



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA-SUBSECCION A

Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Expediente 08001 23 33 000 2014 01102 01

Número interno: 1493-17

Actor: Gilberto Cepeda Ripoll

Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo

del Atlántico, Sala Oral A, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

Gilberto Eurípides Cepeda Ripoll, por intermedio de apoderada, acude a la jurisdicción mediante demanda¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 del CPACA, en procura de obtener la nulidad del acto administrativo del 2 de agosto de 2013 expedido por el secretario de educación de Barranquilla, mediante el cual denegó el reconocimiento y pago de la prima de servicios reclamada.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de una prima de servicios por los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y la Ley 91 de 1989, con los correspondientes intereses moratorios e indexación, y que se reliquiden las cesantías, vacaciones y primas de navidad y de vacaciones con fundamento en dicha prestación.

1.1.2. Hechos

¹ Folios 1-6

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son los siguientes:

Labora al servicio del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla como docente de tiempo completo desde el año 2010, razón por la cual elevó el 12 de julio de 2013 una solicitud de reconocimiento y pago de la prima de servicios de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 2.º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

La entidad territorial demandada negó la anterior petición mediante una respuesta que le fue notificada el 14 de agosto de 2013 y que fue expedida por el secretario de educación distrital.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como disposiciones violadas cita los artículos 4.º y 13 de la Constitución Política; las Leyes 115 de 1994 y 812 de 2003, y las sentencias C-506/06 y T-1066/12 proferidas por la Corte Constitucional.

Al desarrollar el concepto de violación argumenta que hubo infracción de las normas citadas, que propenden por los derechos adquiridos tanto en el régimen general como en los regímenes especiales. Así mismo se vulnera el derecho a la igualdad, como quiera que los actos acusados trataron en forma discriminatoria al demandante.

Dice además que el acto carece de una motivación seria, adecuada y suficiente, pues deniega su solicitud a pesar de que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reconocido el derecho a la prima reclamada.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. El apoderado del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla contestó la demanda y propuso excepciones², con apoyo en los siguientes argumentos:

Adujo que no se puede acceder a la prima solicitada ya que no se encuentra tipificada como prestación social para docentes territoriales. Así mismo, tampoco procede la indemnización moratoria por cuanto ha actuado de buena fe y, al no existir obligación de pagar la prestación, por sustracción de materia tampoco la hay de pagar interés o sanción moratoria alguna.

Expresó que la demanda adolece de varios defectos como son: i) no detalló en forma clara y precisa en qué consistió la vulneración de las normas legales aducidas; y ii) no agotó en debida forma la vía gubernativa, por cuanto en la reclamación que efectuó el 12 de julio de 2013 solo pidió la prima de servicios, mientras que en la demanda solicitó además la inclusión de este factor para el pago de las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, así como para la reliquidación de las cesantías.

Arguyó que la Constitución Política, artículo 150, numeral 19, y la Ley 4ª. de 1992, disponen que las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar el régimen prestacional de los servidores públicos la cual está dada solo al Gobierno Nacional; y el Gobierno no ha dictado ninguna norma que cree primas de servicios para los docentes, ya que ello solo ocurrió hasta el año 2013.

Finalmente propuso como excepciones las de indebido agotamiento de la vía gubernativa, inepta demanda por cuanto no desarrolló el concepto de

² folios 63-74

violación del acto acusado, y las de prescripción e «inexistencia de la obligación».

1.2.2. El Ministerio de Educación Nacional, por su parte, propuso la excepción de falta de legitimación pasiva; de inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción, buena fe; y la genérica que se demuestre³.

Sustentó la falta de legitimación pasiva en que el demandante ostenta un vínculo directo con el Distrito de Barranquilla y en que, dada la descentralización de la educación ocurrida mediante las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, no es la Nación sino los departamentos y municipios los encargados de prestar y administrar el servicio público de educación, por lo que es evidente que dicho ente territorial es el que debe responder en este caso.

Esgrimió, en cuanto a la prestación reclamada, que se encuentra consagrada en el artículo 58 del decreto 1042 de 1978 el cual rige solo para los servidores públicos del orden nacional y exceptúa expresamente en su artículo 104 al personal docente de los distintos órganos de la Rama Ejecutiva, disposición esta última que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-566/97.

Luego de transcribir varios apartes de sentencias del Consejo de Estado, reiteró que, de un lado, el actor no tiene derecho a la prima de servicios que reclama, y, de otro, que el Ministerio de Educación nada le adeuda, por cuanto su vínculo siempre lo fue con el Distrito de Barranquilla.

³ Folios 243 a 258

1.2.3. El Departamento del Atlántico también alegó la ausencia de legitimación pasiva por corresponder esta obligación al Distrito de Barranquilla, quien actúa como delegado del Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, también propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación a su cargo y del derecho del actor a percibir la prima de servicios como docente del sector oficial⁴.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala Oral A, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2016⁵ declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por el Distrito de Barranquilla y la Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y denegó las súplicas de la demanda.

Dijo el *a quo* que el Consejo de Estado en varias oportunidades ha establecido que la competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es compartida entre el legislativo y el ejecutivo, así: el Congreso dicta las normas generales y los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijarlo (literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 Superior) y también las normas que regulan el régimen de prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales.

En desarrollo de lo anterior se dictó la Ley 4ª. de 1992 y posteriormente el Decreto 1919 de 2002 que estableció el régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial y dispuso que sería el mismo al cual

⁴ Folios 264 a 268

⁵ Folios 298 a 308.

tienen derecho los del nivel nacional; no obstante, en el listado de prestaciones sociales de que gozan estos servidores no se encuentra la prima de servicios.

Explicó el Tribunal que la razón por la cual no está la prima de servicios es porque esta se encuentra reglamentada en el Decreto 1042 de 1978, norma que específicamente exceptuó de su aplicación al personal docente, tal como se lee en su artículo 104, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-566 de 1997. Agregó que incluso la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha avalado la tesis según la cual los docentes gozan de un régimen especial y por ende no les pueden ser aplicadas las normas de los servidores de la Rama Ejecutiva del nivel nacional.

Finalmente precisó que la prima de servicios para los docentes se efectivizó a partir del Decreto 1545 de 2013 que la consagró a su favor, luego es a partir de esta norma que tiene derecho a tal prestación.

No se condenó en costas.

1.4. El recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación⁶ que sustentó, en síntesis, con los siguientes planteamientos:

Expresó que el Tribunal fundamentó su negativa en reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado pero sin desvirtuar o contra-argumentar su postura, que más que reclamar el respeto del derecho a la igualdad, propugna

⁶ Folios 320 a 326.

por el reconocimiento de un derecho establecido en la ley para todos los servidores públicos.

Arguyó que la Ley 91 de 1989 hizo expresa referencia a que la prima de servicios debe ser pagada al personal docente, bien sea con cargo a la Nación o a los entes territoriales, tal como se estableció su artículo 15, numeral 4.º, párrafo 2.º. Esta afirmación la respaldó con la sentencia del Consejo de Estado del 22 de marzo de 2012, consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren.

Señaló que tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que la Ley 91 de 1989 derogó en forma tácita el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, además de que es la norma que se debe aplicar preferentemente, por ser posterior; así mismo, omitió referirse al hecho de que el Estatuto Docente contenido en el Decreto 2277 de 1979 sí consagró la prima de servicios como una de las prestaciones sociales a favor de los maestros, lo cual fue ratificado por la citada Ley 91 y la Ley 115 de 1994.

Por último consideró que no es viable aceptar que solo hasta la expedición del Decreto 1545 de 2013 se reconoció esta prestación a favor de los educadores, pues ello conduciría a admitir que hasta esa fecha el personal docente se encontraba excluido de este derecho laboral, en contra de lo establecido en la ley y los convenios internacionales.

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla presentó alegatos de conclusión⁷ en los que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

1.5.2. Las demás partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el señor Gilberto Cepeda Ripoll tienen derecho al reconocimiento y pago de prima de servicios por los años 2008-2013 en su calidad de docente del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

Para ello, la Sala seguirá el siguiente derrotero: i) la sentencia de unificación en materia de prima de servicios de los docentes; ii) análisis del caso concreto; y iii) conclusión.

2.1.2 Sentencia de unificación prima de servicios de docentes.

⁷ Folios 368 a 381

La Sección Segunda del Consejo Estado, en sentencia CE-SUJ2 Número 001/16, expediente 3828-14, unificó la jurisprudencia de la Corporación en materia de prima de servicios de los docentes.

En efecto, consideró la Sala necesario efectuar un pronunciamiento sobre este punto porque se venían presentando sentencias contradictorias en las diferentes decisiones adoptadas al interior de la Sección, que desencadenaron así mismo en fallos contradictorios en los Tribunales y Juzgados del país.

En dicha sentencia se dijo que el Consejo de Estado, de una parte, ha señalado que las normas legales y reglamentarias que regulan lo relacionado con la administración del personal docente oficial del país no prevén el reconocimiento de la prima legal o de servicios, por lo que no tienen derecho a dicho beneficio, tal como se argumentó, por ejemplo en los fallos del 15 de junio⁸ y 7 de diciembre⁹ de 2011; y, de otra, también ha dicho que los educadores oficiales sí son beneficiarios de la mencionada prima, puesto que, entre otros argumentos, la Ley 91 de 1989¹⁰, artículo 15, parágrafo 2.º, se las hizo extensiva, como por ejemplo en fallo del 22 de marzo de 2012¹¹. En igual contradicción incurrieron los tribunales y juzgados administrativos del país, como los Tribunales

⁸ Emitido en el expediente 0550-07 con ponencia de la Consejera Ramírez de Páez.

⁹ Proferido en el expediente 2200-07 con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹¹ Proferido en el expediente 2483-10 con ponencia del Consejero Gómez Aranguren.

Administrativos del Quindío¹² y del Valle del Cauca¹³, y algunos Juzgados Administrativos de Armenia¹⁴ y Cali¹⁵, que han venido reconociendo dicha prestación; mientras que Tribunales Administrativos como el de Cundinamarca, en algunas de sus Salas¹⁶, y varios Juzgados Administrativos de Cali¹⁷, Manizales¹⁸ y Tunja, la han negado.

Precisó también, atendiendo la duda que surgió sobre si la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978, con ocasión de la expedición de la Ley 91 de 1989, específicamente a partir de su artículo 15, parágrafo 2.º, fue extendida o reconocida a todos los docentes oficiales, que la Sección Segunda resolvió unificar su criterio al respecto, para lo cual realizó inicialmente un análisis de las normas aplicables sobre el tema en los siguientes términos:

1.- Decreto Ley 1042 de 1978¹⁹.

¹² Ver Sentencia emitida el 14 de diciembre de 2011, con ponencia de la Magistrada María Luisa Echeverry Gómez, dentro del proceso No. 2011-696, iniciado por Abel María Londoño contra el Departamento del Quindío.

¹³ Ver sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 28 de octubre de 2015, emitida en el expediente 2013-00235, iniciado por Beatriz Eugenia Velasco Perafán contra el Municipio de Santiago de Cali.

¹⁴ Ver Sentencia proferida el 29 de octubre de 2010, por el Juzgado 4 Administrativo de Armenia, dentro del proceso No. 2009-0105, iniciado por Nidia Rodríguez contra el Municipio de Armenia.

¹⁵ Ver sentencia del Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, de 28 de octubre de 2013, en proceso iniciado por Práxedes Abadía Rodríguez contra el Municipio de Santiago de Cali.

¹⁶ Ver fallo de 30 de enero de 2014, proferido en el expediente 2012-0183, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D.

¹⁷ Por esta misma línea encontramos varios fallos, entre ellos el del Juzgado 1 Oral Administrativo de Cali dentro del proceso 2012-0067 (demandante Clarissa Payan) y del Juzgado 5 Oral Administrativo de Cali proceso 2012-060 (Olga Amalia Pastrana).

¹⁸ Ver sentencia de 30 de marzo de 2011 del Juzgado 2 Administrativo de Manizales en el proceso No. 2009-656, iniciado por María Elena García Sánchez contra el Municipio de Manizales.

¹⁹ 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,

Tomando como punto de partida lo expresado en la demanda, en armonía con las precisiones antes realizadas, se tiene que la prima de servicios reclamada por la actora fue creada 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 nacional²⁰, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”**.

En el citado decreto ley, la prima de servicios es creada por el artículo 42, como un factor de salario, en los siguientes términos:

“Artículo 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b) Los gastos de representación.
- c) La prima técnica.
- d) El auxilio de transporte.
- e) El auxilio de alimentación.
- f) La prima de servicio.
- g) La bonificación por servicios prestados.
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión”. (Destaca la Sala).

se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

²⁰ En sentencia C-402 de 2013, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “del orden nacional” contenida en varios apartes de este Decreto Ley, demandada por el ciudadano Jairo Villegas Arbeláez, quien alegó, entre otras, que “esa distinción prevé una discriminación injustificada entre los servidores públicos del orden nacional y del orden territorial”. Sobre el particular anotó la Corte Constitucional: “se tiene que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario”.

Así mismo, el artículo 58 de la norma en comento, define dicho beneficio de la siguiente manera:

“Artículo 58. La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a 15 días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año”. (Destaca la Sala).

En lo que tiene que ver con su ámbito de aplicación, el Decreto Ley 1042 de 1978 contempló unas excepciones, así:

“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:

- a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.***
- b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva*²¹.**

²¹ En sentencia C-566 de 1997, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad del literal b del artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, que excluye a los docentes oficiales de la aplicación de dicho estatuto. La demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el ciudadano Luis Horacio Muñón Criollo, quien argumentó que aplicada en concordancia con el artículo 34 del Decreto ley 1042 de 1978, la norma acusada es violatoria del precepto constitucional de la igualdad, porque excluye del régimen general salarial establecido por dicho decreto, a los docentes de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Dijo entonces la Corte, que “la norma demandada, en cuanto ordena excluir al personal docente de los organismos de la Rama Ejecutiva de la aplicación del régimen salarial general de los empleados públicos, persigue el respeto de ciertas conquistas laborales de este sector de trabajadores, que se erigen en derechos adquiridos, aparte de reconocer que las peculiaridades del ejercicio de la docencia ameritan la consagración de un estatuto laboral, salarial y prestacional adecuado a las particularidades de este servicio. (...).El caso que plantea el demandante es el del juego de dos disposiciones cuya aplicación conjunta impide el reconocimiento del recargo salarial por el hecho de trabajar en el horario nocturno de manera ordinaria. Esta situación para la Corte no resulta violatoria del principio de igualdad, ya que encuentra justificación en el hecho de que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los trabajadores del sector privado, en cumplimiento de las normas legales que regulan su actividad laboral, agotan diariamente una jornada de trabajo que excede ampliamente en duración a aquella que por su parte cumplen los educadores al servicio del Estado. De esta manera, la supuesta discriminación resulta ser del todo aparente, ya que la situación jurídica de una y otra categoría de trabajadores es substancialmente diferente, por lo cual no admite la aplicación de un idéntico tratamiento jurídico. (...). La razón de ser de la norma que consagra el recargo salarial por el trabajo ordinario nocturno es, como se ha dicho, el exceso de cuidado y energía que implica para el ser humano trabajar habitualmente en estas condiciones, circunstancia que no se encuentra en el caso de los maestros que laboran ordinariamente de noche en turnos que no exceden de cuatro o cinco horas diarias, usualmente comprendidas entre las seis de la tarde y las diez de la noche. (...). De otro lado, la distinta duración de las jornadas en uno y otro sector se justifica por razones

- c) A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72.*
- d) Al personal de las fuerzas militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto Ley 540 de 1977.*
- e) El personal de la policía nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.*
- f) A los empleados del sector técnico-aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.*
- g) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación.*
- h) Al personal penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989". (Subraya la Sala).*

Excluyendo en este apartado de manera expresa a los docentes oficiales.

La parte demandante trae como argumento a su favor el contenido de la Ley 91 de 1989²², artículo 15, parágrafo 2, norma que también revisará la Sala.

2.- Ley 91 de 1989²³.

A través de La Ley 91 de 1989²⁴, el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)²⁵ y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Así:

Realiza la norma en primer lugar las siguientes definiciones:

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

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

Parágrafo - *Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”*

de diferencia en el servicio que se presta en uno y otro caso, lo cual no es menester entrar a analizar”.

²² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²³ Ib.

²⁴ Ib.

²⁵ En adelante FOMAG.

Establece el marco normativo de competencias en medio del cual el Fondo debe ejercer su tarea principal: atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes o después de la expedición de la norma y define las competencias de la Nación y de las entidades territoriales de la siguiente manera:

“Artículo 2. *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

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

2. *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.*

3. *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.*

4. *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.*

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.

5. *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones*

Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.” (Destaca la Sala).

Crea el FOMAG, en los siguientes términos:

“Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad”.

Le determina su función principal y objetivos misionales, así:

“Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las

cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

Artículo 5. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registro contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*
- 5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.”*

Regula la integración y funciones de la junta directiva en los artículos 6 y 7.

Determina las fuentes de donde provendrán los recursos para que el Fondo funcione; la prohibición de destinarlos para asuntos diferentes al pago de las prestaciones del Magisterio y lo que tiene que ver con los procedimientos para la realización de convenios con las entidades territoriales para el cumplimiento de sus funciones y objetivos, en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14.

Precisa las normas a aplicar por el FOMAG para el cumplimiento de su misión principal, esto es, el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, de la siguiente manera:

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las

normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

3. Cesantías:

A.- Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a 1 mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

4. Vacaciones:

Las vacaciones del personal docente que se vincule a partir del 1 de enero de 1990, continuarán regidas por lo previsto en el Decreto Ley 2277 de 1979. Esta Ley no incluye la prima de vacaciones a que tienen derecho de manera general los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con el Decreto 1045 de 1978.

Parágrafo 1. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.*

Parágrafo 2. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989: Primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.*²⁶ (Destaca la Sala).

²⁶ En sentencia C-506 de 2006, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Jorge L. Tolosa C., contra los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989. El problema jurídico a resolver en palabras de la Corte, fue determinar si “las expresiones acusadas (...) violan i) el principio de unidad de materia al presentarse una incongruencia normativa ya que las normas demandadas al referir a los derechos prestacionales no debieron formar parte de la ley acusada que regula una materia diferente como lo es la creación de un Fondo especial para lo cual ha debido solo contemplarse las normas referidas a su operatividad; ii) los derechos adquiridos por cuanto con la equiparación y unificación de regímenes prestacionales especializados diferentes se despojó a los docentes de las conquistas laborales como lo es la pensión de gracia que ha debido permanecer hasta el retiro del servicio, iii) el pago oportuno y reajuste periódico de pensiones y el principio de favorabilidad laboral al desproteger el derecho al reconocimiento de las prestaciones como la pensión de gracia y extender precisamente el régimen más desfavorable, iv) la seguridad social como servicio público ya que al efectuarse la asimilación de regímenes diferentes resulta aplicable el menos favorable a los intereses de los docentes, y v) la igualdad al equipararse regímenes y especialidades diferentes que da lugar a la existencia de un trato discriminatorio en el sistema pensional por la no extensión del disfrute de la pensión de gracia a todos los docentes”. Dijo entonces la Corte, que “En el presente caso, no encuentra la Corte que se viole el principio de unidad de materia. Al contrario, se aprecia que las normas examinadas se encuentran dentro del núcleo temático del contexto general de la Ley 91 de 1989, sin que se observe elemento ajeno al objeto de regulación específica, o que no guarde una relación objetiva y razonable de conexidad causal, teleológica, temática y sistémica con la materia dominante. En efecto, la Ley 91 de 1989, refiere en su título a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y consta de 17 artículos, a los cuales se referirá brevemente la Corte con la finalidad de contextualizar la ley en estudio. (...).Del recuento de la exposición de motivos puede manifestarse que la presentación del proyecto de ley buscó establecer la claridad necesaria en cuanto a las responsabilidades en el pago de las prestaciones sociales de los docentes y en definir un régimen laboral único atendiendo la problemática que se presentaba por la diversidad de

A continuación procedió la Sala a efectuar un estudio del contexto histórico en que se expidió la Ley 91 de 1989 dando aplicación a los métodos de interpretación histórico y teleológico (finalista), para determinar la voluntad o intención real del legislador al momento de tramitarla, en virtud de lo cual concluyó que «los antecedentes legislativos de la Ley 91 de 1989 consultados por la Sala, no permiten concluir que la intención o voluntad del legislador de ese entonces era la de crear la referida prima a favor de los docentes oficiales, pues, teniendo en cuenta que para el momento de la discusión y aprobación de dicha norma se encontraba vigente la exclusión contenida en el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, tendría que haberse formulado de manera clara y expresa el propósito de su creación o reconocimiento» y en consecuencia, «...en aplicación de los métodos de interpretación histórico y teleológico, se concluye que el legislador de 1989 no tuvo intención de reconocer ni extender

regímenes laborales existentes, la falta de claridad en las sumas que la Nación y entidades territoriales debían cancelar y la ausencia de un mecanismo efectivo que permitiera asumir dichas cargas prestacionales y unificara el sistema normativo; todo lo cual vino a generar la creación de un Fondo especial, como se vino a estipular en el mismo título de la ley. Puede entonces señalarse que el eje temático de la ley 91 de 1989, estuvo enmarcado en la necesidad de aclarar de manera integral aspectos referidos a las obligaciones prestacionales para con los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales manteniendo la normatividad vigente respecto a las situaciones acaecidas en su momento y consecuentemente con la creación del Fondo unificando nacionalmente la administración del régimen prestacional de los docentes, que asumiría en adelante la carga prestacional conforme a las obligaciones establecidas para los demás entes responsables. No encuentra así la Corte en las normas examinadas una ruptura con el núcleo temático de la ley por cuanto se trata de medidas consecuentes con el tema central de la misma. Con la creación de un Fondo especial además de regular los aspectos administrativos propios de dicho ente administrativo como los referidos a la naturaleza administrativa, órgano de dirección y funciones, entre otros, era también indispensable abordar como un desarrollo y puesta en marcha de dicho Fondo, las situaciones acaecidas bajo los diferentes regímenes prestacionales vigentes para dicho momento, como lo hizo el legislador a través de las normas demandadas al señalar la manera, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975, como la Nación y las entidades territoriales asumirían las obligaciones prestacionales para con el personal docente nacional y nacionalizado, causados hasta la fecha de la promulgación de la presente ley, y así mismo, indicar las disposiciones que habrán de regir a dicho personal partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989 y con posterioridad al 1 de enero de 1990. Las normas acusadas guardan entonces una relación objetiva y razonable, como también de conexidad causal, teleológica, temática y sistémica con la materia dominante de la Ley 91 de 1989. Por consiguiente, se habrá de declarar la exequibilidad de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con el cargo por violación del principio de unidad de materia”.

a todos los docentes oficiales, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978, y en consecuencia se mantiene la exclusión que respecto de ellos consagrada en el artículo 104 ibídem.»

Luego de realizar este mismo análisis pero a la luz del método de interpretación sistemático o por contexto «el cual considera a la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece, es decir, que supone una lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta», la Sala llegó a la conclusión de que luego de la lectura integral todas las disposiciones relacionadas con el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales y de los empleados públicos del orden nacional, tales como las Leyes 114 de 1913²⁷, 116 de 1928²⁸ y 37 de 1933²⁹, así como los Decretos 3135 de 1968³⁰, 1848 de 1969³¹, 1045 de 1978³² y 2277 de 1979³³; y otras leyes no citadas en la Ley 91 de 1989 pero que igualmente regulan aspectos relacionados con el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales o el servicio público de

²⁷ Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

²⁸ Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927, la cual a su vez versaba Sobre aumento y reconocimiento de pensiones.

²⁹ Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados.

³⁰ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

³¹ **Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”, antes referenciado.**

³² **Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.**

³³ Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

educación en general, tales como las Leyes 60 de 1993³⁴, 115 de 1994³⁵, 715 de 2001³⁶, 812 de 2003³⁷, 1650 de 2013³⁸, y de los Decretos 1272 de 2002³⁹, que «en ellas no se crea o extiende a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos del orden nacional; como sí lo hace el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013⁴⁰, por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir de 2014.»

El fallo de unificación señaló, además, que no obstante que dichas interpretaciones -históricas, teleológicas y sistemáticas- de la Ley 91 de 1989 conducen a una solución desfavorable al reconocimiento de este beneficio, resulta igualmente necesario revisar su contenido normativo a la luz del método gramatical o literal, luego del cual arribó a la conclusión de que «una interpretación gramatical del párrafo en mención no conduce a señalar la creación de la prima de servicios, pues, no hay expresión alguna que integre un verbo o verbos rectores que identifique el nacimiento del mencionado emolumento o del cual pueda derivarse la creación de un nuevo factor de salario a favor de los maestros oficiales.»

³⁴ **Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.**

³⁵ Por la cual se expide la Ley General de Educación.

³⁶ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

³⁷ **Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario**, que en el artículo 81, alude al régimen prestacional de los docentes oficiales.

³⁸ **Por la cual se reforma parcialmente la Ley 115 de 1994, antes referenciada.**

³⁹ Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

⁴⁰ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Y lo mismo concluyó luego de aplicar el método de interpretación conforme a la Constitución y a la luz de derechos y principios tales como el de igualdad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y no regresividad, contenidos en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental.

Así pues, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el auxilio de los métodos de interpretación legal aplicados a la Ley 91 de 1989, unificó su jurisprudencia en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales y fijó las siguientes reglas para ilustrar a los jueces al momento de resolver las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sobre este tema:

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

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

6.3. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario.

6.4. Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley

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

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

6.6. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013⁴¹, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.

2.1.2. Caso concreto

De acuerdo con las consideraciones previamente anotadas, los docentes oficiales, ya sean nacionales o nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 no tienen derecho al reconocimiento de la prima de servicios, beneficio que solo vino a incorporarse a su favor en el ordenamiento jurídico a raíz del Decreto 1545 de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente asunto se observa que el demandante se vinculó a la docencia oficial luego de la entrada en vigencia de

⁴¹ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

esta norma⁴², ya que fue nombrado desde el 23 de junio de 2010 a la Escuela Normal Superior del Distrito de Barranquilla⁴³.

Así mismo figura a folios 18-21 la reclamación elevada a la alcaldesa de Barranquilla de la prima semestral, y la respuesta negativa dada por la administración mediante oficio del 2 de agosto de 2013 (folios 9 a 17).

De conformidad con el material probatorio previamente relacionado y la posición que actualmente impera en la Sección Segunda, el demandante no tiene derecho a la prima semestral deprecada, en la medida que la Ley 91 de 1989 no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978, menos aún en su caso particular que fue vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley de 1989.

3. Conclusión

Por las razones que anteceden se confirmará la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda encaminadas al reconocimiento y pago de la prima semestral reclamada.

4. De la condena en costas

⁴² 29 de diciembre de 1989

⁴³ Folios 93, 140-153

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁴⁴, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 3.º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará a la parte demandante al pago de las costas de ambas instancias, por haberse

⁴⁴ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

confirmado en todas sus partes la proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Las costas serán liquidadas por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala Oral A, dentro del proceso promovido por Gilberto Cepeda Ripoll y otros contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

Condénase en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Reconócese a Miriam Real García como apoderada del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, de conformidad con la sustitución obrante a folio 357 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ
En comisión

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS