

ACTA DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 016

Fecha: 12 de abril de 2012

Hora: 4:00 P.M.

ASISTENTES: Doctor **ANTONIO RESTREPO SALAZAR**
Jefe Oficina Privada
Presidente Comité de Conciliación
Doctor **JOHN JAMES FERNADEZ LOPEZ**
Secretario Jurídico
Doctor **JULIAN MAURICIO JARA MORALES**
Secretario de Servicios Administrativos
Doctora **MARIA VICTORIA GIRALDO LONDOÑO**
Secretaria de Hacienda y Finanzas Públicas
Doctor **JAMES NORBERTO OSPINA CARDENAS**
Secretario de Infraestructura (E)
Doctora **YUDI FRANCES RAMÍREZ GIRALDO**
Secretaria Técnica Comité de Conciliación

ORDEN DEL DÍA

1. VERIFICACIÓN DEL QUÓRUM

2. TEMAS A TRATAR:

Conciliaciones dentro de Procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho art. 70 de la Ley 1395 del 2010.

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.

2- Desarrollo tema a tratar:

Conciliaciones Art. 70 de la Ley 1395 del 2010

Se procede a efectuar un análisis de los asuntos que ocupan hoy la atención del Comité, así

I. Reconocimiento y pago de primas del personal docente de la Secretaría de Educación

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; por parte de esta Secretaria se han apelado las decisiones, sustentado en el régimen especial de los docentes y para que 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 las audiencias de conciliación tal como lo estipula el artículo 70 de la Ley 1395 del 2010, considera pertinente la Secretaría de Educación hacer algunas precisiones a su Despacho, para de igual manera recibir orientaciones que serán la base de la conciliación:

- 1 A la fecha se han presentado las siguientes apelaciones, las cuales están pendientes de asistir a la audiencia de conciliaciones

RAD.	NOMBRES Y APELLIDOS	JUZGADO
2011-260	MARIA ELENA GOMEZ BONILLA	2do. Descongestión Activo
2011-345	MARTHA ELENA MEDINA VILLA	2do. Descongestión Activo
2011-337	MARIA DEL CARMEN GRANADA GOMEZ	3º Activo
2011-269	GLORIA INES RESTREPO SIERRA	3º Activo
2011-266	TITO JAIRO MUÑOZ LOAIZA	3º Activo
2011-395	TERESA INES SANCHEZ RESTREPO	2do. Descongestión Activo
2011-334	DIANA MARIA PINILLA	2do. Descongestión Activo
2011-328	DIEGO FERNANDO CASUO GONZALEZ	2do. Descongestión Activo
2011-426	ABEL ERNESTO GIRALDO ALVAREZ	4º Activo

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[1][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.

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 arrojarseles"** (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 4º de 1992.

Es precisamente esta norma (Ley 4º 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 parágrafo 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.

Es de anotar que El artículo 14 de la Ley 1395 del 2010 contempla: *Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.*

El Comité de Conciliación de la Gobernación del Quindío, concluyo que dentro de los asuntos sub - examine es pertinente manifestar que en casos concretos y similares a los expuestos el Tribunal Administrativo del Quindío en Segunda Instancia solo ha concedido el pago de la Prima de servicios, en demandas instauradas por los docentes y que cursan en contra del Departamento del Quindío y que a la fecha se encuentran culminadas. Lo cual sirve como antecedente jurídico para no conciliar las solicitudes de conciliación y las Sentencias de Primera Instancia habida cuenta de que puede obtenerse una condena por debajo de lo establecido en los fallos de Primera Instancia.

Por todo lo expuesto anteriormente es que el Comité de Conciliación de la Gobernación del Quindío, considera que no es procedente conciliar, dentro de los asuntos reseñados.

3- No hubo proposiciones y 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