



Cartagena de Indias D. T. y C, dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2014-00294-01
Demandante	ANGELINA BARRIOS HERNÁNDEZ
Demandado	NACIÓN – MIN EDUCACIÓN – FOMAG / DISTRITO CARTAGENA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Prima de servicios de docentes oficiales.

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 26 de noviembre del dos mil 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

Se pretende la nulidad del acto administrativo 1227 del 19 de marzo de 2014, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios establecida en la ley.

Como pretensión consecuencial se invocó el reconocimiento y pago de la prima de servicios de conformidad con lo ordenado en el parágrafo 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989.

1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

La actora ha trabajado al servicio d la entidad demandada de conformidad con lo ordenado en los artículos 3 y 6 de la ley 60 de 1993.



Durante el tiempo que viene desempeñando sus labores ha percibido por concepto de factores salariales solamente el pago de asignación básica mensual, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

De conformidad con el artículo 15 de la ley 91 de 1989, los artículos 3 y 6 de la ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la ley 115 de 1994, la cancelación de la prima de servicios también debe ser reconocida por la entidad nominadora.

Con escrito radicado el 17 de marzo de 2014 se solicitó al ente demandado el reconocimiento de la prima de servicios.

La entidad demandada en el acto administrativo 1227 de 2014 negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invoca como violadas las siguientes normas:

- Artículos 3 y 6 de la Ley 60 de 1993, artículo 115 de la Ley 115 de 1994, artículo 15 de la Ley 91 de 1989, parágrafo 2, y artículos 9, 10 y 11 del Decreto 1850 de 2002.

En el presente caso, de acuerdo a lo expresado por la apoderada de la parte demandante, la vulneración normativa radica en que conforme lo consagrado en el parágrafo del artículo 15 de la ley 91 de 1989, esta norma hace alusión a la prima de servicio de manera expresa como derecho a favor de los docentes, aparte normativo que conforme al principio de efecto útil de la norma debe ser interpretado como un argumento adicional para su reconocimiento, liquidación y pago, dado que no tendría sentido que la norma aclarara que dichas prestaciones deben ser reconocidas por la Nación y cuales por el Fondo, sino tuviera derecho a la misma.

1.4. LA CONTESTACIÓN.

Nación – Ministerio de Educación Nacional.

Se opuso el ente demandado a las suplicas de la demanda – según el – por considerarlas que no es titular de la obligación reclamada puesto que la ley no le encargó de forma alguna de intervenir en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales o de salud, lo cual está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como tampoco de los tramites de



las reclamaciones, los cuales se encuentran a cargo de la entidad territorial correspondiente, sin que haya lugar a que se interprete como una delegación y que estén actuando a nombre del ministerio. En cuanto a los recursos el pago le corresponde a la Fiduciaria La Previsora S.A.

Distrito de Cartagena.

Se opuso a las pretensiones basada fundamentalmente en que el acto demandado no viola las disposiciones invocadas por la parte actora.

Manifiesta que el decreto 1042 de 1978 invocado por el actor tiene aplicación en el régimen especial de los docentes por lo que se hace necesario que se analice si la actora tiene el derechos.

Sobre el particular informo que a algunos docentes les asiste el derecho; estos serían los docentes cuya vinculación se haga desde el 1 de enero de 1990, no siendo este el caso del actor dado que se encuentra vinculada como docente desde el 5 de julio de 1981 y al ser nacionalizada se le mantiene el régimen que ha venido gozando y en el cual no se incluye la prima de servicios.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El a quo, determino que la prima de servicios establecida por el decreto 1042 de 1978 no es aplicable a los docentes por no ser sus destinatarios y los entres territoriales carecen de competencia para hacer el reconocimiento de una pretensión no establecida en la ley.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Como repara concreto difícilmente pudo extraerse alguno pues reiteró *in extenso* los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda.

Con todo y esto, trae a cita como precedente jurisprudencial la sentencia proferida por el Consejo de Estado con numero de radicación 68001-23-31-0002001-02589-01 (2483-10) con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y en virtud de la cual considera tener derecho habida cuenta además que – según se advierte – los docentes tanto nacionalizados como nacionales y territoriales tiene derecho a la prima de servicios cuyo reconocimiento y pago se sustenta en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.



5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto sobre el asunto en esta instancia.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, se ejerció control de legalidad del mismo, conforme lo preceptuado en el artículo 207 del CPACA, por ello y teniendo en cuenta que en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Con fundamento en lo mencionado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

3.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de



superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

"Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

3.3 Problema jurídico.

Se contrae en determinar si en efecto el *a quo* incurrió en error de interpretación respecto de las reglas jurisprudenciales y normatividad aplicable, especialmente el artículo 15 parágrafo 2º de la ley 91 de 1989, en tanto no reconoció a la actora (docente territorial) la prima de servicios de que trata el Decreto 1042 de 1978.

3.4. Tesis

Esta Sala de Decisión sustentara que la sentencia apelada no adolece de error de interpretación, pues en armonía con lo expuesto en la instancia inferior, la interpretación que debe prevalecer respecto al artículo 15 de la ley 91 de 1989, conlleva a colegir que en manera alguna dicha norma consagra la prima de servicios para el personal docente oficial.

Dará argumentos basados en jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado que sustentan la tesis expuesta y dan lugar a que no se doblegue el juicio del *a quo*.



3.5. Argumentación normativa y jurisprudencial.

3.5.1. Previo a concentrar la atención en la resolución del problema jurídico, huelga precisar el marco legal que hace relación a la prestación reclamada por la actora.

En ese entendimiento se tiene entonces que la prima de servicios que deprecian los accionantes es la 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 nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones".

La prima de servicios es creada específicamente por el artículo 42 del aludido decreto, 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".

Así mismo, el artículo 58 de la norma en comento, define dicha prestación 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".

Por demás, respecto a su ámbito de aplicación, el citado decreto contempló las siguientes 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 Ejecutiva¹.**
- 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".

De manera expresa, como es posible observarse, se excluyó del ámbito de aplicación del decreto, a los docentes oficiales.

3.5.2. La parte actora ha alegado que tiene derecho a la prima de servicios que contempla el decreto 1042 de 1978, por la aplicación del contenido de la Ley 91 de 1989², artículo 15, parágrafo 2. Luego entonces, pasara la Sala a preciar el alcance de esas normas, en lo que compete al asunto.

3.5.3. Ley 91 de 1989.

¹ 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 de diferencia en el servicio que se presta en uno y otro caso, lo cual no es menester entrar a analizar".

² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



A través de La Ley 91 de 1989, el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales.

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."

Establece el marco 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 hicieron 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 hicieron 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 hicieron 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.



13-001-33-33-008-2014-00294-01

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 hicieron 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 hicieron 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."

Crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (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".

Estableció como función principal y objetivos misionales de dicho fondo, lo siguiente:

"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*



13-001-33-33-008-2014-00294-01

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 renunciaciones 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 registros 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 Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones."

Precisó además las normas a aplicar por el fondo 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.³

³ 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".



3.5.4. Del precedente jurisprudencial de unificación.

En asunto de contornos fácticos idénticos al planteado en el *sub lite*, por medio del cual nuestro Honorable Tribunal de Cierre tuvo a bien unificar la jurisprudencia⁴ en torno al tema de la prima de servicios de los docentes oficiales, dicha Corporación de Justicia determinó que con la expedición de la Ley 91 de 1989, que tuvo por objeto la creación del FOMAG, al ocuparse de fijar las normas prestacionales aplicables a los docentes oficiales, en la reglamentación contenida en su artículo 15, no se creó, ni se extendió a favor de los docentes oficiales, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978.

El citado fallo judicial, luego de hacer un resumen de las líneas jurisprudenciales que hasta el momento de su proferimiento pervivían en el ordenamiento jurídico, y haciendo alusión especialmente a la sentencia de la Corte Constitucional T-1066 de la cual fue ponente el Magistrado Alexei Julio Estrada, proferida en el expediente T-3.534.094, en el que el municipio de Armenia solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido

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 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".

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicado No. CE-SUJ215001333301020130013401. No. Interno: 3828-2014. Actora: Nubia Yornar Plazas Gómez. Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Departamento de Boyacá. Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011. Tema: Prima de servicios de docentes oficiales



proceso, supuestamente vulnerados por el Tribunal Administrativo del Quindío al fallar 46 procesos ordinarios de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en los que ordenó el pago de la prima de servicios a docentes oficiales, con base en lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, **se decantó por definir que el decreto ley 1042 de 1978 no es norma aplicable al personal docente oficial**, resaltando que en la referida sentencia T-1066 de 2012, la Corte Constitucional expresó que dicho fallo de tutela se profería, "sin perjuicio de la labor de unificación de la jurisprudencia en materia contenciosa laboral del Consejo de Estado" razón por la cual, consideró como válida la labor unificadora de la jurisprudencia y definió de una vez por todas el tema.

En principio, de la mano de los métodos de interpretación histórico y finalista el Consejo de Estado abordó el análisis del real alcance del artículo 15 de la ley 91 de 1989, para llegar a la conclusión que viene de comentarse. Por su importancia se transcriben a continuación sus conclusiones:

"(...)

En la exposición de motivos y las ponencias para primer y segundo debate no se abordó el tema referido a la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional, como tampoco se hizo referencia al artículo 104 de dicha normativa, que de manera expresa excluyó a los docentes públicos de su aplicación.

En tal virtud, 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.

Ahora bien, dentro del contexto histórico revisado por la sala, se encuentra el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013⁵, en donde se crea la prima de servicios a favor de los docentes oficiales a partir del año 2014⁶.

Así las cosas, en aplicación de los métodos de interpretación histórico y teleológico, se concluye que el legislador de 1989 no tuvo intención de reconocer ni extender a todos los docentes oficiales, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978, y

⁵ 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.

⁶ Dispone el artículo 1 de la norma en comentario lo siguiente:

"Artículo 1. Prima de servicios. Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan:

1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.

2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

Parágrafo. La prima de servicios que se establece en el presente Decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año."



en consecuencia se mantiene la exclusión que respecto de ellos consagrada en el artículo 104 ibídem.

En ese sentido, no tiene no es válida la argumentación expuesta por FECODE y SINDODIC tendiente a afirmar que como la voluntad del legislador de 1989 era equiparar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales al de los empleados públicos del orden nacional, se entiende reconocida a su favor la prima de servicios creada en el Decreto 1042 de 1978 a favor de estos últimos.

Las anteriores consideraciones, realizadas con ocasión de la aplicación del método de interpretación histórico y teleológico para interpretar la Ley 91 de 1989, permiten desestimar el argumento jurisprudencial según el cual, todos los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, tienen derecho a la prima de servicios, en aplicación del Decreto Ley 1919 de 2002⁷ que extendió a los empleados públicos territoriales el régimen prestacional de los servidores públicos del orden nacional, en la medida que se pudo verificar que no fue esta la voluntad o intención del legislador en 1989.

Se concluye de lo hasta aquí expuesto, que la intención o voluntad del legislador, al proferir la Ley 91 de 1989⁸, no era la de crear o extender a favor de los docentes oficiales la prima de servicios; sino, la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales a partir de 1990, equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional, dejando a salvo la exclusión de los beneficios del Decreto Ley 1042 de 1978⁹, sin detrimento de los derechos adquiridos consignados en las disposiciones de las entidades territoriales, por lo que, en los artículos 2 y 15 de dicha ley se estableció la regla según la cual, los docentes nacionalizados vinculados hasta ese momento, mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial.

Ahora bien, también se abordó el tema en la decisión de unificación, desde la perspectiva del método de interpretación sistemático o por contexto, para definir que, después de realizar una lectura integral y detallada de 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 1913¹⁰, 116 de 1928¹¹ y 37 de 1933¹², así como los Decretos 3135 de 1968¹³, 1848 de 1969¹⁴, 1045 de 1978¹⁵ y 2277 de 1979¹⁶, en ninguna de ellas se crea la prima de servicios a los docentes oficiales.

⁷ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

⁸ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

¹¹ 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.

¹² Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados.

¹³ 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.

¹⁴ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", antes referenciado.

¹⁵ 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.

¹⁶ Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.



Se utilizó el método gramatical de interpretación para arribar a la misma conclusión.

Así se expuso:

"(...)

A partir del criterio de interpretación gramatical o literal establecido en las normas citadas, estudia la Sala el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁷:

"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.

¹⁷ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



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.

El artículo 15 transcrito regula, respecto de los docentes oficiales, 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación. La primera hace referencia a los docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para quienes, de la lectura de la norma se desprende lo siguiente: 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.

Lo anterior conduce a precisar por parte de la Sala, que los entes territoriales, antes de iniciado el proceso de nacionalización de la educación ordenado por la Ley 43 de 1975¹⁸, regularon de distinta manera el asunto atinente a los salarios y prestaciones sociales de los docentes oficiales, por lo que en varios departamentos y municipios, antes de la expedición de dicha norma, los maestros oficiales devengaban emolumentos adicionales a los mínimos legales. Lo cual responde a la voluntad o intención del legislador de garantizar el respeto por los derechos adquiridos de los docentes nacionalizados que venían devengando emolumentos salariales y prestacionales adicionales a los mínimos legales, reconocidos por normas territoriales.

La segunda situación es la descrita por el inciso 2 del numeral 1 de la norma, que dice lo siguiente: Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados, agrega la Sala), para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados

¹⁸ Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.



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.

Por otra parte, para el caso de la norma en comento, se hace necesario analizar el parágrafo 2, porque a partir de él la actora deriva su pretensión, encontrando la Sala, que dicho enunciado normativa estipula, que el FOMAG no pagará al personal docentes nacionalizado y nacional, vinculado antes o después de 31 de diciembre de 1989, las siguientes prestaciones y emolumentos: prima de navidad, prima de servicio, prima de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte y vacaciones; los cuales "continuarán" a cargo de la Nación.

Recapitula la Sala, que la actora hace consistir su argumento principal en que el señalado parágrafo 2, al indicar que el Fondo no pagaría entre otras, la prima de servicios, sino que dicho emolumento continuará a cargo de la Nación, lo crea o extiende en favor de los docentes oficiales; argumento sustancial para este estudio, que obliga a la Corporación a indagar por el significado del verbo "continuar", que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹⁹, alude a "seguir haciendo lo comenzado".

Teniendo como punto de referencia esta definición, se analiza el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, encontrando que el correcto entendimiento de la disposición normativa en estudio es el que indica que las prestaciones y emolumentos que "continuarán" a cargo de la Nación, son aquellas que ya estaban reconocidas a los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, por las entidades territoriales a las que estaban adscritos antes del proceso de nacionalización ordenado por la Ley 43 de 1975²⁰, entre ellas la prima de servicio; interpretación que se encuentra acorde con el contenido de los antecedentes legislativos y judiciales estudiados.

Pero además de la interpretación de dicho parágrafo a partir del significado de las expresiones que lo integran, es necesario analizarlo a la luz del Decreto Ley 1042 de 1978²¹, cuyo artículo 104 excluye de manera expresa a los docentes de la aplicación de sus disposiciones, entre las que está el artículo 48, que crea la prima de servicios a favor de los empleados públicos del orden nacional únicamente.

En ese sentido, una interpretación gramatical del parágrafo 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.

De acuerdo con lo expuesto, el cargo formulado en la demanda, coadyuvado por FECODE y SINDODIC, según el cual, de la base textual del parágrafo 2 de la norma en cita, es posible emanar el reconocimiento prestacional reclamado, **constituye una interpretación equivocada que no tiene en cuenta que dicho apartado en realidad sólo está consagrando la garantía del respeto a los derechos adquiridos de aquellos docentes oficiales, nacionales o nacionalizados, vinculados antes o después de la entrada en vigencia de la norma, que en su momento venían devengando, entre otras, la prima de servicios, más no la creación de dicho emolumento.** (Negrillas y subrayas de la Sala).

¹⁹ <http://dle.rae.es/?id=AVIj6Y4>.

²⁰ Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

²¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.



Adicionalmente, el Consejo de Estado trató el tema, a partir de la interpretación de la norma cuestionada conforme a la Constitución Política, habida consideración que se invocó en esa oportunidad por los accionantes, la transgresión del **derecho a la igualdad y los principios constitucionales de favorabilidad, así como el de no regresividad** (progresividad).

Respecto a la interpretación Constitucional se coligió:

"(...)

Las interpretaciones que hasta ahora se han realizado del artículo 15 de la Ley 91 de 1989²², a partir de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, según las cuales, la norma en cita no reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978²³ para los empleados públicos del orden nacional, en nada quebranta el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, pues, en modo alguno el sentido de la disposición normativa, así entendida obliga a los maestros estatales a renunciar a dicha prima o factor salarial, puesto que con anterioridad no existía norma alguna que se las adjudicase.

Respeto a favorabilidad indicó:

"Descendiendo a la materia objeto de estudio, reitera la Sala que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989²⁴ no ofrece duda seria y objetiva, pues, como se ha visto, a partir de la aplicación de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, el verdadero sentido de la norma no permite inferir que su contenido constituya base textual para entender que el legislador reconoció o extendió la prima de servicios a los docentes oficiales.

En relación con la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989²⁵ propuesta por la parte actora, la Sala advierte que su fundamento no tiene la entidad suficiente para ofrecer duda sobre su aplicación sino que, por el contrario, deviene acomodaticia para efectos de la prosperidad de sus pretensiones.

Así, la interpretación propuesta por el actor constituye una aproximación errada frente al verdadero sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989²⁶, por lo que mal haría la Corporación en darle aplicación prevalente, bajo el prurito de la realización del principio de favorabilidad, sobre la interpretación consolidada a partir de los métodos de interpretación legal."

No hay duda entonces acerca del verdadero sentido y alcance del artículo 15 de la ley 95 de 1989, de lo que impera colegir en consecuencia que el

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

²³ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

²⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²⁵ Ib.

²⁶ Ib.



verdadero sentido de la norma no permite inferir que su contenido constituya base textual para entender que el legislador reconoció o extendió la prima de servicios de que habla el decreto 1042 de 1978 a los docentes oficiales.

Finalmente, la decisión fijó seis reglas para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales.

A continuación se transcriben:

"(...)

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 2013²⁷, 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.*

"(...)"

²⁷ 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.



3.6. Argumentación fáctica y probatoria

3.6.1 Caso concreto.

Para resolver el problema jurídico planteado se llega a la conclusión, después de lo analizado con amplitud en el acápite normativo, que en efecto la sentencia apelada no adolece de error de interpretación, pues el artículo 15 de la ley 91 de 1989, acorde con la tesis prohijada por el *a quo*, en manera alguna contempla la prima de servicios para el personal docente oficial de que habla el decreto 1042 de 1978.

Pensar que dicha norma creó la prestación reclamada, implica una interpretación equivocada que no tiene en cuenta que dicha proposición normativa (la del párrafo 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989), sólo está consagrando la garantía del respeto a los derechos adquiridos de aquellos docentes oficiales, nacionales o nacionalizados, vinculados antes o después de la entrada en vigencia de la norma, que en su momento venían devengando, entre otras, la prima de servicios, **más no la creación de dicho emolumento.**

La jurisprudencia de unificación ha destacado que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no ofrece duda seria y objetiva a la luz de la aplicación de los métodos de interpretación literal, sistemático, histórico y teleológico, luego el verdadero sentido de la norma no permite inferir que su contenido de para entender que el legislador reconoció o extendió la prima de servicios a los docentes oficiales.

Por las anteriores razones, y decantado como está el tema de la interpretación que debe tener lugar respecto al artículo 15 de la ley 91 de 1989, lo que impera confirmar de la sentencia apelada, pues, si no hay lugar a reconocer la prestación a la luz de dicho precepto, tampoco hay argumento para predicar la nulidad del acto demandado.

6. Condena en costas en segunda instancia.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "*a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación*", y de conformidad



con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado por ser esta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas en segunda instancia a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: RECONÓZCASE personería jurídica para actuar en representación del Distrito de Cartagena a la Doctora YADIRA MARTÍNEZ CAMPO, en los términos y condiciones que indica el memorial poder visto al folio 166 del cuaderno de segunda instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.



LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL