

UNIVERSIDADES PUBLICAS – Naturaleza jurídica

Y de acuerdo con lo prescrito por el artículo 113 Superior, los Entes Universitarios se constituyen en órganos autónomos e independientes de los que integran las Ramas del Poder Público, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado; autonomía, que además de significar la no pertenencia a ninguna de las Ramas del Poder, implica la posibilidad de actuar por fuera de las mismas, al igual que la titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la función constitucional encomendada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 113

DOCENTES UNIVERSITARIOS – Clasificación

Como lo disponen los artículos 71 y 72 de la Ley 30 de 1992, el personal docente de una Universidad Estatal u Oficial puede ser: de dedicación exclusiva, de tiempo completo, de medio tiempo y de cátedra. El profesorado perteneciente a las tres primeras categorías, como se advirtió, adquiere el carácter de empleado público que se encuentra amparado por este régimen especial y que por supuesto, no es de libre nombramiento y remoción. Ello no sucede con el profesor de cátedra que no es empleado público ni trabajador oficial, pero sí contratista, cuya vinculación puede generarse por contrato de prestación de servicios que se celebra por períodos académicos.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1992 – ARTICULO 71 / LEY 30 DE 1992 – ARTICULO 72

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS – Fijación. Competencia / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS DEL ORDEN NACIONAL – Regulación legal / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS DEL TERRITORIO NACIONAL – Regulación legal

Ahora, con la expedición de la Constitución Política de 1991, corresponde al Congreso mediante la expedición de Leyes Marco, señalar las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en los literales e) y f) del numeral 19 de su artículo 150. En materia salarial y prestacional los docentes vinculados a las Universidades Estatales u Oficiales, tal como lo dispone el artículo 77 de la Ley 30 de 1992, se rigen por la Ley 4ª de 1992, los decretos reglamentarios y demás normas que la adicionen y complementen. Es así como en el ámbito salarial y prestacional, los docentes vinculados a las Universidades Públicas del Orden Nacional se rigen por lo establecido en el Decreto 1444 de 1992 y los vinculados a Universidades Públicas del Orden Territorial se gobiernan por el Decreto 55 de 1994, que adoptó el régimen salarial y prestacional que fue determinado en el primero, normativa expedida con fundamento en las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / DECRETO 1442 DE 1992 / DECRETO 55 DE 1994

RECARGO NOCTURNO A DOCENTE UNIVERSITARIO DEL ORDEN TERRITORIAL – No procede su reconocimiento por no existir consagración legal / RECARGO NOCTURNO A DOCENTE UNIVERSITARIO DEL ORDEN

TERRITORIAL – No aplicación analógica del régimen de los empleados públicos del orden nacional

El Decreto 1444 de 1992, sobre la remuneración mensual de los Empleados Públicos Docentes de las Universidades Públicas, en su artículo 1º, dispone que “...se establecerá sumando todos los puntos que a cada cual corresponda, multiplicando por el valor del punto”. Y, Los puntajes en razón de los cuales es remunerado este profesorado, se establecen de acuerdo con la valoración de factores tales como los títulos correspondientes a estudios universitarios, la categoría dentro del escalafón docente, la experiencia calificada, la productividad académica y las actividades de dirección académico-administrativas. Resalta la Sala que en el aludido Decreto, dentro de la regulación de la remuneración mensual y de los factores de puntaje de dichos docentes, no se encuentra contemplado de ninguna manera lo concerniente a los recargos nocturnos. Lo anterior, El Decreto 1042 de 1978 si bien es cierto, establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración, lo hace pero 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; sin tener en cuenta o regular lo referente al Personal Docente de Tiempo Completo de las Universidades Públicas, que dicho sea de paso, como se advirtió en párrafos anteriores, se constituyen en Instituciones autónomas, es decir, totalmente independientes de la Rama Ejecutiva y de las restantes Ramas del Poder Público. Aunado a lo anterior, es el artículo 104 del mismo Decreto, el que expresamente en su literal b), exceptúa de su aplicación a los docentes de los distintos órganos de la Rama Ejecutiva, con lo que no es posible la remisión analógica para aplicar al actor dicho precepto, en su calidad de docente universitario.



FUENTE FORMAL: DECRETO 1444 DE 1992 – ARTICULO 1 /
DECRETO 1042 DE 1978 – ARTICULO 35

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de 2010

Radicación número: 47001-23-31-000-2004-02216-01(1655-08)

Actor: HERIBERTO EMILIO LINERO MARULANDA

Demandado: UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 14 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, desestimatoria de las súplicas de la demanda promovida por el señor HERIBERTO EMILIO LINERO MARULANDA, contra el acto administrativo mediante el cual la Universidad del Magdalena le negó el reconocimiento y pago del recargo del 35% sobre las 4 horas nocturnas de trabajo comprendidas de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., de las 8 horas que laboraba como docente de dicha Institución.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor HERIBERTO EMILIO LINERO MARULANDA, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, a fin de que se declare la nulidad del Acto Administrativo de 13 de octubre de 2004, proferido por la Rectoría de la Universidad del Magdalena, quien en respuesta a su petición elevada en sede administrativa, le negó el reconocimiento del recargo nocturno del 35% sobre 4 horas de su jornada laboral de 8 horas, como Docente de Tiempo Completo en la Facultad de Educación de dicho plantel. Además, que se declare que la Universidad se encuentra en mora por el no pago de dicho recargo, con efectos fiscales desde el 5 de octubre de 2001; que no ha liquidado en forma correcta los sueldos, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre cesantías y demás prestaciones, al no tener en cuenta ese recargo nocturno; que debe liquidar los intereses moratorios y la indemnización correspondiente por no pago; que se aplique la excepción de inconstitucionalidad del artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, por violar la norma jurídica superior, pues su horario de trabajo era de 8 horas diferente a otros docentes con horario de 4 horas; que se dé cumplimiento a la sentencia en aplicación de los artículos 176 y 177 del C.C.A. y que se condene al pago de las costas a las que haya lugar.

Relató el actor en el acápite de hechos, que el 2 de mayo de 1974 se posesionó como Docente de Tiempo Completo en la Universidad del Magdalena. Y desde el 31 de diciembre de 2001, mediante Resolución No. 605, se le desvinculó para el otorgamiento de la Pensión de Jubilación, cumpliendo con un tiempo de servicio

de 27 años y 4 meses.

Indicó, que la Universidad del Magdalena tiene establecidas dos jornadas: una diurna, de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., y una nocturna, de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., y que en las dos jornadas trabajan los profesores de Tiempo Completo que como él, deben laborar 8 horas.

Advirtió, que en ningún momento durante el tiempo en que prestó sus servicios como docente al servicio de esa Universidad, se le tuvo en cuenta el recargo nocturno para el pago mensual del salario.

Citó como disposiciones violadas el Preámbulo y los artículos 13, 29 y 53 de la Carta Política; 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo; 35 del Decreto Ley 1042 de 1978; la Ley 6ª de 1945; el Decreto 1160 de 1947 y la Ley 244 de 1995.

Destacó en el concepto de violación, que con la no indicación de los recursos procedentes contra el *“Acto Administrativo de 24 de agosto del año 2004”*, que declaró improcedente su petición, se vulneraron los artículos 29 de la Carta Magna y 47 y 48 del C.C.A.

Arguyó, que se infringió el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, en tanto que dispone, que cuando un funcionario labore ordinaria o permanentemente en jornada mixta, la parte del tiempo trabajado durante horas nocturnas se remunerará con el recargo del 35%; y la Universidad demandada nunca le pagó dicho recargo ni lo compensó con periodos de descanso.

Advirtió, que el artículo 104 del Decreto en mención, establece el personal que se exceptúa de su aplicación, dentro del que se encuentra el personal docente de distintos organismos de la Rama Ejecutiva, que es el que labora 4 horas: de 6:00 p.m. a 10:00 p.m.; situación diferente a la que ahora se presenta, en la que como profesor de la Facultad de Educación de la Universidad del Magdalena, trabajó de 2:00 p.m. a 10:00 p.m.; es decir, que para su caso particular, aplica el artículo 35 antes mencionado. Por no tener en cuenta esta preceptiva, se vulneraron los artículos 13 y 53 de la Carta Magna, lo que se constituye en fundamento de la excepción de inconstitucionalidad que ahora solicita.

Expresó, que se vulneró la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1160 de 1947, porque

cuando la Universidad liquidó el auxilio de cesantías, no tomó como base el último sueldo devengado, pues, no tuvo en cuenta el recargo nocturno del 35% sobre el salario respecto de las 4 horas nocturnas que laboraba. Además sostuvo, que tiene derecho al pago del 12% por concepto de intereses sobre el faltante de la cesantía liquidada, igualmente a la cancelación de la indemnización moratoria por su no pago oportuno y a la indexación laboral de acuerdo con lo estipulado por la Ley 510 de 1999.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Universidad del Magdalena, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas.

Al efecto señaló, que a través de la Resolución No. 605 de 21 de diciembre de 2001, se reconoció y ordeno pagar al docente sus prestaciones sociales, sin que hubiera existido de su parte inconformidad alguna con respecto a los factores salariales tenidos en cuenta.

Adujo, que el actor adicionalmente debió demandar dicha Resolución, porque con la respuesta a la reclamación de 6 octubre de 2004, ambos actos, conforman una unidad que debe integrarse al momento de acudir ante el Juez; lo que permite afirmar, que la demanda es inepta y por ello el fallo deviene en inhibitorio.

Señaló, que también existe inepta demanda, porque se formularon como principales, dos pretensiones que se oponen entre sí: la indemnización ordenada por la Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las cesantías y la Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por falta de pago de toda clase de prestaciones, que también incluye las cesantías. No se puede pretender, el reconocimiento y pago de estas, pues ello contraría el principio de inescindibilidad legal conforme al cual, la invocación de una norma jurídica supone su aplicación total y no por partes. Además, que una disposición contenida en el C.S.T., resulta exótica dentro del proceso Contencioso Administrativo. Agregó, que la demanda invoca como violadas normas que no se reseñaron en el escrito de vía gubernativa.

Arguyó, que la falta de notificación de una providencia no conduce a su nulidad sino a su ineficacia, y que por ello los razonamientos expuestos en tal sentido por

el actor, carecen de importancia por estar encaminados a demostrar una nulidad inexistente.

Sostuvo, que no es cierto que se haya violado el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, en la medida en que este Decreto rige para empleados del orden nacional, lo que significa que no aplica para la Universidades públicas de cualquier orden.

Igualmente señalo que no es cierto, que se haya vulnerado el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, en razón de que el actor al agotar vía gubernativa, nada solicitó respecto de las cesantías, con lo que este aspecto no puede ser estudiado con ocasión de la demanda.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó *“prescripción de la acción”*, en caso de prosperar las súplicas, respecto de cualquier derecho solicitado exigible tres años atrás antes de la formulación del reclamo administrativo; *“Inepta demanda”*, porque se presentó una indebida acumulación de pretensiones al solicitar dos tipos de indemnización; *“Inepta demanda y falta de competencia”*, al no existir identidad entre el objeto de la vía administrativa y el que se debate en sede jurisdiccional, que impide que se decida sobre el reajuste de cesantías, 12% de intereses sobre cesantías, reajuste a primas de servicio y de navidad e indemnización estipulada en la Ley 244 de 1995. Además, en la vía administrativa y jurisdiccional se relacionan como violadas, diferentes disposiciones *“buena fe de la Universidad del Magdalena”* para que se tenga en cuenta que la sanción consagrada en la ley 244 de 1995 no se de aplicación automática.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena, denegó las súplicas de la demanda.

En relación con la excepción de *“prescripción de la acción”*, señaló que en caso de prosperar la demanda, tanto las cesantías como sus intereses, se reconocerían sólo por el lapso de 3 años contados hacia atrás desde la fecha de la reclamación, es decir, desde el 6 de octubre de 2001; en cuanto a la *“inepta demanda”* por falta de agotamiento de vía gubernativa, precisó que ante el operador judicial solo pueden ventilarse los asuntos en los que la administración tuvo la oportunidad de pronunciarse previamente, lo que significa que prospera parcialmente la excepción

y por tanto se ocupara de estudiar el reconocimiento y pago del recargo nocturno correspondiente al 35% sobre las cuatro horas complementarias de su jornada laboral y la indemnización por falta de pago; y respecto de la “buena fe” de la demandada, indicó que no se podía proponer como medio exceptivo, pues los argumentos son solo una negación del derecho reclamado.

Frente al caso concreto y en lo que concierne al cargo de violación al debido proceso por no indicar los recursos que procedían contra el acto impugnado expresó, que si bien dicha conducta es reprochable, la misma no genera su nulidad, porque fue plenamente conocido por el actor. Además, no hacer uso de los recursos por no concederlos, permite inferir que se encuentra agotada la vía gubernativa, lo que hace viable demandar directamente ante la Jurisdicción, tal como lo señalan los artículos 62, 63 y 135 del Código Contencioso Administrativo.

En lo que atañe al reconocimiento del recargo nocturno del 35% para los docentes de la Universidad del Magdalena señaló, que en principio, el mismo se hallaba contemplado en el Decreto 1042 de 1978, que sólo cobijaba a empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Mediante el artículo 2º de la Ley 27 de 1992, se hizo extensivo a las entidades territoriales; ampliación que fue ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, que a su turno remite a su artículo 3º, para hacer referencia a los empleados que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, municipal y distrital.

Con relación a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, por ser violatorio del derecho a la igualdad y al trabajo sostuvo, que dicha norma fue objeto de revisión por la Corte Constitucional con efectos de cosa juzgada constitucional, en el sentido de declarar su exequibilidad en Sentencia C-566 de 1997, porque la situación jurídica de los docentes es sustancialmente diferente a la de los demás empleados públicos de la Rama Ejecutiva, por lo que no admite idéntico tratamiento jurídico. Y para ser sujeto del beneficio contemplado por el artículo 35 del aludido Decreto, se requiere laborar ordinariamente por el sistema de turnos, pero en el caso del actor, su jornada laboral era fija permanente de 2:00 p.m. a 10:00 p.m.

Concluyó, que respecto de las razones de ilegalidad frente al acto demandado no procede pronunciamiento alguno, no sólo porque no se agotó vía gubernativa frente a ciertas pretensiones, sino por haberse demostrado que el artículo 35 del

Decreto 1042 de 1978 no es aplicable a los docentes, tal como lo establece el literal b) de su artículo 104, además que como se indicó, no se demostró que trabajara ordinariamente por el sistema de turnos.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación.

Manifestó, que del artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978 se infieren varios presupuestos: el primero, que las labores se desarrollen permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, y en el proceso se encuentra probado que el actor laboró en jornada que incluía 4 horas diurnas y 4 horas nocturnas; el segundo, que no se trate de funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos y para los cuales haya disposición en normas especiales, de tal suerte, que si se opera por turnos y existe normativa reguladora de los mismos, es al demandado a quien le incumbe la carga de demostrarlo, porque se trata de una excepción a la regla general y el demandante solo debe demostrar los presupuestos de la regla general; el tercero, que no se trate de servidores públicos excluidos de la aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, por disposición de su artículo 104 y en este sentido, aunque dicha norma fue declarada constitucional sin condicionamiento alguno, lo cierto es, que la oponibilidad del fallo de exequibilidad a la excepción de inconstitucionalidad es inobjetable cuando el objeto de la acción y de la excepción es formal y materialmente el mismo, no así cuando existen diferentes situaciones normativas relacionadas con la norma acusada, aspectos ajenos al fallo de constitucionalidad que podrían dar lugar a un nuevo estudio de la norma frente a ellos.

Señaló que la regla general es el pago del recargo nocturno y la excepción aplica para los docentes que laboran de 6 p.m. a 10 p.m. y como el actor laboraba de 2:00 de la tarde a 10:00 de la noche, se encuentra por fuera de la excepción, con lo que queda cobijado por la regla general.

Agregó, que no se puede argumentar la falta de agotamiento de vía gubernativa, porque no existió como tal, sino la utilización de la prerrogativa del administrado de tenerla por tal cuando por inicio de la administración no se dio inicio a la

misma, y siendo así en tanto que no ha nacido espacio para discutir la decisión de la administración, no puede predicarse que no hay concordancia entre lo solicitado en esta y lo solicitado en la demanda.

Recalco que la petición de recargo nocturno, altera automáticamente el salario base y por consiguiente el valor de las prestaciones que se liquidan con base en el.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte actora**, reitera los argumentos aducidos en el trámite del proceso, y recalca que no existe razón legal ni jurídica para negar, con fundamento en la sentencia de exequibilidad C-566 de 1997, el impetrado estudio de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 104-b frente al artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, por el cual aboga su inaplicación, en atención a que resulta flagrantemente violatorio del derecho a la igualdad, dado que la ratio decidendi de la misma sentencia se fundamenta en que los profesores tenían un horario inferior al de los demás funcionarios públicos, entonces es claro, que para los docentes que cumplen una jornada igual a la de dichos funcionarios de 44 horas semanales si es viable el reconocimiento del recargo nocturno del 35%.

La parte demandada, Señaló que el actor al alegar en su favor el régimen de excepción debe probarlo.

El **Ministerio Público**, guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los términos del recurso de alzada corresponde a la Sala determinar, si al demandante en su condición de Docente de Tiempo Completo, que laboró al servicio de la Universidad del Magdalena en el horario de 2:00 p.m. a

10:00 p.m., le asiste el derecho al reconocimiento del recargo nocturno equivalente al 35% sobre su asignación mensual, por las labores desempeñadas de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., de conformidad con lo establecido por el Decreto 1042 de 1978.

CUESTIÓN PREVIA

Luego de analizado el expediente encuentra la Sala, que la petición inicial elevada por el actor el 6 de octubre de 2004 ante la Universidad demandada, con el objeto de agotar la reclamación administrativa, se circunscribe únicamente a que: **“Se le reconozca y se le pague, a mi mandante, el recargo nocturno correspondiente al TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de su salario, sobre las cuatro (4) horas complementarias de su jornada laboral de ocho (8) horas diarias, a partir de las seis (6) de la tarde, que laboraba de seis (6) de la tarde (6:00 p.m.) a diez (10) de la noche (10:00 p.m.) como docente de Tiempo Completo en la Facultad de Educación... desde el 2 de mayo de 1974..., petición que hago con fundamento en el Artículo 168 del Régimen Laboral Colombiano, Subrogado por la Ley 50 de 1990, art. 24...”**. Además, solicitó la indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del mismo Código y los intereses correspondientes al reconocimiento de lo adeudado con la actualización o ajuste de valor. (Folio 27 Cuaderno Principal).

Es así como la Universidad en respuesta a dicha petición, le indicó en el acto que ahora se acusa de 13 de octubre de 2004, que *“Las pretensiones planteadas por usted, encuentran según su criterio, el soporte en la normatividad antes señalada, es decir el régimen jurídico establecido en el C.S. del T., lo cual permitiría la aplicación bajo su entendido, de normas que regulan las relaciones laborales entre particulares a los empleados públicos, sin que exista norma que así lo disponga bien por remisión legal o jurisprudencial... Según la Ley 4ª de 1992 y el D.L. 1042 de 1978, la asignación básica mensual, al igual que el régimen prestacional correspondiente a cada empleo estará determinado por funciones a desarrollar de acuerdo con la estructura del empleo. Es del caso mencionar la calidad de docente de tiempo completo de su poderdante, hecho que lo identifica como empleado público, sujeto a las disposiciones anteriormente citadas, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico...”*. (Folios 31 y 32 Cuaderno Principal).

A su turno encuentra la Sala, que en el escrito de demanda, las Pretensiones Declarativas, se dirigen a: **“PRIMERA.- Declarar la nulidad del Acto Administrativo de fecha 13 de octubre del año 2004, ... por medio del cual declara improcedente las pretensiones solicitadas en el derecho de petición formulado... Esta petición fue elevada para el agotamiento de Vía Gubernativa de Reclamo, mediante escrito presentado el día 6 de Octubre, del año 2004..., respecto al reconocimiento y pago del TREINTA Y CINCO POR CIENTO, (35%), del recargo nocturno sobre las cuatro horas complementarias de su jornada laboral diaria. SEGUNDA.- Declarar que la Universidad del Magdalena se halla en mora por el no pago correspondiente al RECARGO NOCTURNO DEL TREINTA Y CINCO POR CIENTO, (35%) sobre las cuatro (4) horas complementarias de su Jornada Laboral Mixta de ocho (8) horas... TERCERA.- Declarar que la Universidad del Magdalena, no ha liquidado en forma correcta los sueldos, primas de servicio y prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones y demás prestaciones de mi poderdante por no haber tenido en cuenta para dicho pago, el Recargo Nocturno del 35% sobre su sueldo, por haber laborado éste en jornada mixta, esto es, mitad diurna y mitad nocturna... ”.** (Folios 4 y 5 Cuaderno Principal).

Además se pide en el libelo introductorio, que se condene a la demandada no solo al reconocimiento y pago del referido recargo nocturno sobre las 4 laboradas de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., sino además que se le condene al reconocimiento y pago **“... del faltante sobre las CESANTÍAS, causadas y no canceladas en su totalidad, por no haber tenido en cuenta el recargo nocturno del Treinta y Cinco por Ciento (35%) al liquidarlas durante todo el tiempo laborado..., al reconocimiento y pago del DOCE POR CIENTO (12%), de intereses sobre la parte de las Cesantías, causadas y no canceladas, con su respectiva indexación, durante todo el tiempo laborado... al reconocimiento y pago del faltante sobre las Primas de servicio, causadas y no canceladas en su totalidad ... con su respectiva indexación e intereses moratorios..., al reconocimiento y pago del faltante sobre las Primas de navidad, causadas y no canceladas en su totalidad ... con su respectiva indexación e intereses moratorios..., al reconocimiento y pago del faltante sobre las Vacaciones causadas y no canceladas en su totalidad ... con su respectiva indexación e intereses moratorios..., al reconocimiento y pago de la indemnización ordenada por la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, en el**

parágrafo del Artículo 2º por encontrarse en mora en el pago de las cesantías definitivas ...”. (Resalta la Sala).

De lo anterior, para la Sala salta a la vista, que la petición con la que el actor pretendió agotar vía gubernativa tal como lo manifiesta en su escrito de 6 de octubre de 2004, solo se circunscribió al reconocimiento del 35% del recargo nocturno, sin mencionar de ninguna manera la inclusión de dicho concepto para efecto de la liquidación de “... **sueldos, primas de servicio y prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre cesantías y demás prestaciones...**”, como sí lo hizo en el escrito de demanda.

Se torna entonces evidente, que las peticiones y condenas insertas en el texto de la demanda, expresamente estaban dirigidas al reconocimiento y pago de dichas prestaciones sociales con el incremento del 35% del recargo nocturno, fueron sustancialmente diferentes a la elevadas en el escrito de 06 de octubre de 2004, mediante el cual pretendió agotar vía gubernativa, razón por la cual la Sala entonces, no emitirá pronunciamiento con relación al *petitum* de la demanda, referido al reconocimiento y pago de **la Prima de Navidad, la Prima de Vacaciones, la Prima de Servicios, las Cesantías e Intereses sobre estas últimas**, con la inclusión del recargo nocturno del 35%; en tanto que la Administración Pública no puede ser llevada a juicio Contencioso si previamente no se le ha solicitado por el Administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al conocimiento de la Jurisdicción.

ASUNTO DE FONDO

Tenidas en cuenta las anteriores precisiones fácticas del asunto objeto de ésta instancia, corresponde entonces a la Sala entrar a definir lo que atañe al reconocimiento del recargo nocturno del 35% sobre la asignación mensual por las 4 horas de trabajo de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., al que el actor argumenta tener derecho como Docente Universitario de Tiempo Completo, que laboró en jornada de 8 horas de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. y de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., a fin de determinar la legalidad del acto objeto de censura.

Previo a abordar el análisis sustancial del asunto propuesto, se impone para la Sala el examen de la naturaleza jurídica de la Universidad demandada y la calidad de sus docentes, al igual que el marco normativo que regula el régimen salarial de los profesores universitarios, aunado al estudio de las probanzas allegadas al proceso; aspectos que permitirán establecer si al actor le asiste el derecho al reconocimiento que ahora reclama.

DE LAS UNIVERSIDADES

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 Constitucional, a las Universidades se les garantiza autonomía para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de conformidad con la ley, a la cual concede el establecimiento de su régimen especial.

Y de acuerdo con lo prescrito por el artículo 113 Superior, los Entes Universitarios se constituyen en órganos autónomos e independientes de los que integran las Ramas del Poder Público, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado ¹; autonomía, que además de significar la no pertenencia a ninguna de las Ramas del Poder, implica la posibilidad de actuar por fuera de las mismas, al igual que la titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la función constitucional encomendada.

Es evidente que la Carta Política concede la garantía de la autonomía universitaria, con el objetivo de asegurar para los asociados una formación académica independiente y libre de las interferencias del Poder Público, tanto en el campo académico como en el manejo administrativo y financiero, característica propia de las democracias modernas, que se traduce en el axioma de que los estudios superiores no pueden estar sometidos a ninguna forma de dirección, orientación o interferencia por parte del Gobierno. Pero vale la pena resaltar, que tal potestad no es absoluta, en tanto que debe respetar las previsiones constitucionales sin desmedro de los derechos fundamentales igualmente

¹ Debe recordarse que dentro del esquema de la organización estructural del Estado aparecen las Ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, de la misma manera los Órganos de Control: Ministerio Público y Contraloría General de la República; la Organización Electoral conformada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil y finalmente los **Órganos Autónomos Independientes que son: los Entes Universitarios Autónomos**, al igual que el Banco de la República, las Corporaciones Autónomas Regionales, la Comisión Nacional de Televisión y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

protegidos por la normativa superior, además que en razón del manejo de recursos públicos y del cumplimiento de la trascendental función social que le asiste, debe someter su gestión al control de la sociedad y del Estado.

En desarrollo de la atribución constitucional de contar con un régimen especial, es que el Congreso expidió la Ley 30 de 1992, *“Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”*.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 de esta Ley, las Universidades son Instituciones de Educación Superior, como también lo son las Instituciones Técnicas Profesionales, las Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas.

Como lo establece el artículo 19 de la Ley en cita, son Universidades, *“... las reconocidas actualmente como tales y las instituciones que acrediten su desempeño con criterio de universalidad en las siguientes actividades: la investigación científica o tecnológica; la formación académica en profesiones o disciplinas; y la producción, desarrollo y transmisión del conocimiento y de la cultura universal y nacional...”*.

Las Instituciones de Educación Superior, al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la referida Ley, en atención a su origen, se clasifican en Estatales u Oficiales, Privadas y de Economía Solidaria.

Las Universidades Estatales, no obstante su naturaleza jurídica de carácter autónomo, que les permite según el artículo 28 de la citada Ley, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear y desarrollar sus programas académicos, organizar todas sus labores, otorgar títulos, seleccionar profesores y admitir alumnos, adoptar sus regímenes correspondientes y establecer, aplicar y arbitrar sus recursos; indudablemente son parte del Estado y en consecuencia, las personas que en ellas prestan sus servicios ostentan la calidad de servidores públicos.

Según lo preceptuado por el artículo 58 de la Ley en mención, la creación de estas Universidades Oficiales corresponde al Congreso Nacional, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales o Municipales o a los entes territoriales que se creen, con el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley.

Esa característica de órganos autónomos con régimen especial de la que gozan las Universidades Públicas, al tenor de lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley precitada, comprende la posibilidad de elegir sus directivas, su personal docente y su personal administrativo, igualmente de organizar su sistema, su régimen financiero y su régimen de contratación y control fiscal.

El personal docente, por disposición del artículo 70 de la Ley 30 de 1992, puede incorporarse previo concurso público de méritos, cuya reglamentación corresponde al Consejo Superior Universitario ², y de acuerdo con su artículo 123, el régimen del personal docente de educación superior será el consagrado en los estatutos de cada institución y debe contemplar al menos los requisitos de vinculación, sistemas de evaluación y capacitación, categorías, derechos y deberes, distinciones e incentivos y régimen disciplinario. El personal administrativo de carrera, en cuanto a su vinculación se encuentra sujeto a los lineamientos previstos en el régimen general de carrera administrativa, en consideración a que no existe norma expresa, que le otorgue un régimen especial de carrera, como sí sucede con los docentes ³ y, en lo relacionado con sus derechos, obligaciones, inhabilidades, situaciones administrativas y régimen disciplinario, según lo dispone el artículo 79 de la Ley Especial, se encuentra regulado por el estatuto general de cada Universidad Estatal.

Como lo disponen los artículos 71 y 72 de la Ley 30 de 1992, el personal docente de una Universidad Estatal u Oficial puede ser: de dedicación exclusiva, de tiempo completo, de medio tiempo y de cátedra⁴. El profesorado perteneciente a las tres primeras categorías, como se advirtió, adquiere el carácter de empleado público que se encuentra amparado por este régimen especial y que por supuesto, no es

² El artículo 62 de la Ley 30 de 1992, preceptúa que la dirección de las Universidades Estatales u Oficiales corresponde al Consejo Superior Universitario, al Consejo Académico y al Rector. Por su parte el artículo 64 de esta Ley informa, que el **Consejo Superior Universitario**, es el máximo órgano de dirección y gobierno de la Universidad, integrado por el Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo preside; el Gobernador quien lo preside en las Universidades Departamentales o el Alcalde en el caso de las Universidades Distritales o Municipales; un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario; un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex rector universitario; y el Rector de la institución con voz pero sin voto.

³ Vale la pena resaltar que tal como lo establece el artículo 3º de la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron las normas de carrera administrativa, *“las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a... el personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera”*.

⁴ Según el artículo 74 de la Ley 30 de 1992, también existen los Profesores Ocasionales, que son aquellos que se requieren por la Universidad en forma transitoria para un periodo inferior de un año, con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo. Estos profesores no son ni empleados públicos ni trabajadores oficiales y sus servicios se reconocen por medio de Resolución.

de libre nombramiento y remoción. Ello no sucede con el profesor de cátedra que no es empleado público ni trabajador oficial, pero sí contratista, cuya vinculación puede generarse por contrato de prestación de servicios que se celebra por períodos académicos.

De manera particular, la Universidad del Magdalena se erige entonces, como una Institución de Educación Superior de carácter estatal y del orden territorial, que fue creada por la Asamblea Departamental del Magdalena a través de la Ordenanza No 5 de 27 de octubre 1958⁵, que fue reglamentada por el Decreto No. 115 de 22 de febrero de 1962⁶.

MARCO NORMATIVO

A partir de la Reforma Constitucional que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 01 de 11 de diciembre de 1968, la competencia para fijar tanto las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden nacional como el régimen prestacional de todos los empleados públicos, se radicó exclusivamente en el Congreso de la República, tal como quedó establecido en el numeral 9° del artículo 76 de la Carta Magna de 1886.

Ahora, con la expedición de la Constitución Política de 1991, corresponde al Congreso mediante la expedición de Leyes Marco, señalar las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en los literales e) y f) del numeral 19 de su artículo 150.

En materia salarial y prestacional los docentes vinculados a las Universidades Estatales u Oficiales, tal como lo dispone el artículo 77 de la Ley 30 de 1992, se rigen por la Ley 4ª de 1992, los decretos reglamentarios y demás normas que la adicionen y complementen.

⁵ La Ordenanza No. 5 de 1958, en su artículo 1° establece: “*Créase la Universidad del Magdalena que funcionará como Institución docente encargada de regentar educativamente las diversas profesiones liberales que en ella se establezcan*”. Señala su artículo 2°: “*la Universidad del Magdalena será una asociación, con personería propia, que funcionará en la Ciudad de Santa Marta*”.

⁶ El Decreto No. 115 de 1962, prescribe en su artículo 1° que: “*La Universidad del Magdalena se denominará Universidad Tecnológica del Magdalena y funcionará inicialmente con las Facultades de Agronomía y Zootecnia, Medicina Veterinaria y Administración y con un Instituto Tecnológico*”.

Es así como en el ámbito salarial y prestacional, los docentes vinculados a las Universidades Públicas del Orden Nacional se rigen por lo establecido en el Decreto 1444 de 1992 ⁷ y los vinculados a Universidades Públicas del Orden Territorial se gobiernan por el Decreto 55 de 1994 ⁸, que adoptó el régimen salarial y prestacional que fue determinado en el primero, normativa expedida con fundamento en las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992.

En efecto, el artículo 1º del Decreto 55 de 1994 señaló que ***“Los empleados públicos docentes de las Universidades Estatales u Oficiales del orden departamental, municipal y distrital que se vinculen por concurso a partir de la vigencia del presente decreto se les aplicará el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992, el Decreto 26 de 1993, y aquellos que los adicionan o modifican”***.

El Decreto 1444 de 1992, sobre la remuneración mensual de los Empleados Públicos Docentes de las Universidades Públicas, en su artículo 1º, dispone que *“...se establecerá sumando todos los puntos que a cada cual corresponda, multiplicando por el valor del punto”*. Y, Los puntajes en razón de los cuales es remunerado este profesorado, se establecen de acuerdo con la valoración de factores tales como los títulos correspondientes a estudios universitarios, la categoría dentro del escalafón docente, la experiencia calificada, la productividad académica y las actividades de dirección académico-administrativas.

Resalta la Sala que en el aludido Decreto, dentro de la regulación de la remuneración mensual y de los factores de puntaje de dichos docentes, no se encuentra contemplado de ninguna manera lo concerniente a los recargos nocturnos.

Es por lo expuesto, que en principio, sería dable apoyarse en las previsiones contenidas en el Decreto 1042 de 1978, que sí hacen referencia a dicho concepto en su artículo 35, según el cual *“Sin perjuicio de lo dispuesto en normas*

⁷ Decreto No. 1444 de 1992 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional”*.

⁸ Decreto No. 55 de 1994 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital”*.

especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas la parte del tiempo trabajado se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento pero podrá compensarse con períodos de descanso”.

Lo anterior, de no ser, porque este Decreto si bien es cierto, establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración, lo hace pero 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; sin tener en cuenta o regular lo referente al Personal Docente de Tiempo Completo de las Universidades Públicas, que dicho sea de paso, como se advirtió en párrafos anteriores, se constituyen en Instituciones autónomas, es decir, totalmente independientes de la Rama Ejecutiva y de las restantes Ramas del Poder Público.

Aunado a lo anterior, es el artículo 104⁹ del mismo Decreto, el que expresamente en su literal b), exceptúa de su aplicación a los docentes de los distintos órganos de la Rama Ejecutiva, con lo que no es posible la remisión analógica para aplicar al actor dicho precepto, en su calidad de docente universitario.

Con lo precedente se establece, que la normativa que de manera especial regula el régimen salarial del Personal Docente de las Universidades Estatales u Oficiales no contempla el recargo nocturno.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

En el presente asunto se encuentra establecido que el demandante, de acuerdo con certificación de tiempo de servicios expedida el 25 de noviembre de 2004, por la Jefe de Oficina de Recursos Humanos y Laborales de la Universidad demandada, estuvo vinculado a dicha Institución desde el 2 de mayo de 1974 hasta el 31 de diciembre de 2003, como docente de Tiempo Completo en la

⁹ Resalta la Sala que esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-566 de 1997.

categoría de Profesor Asociado adscrito a la Facultad de Ciencias de la Educación y que laboró en el horario de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. (Folio 33 Cuaderno Principal).

Por medio de la Resolución No. 605 de 2 de julio de 2003, se desvinculó de su labor de docencia al servicio de la Universidad demandada y se le reconoció su Pensión de Jubilación. (Folios 34 a 37 Cuaderno Principal).

Igualmente por Resolución No. 26 de 24 de enero de 2002, su pensión de jubilación le fue revisada. (Folio 57,58 Cuaderno 3)

Como lo indica la Cláusula Primera del contrato de transacción de derechos laborales, signado por la Universidad y docente, éste se acogió al régimen salarial y prestacional establecido en el decreto 1444 de 1992 (Folio 74 Cuaderno 3)

CASO CONCRETO

Está fehacientemente probado al interior del proceso, que el demandante se desempeñó por todo el tiempo que duró su vinculación con la Universidad del Magdalena, como profesor de Tiempo Completo con un horario comprendido entre las 2:00 p.m. y 10:00 p.m. Además, que se acogió al régimen establecido por el Decreto 1444 de 1992.

De conformidad con el análisis consignado en acápites anteriores, no es posible el reconocimiento del recargo nocturno pretendido, habida cuenta que la normativa que regula de manera especial el régimen salarial del personal docente al servicio de las Universidades Públicas, tal como se dilucidó no lo contempla.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión del Tribunal, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 14 de marzo de 2008, dentro del proceso promovido por el señor HERIBERTO EMILIO LINERO MARULANDA, contra la Universidad del Magdalena, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada, aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

