **DOCENTES** gozan de un especial régimen prestacional, el cual se encuentra reglamentado, entre otras, en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, normas expresas y totalmente diferentes de las cuales rigen o regulan los demás regímenes prestacionales tanto especiales como el general; situación que como se indicó al principio de este escrito **tiene su origen en la Ley**, representada principalmente en la Ley 4^o de 1992.

Es precisamente esta norma (Ley 4^o de 1992), el génesis de la diferenciación entre los distintos regímenes prestacionales, la cual desde sus artículos 1 y 2 se encarga de diferenciar el tratamiento que habrá de darse en materia prestacional tanto a los empleados públicos de la rama ejecutiva nacional, cualquiera sea su denominación o régimen jurídico, y por ejemplo los empleados del Congreso de la República o la Rama judicial, entre otros.

Idéntica situación ocurre con los **DOCENTES**, los cuales de igual manera son declarados como pertenecientes a un régimen especial, según lo indicado por el párrafo 2 del artículo 105 de la Ley 115 de 1994, y confirmado en el artículo 115 de la misma disposición; personal que estará regido por las normas especiales emitidas para el efecto, y se exceptuará por disposición de la misma Ley, de la aplicación de las demás normas generales y especiales que regulan otros regímenes prestacionales.

Tenemos pues por sentado, que esta diferenciación tiene su origen en la Ley, la cual es de imperativo cumplimiento para todos los coadministrados dentro de un estado social de derecho, y especialmente, y para el caso en cuestión, para esta Entidad Pública, la cual debe de sujetarse en esta materia a los lineamientos que le señale las disposiciones emitidas para dichos fines; debiéndose agregar que le está vedado, como bien se aprecia en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional, el atribuirse cualquier función en materia prestacional.

Ahora bien, conocido lo anterior, se puede colegir en este punto que la entidad territorial no vulneró el derecho a la igualdad predicado tanto por el accionante, como por el Juzgado fallador de primera Instancia; por el contrario, la entidad se ajustó y actuó de acuerdo a las disposiciones que en materia prestacional asisten al personal docente, y a las prohibición y excepción consagrada en el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, sin vulnerar derecho alguno que le asistiera al accionante (el cual es inexistente como ya se demostró), razón por la cual los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho y son plenamente legales.

Sin embargo, y con el fin de aclarar lo concerniente a la vulneración del principio a la igualdad, planteada en la acción y en el fallo atacado, se debe citar el siguiente fallo de Impugnación de Tutela proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, C.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el 10 de agosto de 2001 con Radicación: 52001-23-31-000-2001-0520-01, En el cual actuó el señor Freddy Eduardo Gaviria Bolaños contra la Contraloría General de Nariño, y en el que se establecen los presupuestos fácticos que deben reunirse para que sea exigible la igualdad en materia salarial, presupuestos que también aplican en materia prestacional dada la concordancia en la esencia de ambos derechos:

"...La vulneración del derecho a la igualdad, para la Sala tampoco se configura, ya que **para que se pueda predicar la igualdad es menester que exista identidad en las situaciones de hecho, que permitan reclamar un mismo tratamiento**, lo cual no ocurre en el caso en comento, pues no aparece acreditado dentro del plenario que a otros trabajadores vinculados a la Contraloría General de Nariño, y que desempeñaban cargos en el nivel Ejecutivo y Profesional, se les haya pagado la prima técnica a la que hace referencia el actor.

Es del caso traer a colación lo que ha sostenido la Corte Constitucional en lo que hace referencia al principio "a trabajo igual ¿ salario igual", que el actor invoca como vulnerado, principio que descansa sobre la base de que toda remuneración debe ser proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, así:

"En estas condiciones, "el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones". Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios

objetivos y no meramente formales, **aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante situaciones desiguales...**

.....7.- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales". (Subrayas, negrillas y fuera de texto) Y confirma y extiende dicho concepto la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia No 083 del 29 de febrero de 1996, donde actuó como Magistrado Ponente, el Doctor Vladimiro Naranjo Mesa, la cual se cita a continuación:

“.....En relación con el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, esta Corporación ha señalado en forma reiterada que este derecho no puede ser entendido como una igualdad matemática o mecánica, **que le impida al legislador establecer tratamientos diferentes respecto de aquellos casos que presentan características diversas**, producto de las distintas situaciones en que se desenvuelven los sujetos, o de las condiciones particulares que los afectan.

La igualdad busca un tratamiento igual para casos análogos y un tratamiento distinto frente a situaciones cuyas características son diferentes. Incluso, la existencia de la igualdad no limita la posibilidad de que pueda darse un tratamiento diferente para los sujetos y hechos que estén cobijados bajo una misma hipótesis, siempre que la diferencia esté amparada por una razón clara, objetiva y lógica que la haga válida - principio de razón suficiente-..(Subrayas, negrillas y fuera de texto)

Situación que confirma que la coexistencia de regímenes prestacionales que asisten a diferentes tipos de servidores estatales (Docentes, Fuerza pública y demás) no vulnera el derecho a la igualdad; razón por la cual, no es procedente materializar y decretar su aplicación en el presente caso, y menos lo es concederlo por vía de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, cuya naturaleza se encamina a establecer situaciones diferentes como son el respaldar y proteger derechos amparados en normas jurídicas vulnerados con ocasión de la emisión de actos administrativos, situación que como ya se demostró a lo largo del trámite procesal no acontece en este caso.

Por todo lo expuesto el Comité de Conciliación de la Gobernación del Quindío decide que no es procedente conciliar la sentencia proferida en Primera Instancia dentro de proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por la señora **MARY BOTERO MEJIA,**

3. PROPOSICIONES Y VARIOS.

3- No hubo proposiciones ni varios

Se agota el orden del día y se firma,

ANTONIO RESTREPO SALAZAR
Presidente del Comité de Conciliación

YUDI FRANCES RAMÍREZ GIRALDO
Secretaria Técnica Comité de Conciliación

Reviso: Dr. John James Fernández López
Proyecto y Elaboro: Dra. Yudi Francés Ramírez Giraldo