



13-001-33-33-004-2013-00240-01

Cartagena de Indias D.T y C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-004-2013-00240-01
<b>Demandante</b>	MARLY DEL CÁRMEN MORELOS GONZÁLEZ
<b>Demandado</b>	DISTRITO DE CARTAGENA
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Actuación</b>	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
<b>Tema</b>	PRIMA DE SERVICIOS DOCENTES OFICIALES

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de julio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

#### 1.1. Fueron invocadas las siguientes pretensiones (se transcribe):

*“PRIMERA: Que es nulo el acto administrativo consistente en la resolución 2782 del 23 de abril de 2013, por medio de la cual la demandada NIEGA las solicitudes de reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS presentada por mi mandante.*

*SEGUNDA: Que MARLY DEL CÁRMEN MORELOS GONZÁLEZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS de que trata la ley 91 de 1998.*

*TERCERA: Como consecuencia de las declaraciones anteriores y con sujeción a lo legalmente establecido, ordénese a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL Y AL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, al restablecimiento de los derechos de MARLY DEL CÁRMEN MORELOS GONZÁLEZ conculcados con la actuación ilegal de la accionada.*

*CUARTA: Ordenar a la entidad demandada a que reconozca y pague a la demandante los siguientes conceptos, con sus respectivos intereses moratorios e indexación.*

*A- CUATRO MILLONES DE PESOS M/C (\$4.000.000)*



13-001-33-33-004-2013-00240-01

(...)"

## 1.2. Hechos.

Fueron narrados los siguientes (se transcribe):

*"PRIMERO: Mi mandante .... fue nombrada en propiedad desde el mes de enero de 2006, en la INSTITUCION EDUCATIVA NUESTRO ESFUERZO sede VALORES UNIDOS,..... adscrita a la SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA.*

*SEGUNDO: Mi mandante se encuentra escalafonada en el Grado (2A), con una asignación salarial de UN MILLON TRECIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$1.325.952).*

*TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, mi poderdante solicitó ante la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE LA CIUDAD DE CARTAGENA, el día 21 de marzo de 2013, para que vía administrativa se le reconociera y consecucionalmente se le pagara la PRIMA DE SERVICIO a que tiene derecho en virtud de esta ley.*

*CUARTO: EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDIO en sentencia de segunda instancia proferida en el proceso 63-001-3331-004-2009-00143-01 ... concluyó que "la prima de servicios deberá ser reconocida..."*

*QUINTO: LA CORTE CONSTITUCIONAL mediante la sentencia T-1066 de 2012, reconoció y ratificó el derecho de los docentes a devengar una prima de servicios de la misma manera que la reciben los demás servidores públicos del país ..... "*

## 1.3. Normas violadas y concepto de la violación

- Ley 91 de 1989 (art. 15).
- Ley 115 de 1994 (art. 115).
- Ley 812 de 2003 (art. 81)
- Ley 1437 de 2011 (arts. 1º, 2º y 3º)

Expuso el actor como concepto de la violación que la validez de los actos administrativos depende de que en ellos concurren los elementos y requerimientos establecidos previamente por el ordenamiento jurídico y que



13-001-33-33-004-2013-00240-01

la violación a la ley, como hecho invalidante del acto, incluye la inadecuación de este a normas superiores a las que debe respeto.

Apuntó que el acto cuestionado viola las normas citadas luego se configura la causal de **"infracción a las normas en que debería fundarse"**

Achaca violación al artículo 1 constitucional porque la actuación de la administración irrespeta su dignidad humana, el derecho al trabajo y la solidaridad debida.

Invoca vulneración al artículo 2 constitucional porque la entidad se apartó de los fines del Estado al dictar el acto cuestionado porque hace imposible la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales que la amparan.

Juzga como transgredido también el artículo 29 constitucional, puesto que debió dictarse con sujeción a las normas que regulan su forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos, lo cual no se hizo.

Arguye que fue clara la violación de las normas del CPACA pues los artículos 1º, 2º y 3º en los cuales se establece para los funcionarios en desarrollo de las disposiciones constitucionales la obligación de dirigir las actuaciones administrativas al cumplimiento de los cometidos estatales como señalan las leyes, a la adecuada prestación de los servicios públicos y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

## **2. La contestación.**

La accionada contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Alegó que la administración nunca desconoció los derechos constitucionales invocados habida cuenta que el acto no es arbitrario ya que existen motivos legales para no reconocer la aludida prima de servicios.

La decisión no violó el debido proceso del actor por cuanto el acto se dio en virtud de una petición o solicitud que interpuso el actor y la decisión



13-001-33-33-004-2013-00240-01

manifestada en el acto tiene fundamentos válidos y legalmente sustentados.

### 3. Sentencia de primera instancia

La sentencia apelada resolvió lo siguiente (se transcribe):

"(....)

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2782 de 23 de abril de 2013, suscrito por el Secretario de Educación Distrital de Cartagena, mediante el cual se niega el reconocimiento y el pago de la prima de servicios a la docente MARLY DEL CARMEN MORELOS GONZALEZ, identificada con cedula de ciudadanía No. 45.455.241.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNESE al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, reconocer, liquidar y pagar a la actora la Prima de Servicios que le corresponda, a partir del 21 de marzo de 2010 hasta el 30 de junio de 2014, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

**TERCERO:** Las sumas que resulten de la liquidación ordenada en la presente providencia, deberán ser indexadas en los términos del inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, de acuerdo a los índices de precios al consumidor.

**CUARTO:** Declárense prescritas las sumas generadas en favor de la actora con anterioridad al veintiuno (21) de marzo de dos mil diez (2010).

**QUINTO:** Deniéguese el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reclamados por la demandante en el literal B ordinal cuarto del acápite de pretensiones de la demanda, según lo expuesto en este proveído.

(....)"

La base argumentativa del fallo se concretó en lo siguiente:

- La valoración de las documentales recaudadas en el plenario acreditan que la docente demandante viene vinculada en tal condición al Distrito de Cartagena – Secretaria de Educación Distrital desde el 30 de enero de 2006, en forma ininterrumpida, e igualmente, permiten inferir que a la fecha de la presentación de la demanda que dio lugar al trámite de este proceso, se encontraba vigente el vínculo laboral entre la demandante y el ente demandado.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

- Analizado el panorama factico probatorio descrito dentro del marco jurídico desarrollado en precedencia, debe concluirse que le asiste a la demandante el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicio, de conformidad con el tiempo laborado, y debidamente probado, esto es, del 30 de enero de 2006 al 30 de junio de 2014 (fls. 120 y 121).
- De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, se tiene que, la potestad específica de creación de factores o elementos salariales, se encuentra en cabeza del Gobierno Nacional.
- El personal docente se encuentra sujeto a un régimen especial previsto en la ley 115 de 1994.
- ciertamente el Decreto 1042 de 1978 excluye de su aplicación a los docentes vinculados en la rama ejecutiva.

No obstante, de lo normado en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, ley posterior, se infiere que a los docentes les resulta aplicables la normatividad que regula la prima de servicios, esto es, Decreto 1042 y 1045 de 1978, con las excepciones que la ley 91 señala, lo que deja sin fuerza vinculante al literal b del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, pues la ley 91 de 1989 no contempla dicha excepción.

- El régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales se extendió al de los territoriales, de conformidad con la literalidad del art. 1 del decreto 1919 de 2002. Por su parte el artículo 15 de la ley 91 de 1989 no excluye de su ámbito de aplicación a los docentes de orden territorial, por lo que la normatividad referente a la prima de servicios les resulta válidamente aplicable.
- La decisión del Distrito de Cartagena contenida en el acto acusado resulta violatoria del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y del artículo 13 de la Carta Política, razón por la cual se debe declarar su nulidad.

#### **4. Recurso de apelación**

Fundamenta el censor la alzada en síntesis con los siguientes argumentos:



13-001-33-33-004-2013-00240-01

- Se difiere de la posición del a quo por cuanto la ley 91 de 1989 no reconoce de manera expresa la existencia de prima de servicios para el sector docente y en calidad de nacional, por lo que existe un error de interpretación jurídica frente al tema de la prima de servicios del sector docente

- Dicha prima no fue creada por la ley 91 de 1989 artículo 15 parágrafo 2; el simple hecho de que la norma indique que en cabeza de la Nación se continuará cancelando la prima de servicio, no implica que exista inmediatamente el reconocimiento de dicho emolumento para el sector docente, y es por ello que se ha incurrido en una mala interpretación.

- Se debe dar aplicación al artículo 104 del decreto ley 1042 de 1978 que hace evidente la restricción creada por el legislador, la cual limita expresamente su aplicación a los funcionarios de Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Departamentos Administrativos y Unidades Administrativas Especiales.

- El citado decreto en su artículo 3 no incluye al personal docente.

- La prima de servicio para el personal docente y directivo docente no ha sido creada por la ley 91 de 1989 como lo indica el despacho, el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios para empleados públicos tiene su génesis en el decreto 1042 de 1978, que en sus artículos 1, 58, 59, 60 y 104 precisó su campo de aplicación para los empleados públicos del orden nacional exceptuando al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

- El tema de la prima de servicios del sector docente se resolvió con la expedición del decreto 1545 de 2013 lo cual indica que ese tema no estaba regulado para el personal docente.

## **5. Trámite procesal segunda instancia**

Mediante auto de fecha 2 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (fl. 172 Cdo. 2º instancia) y por auto de 11 de julio de 2016 (fl. 174 idem) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

## **6. Concepto del Ministerio Público**

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no rindió concepto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **1. Impedimento del DR. ARTURO MATSON CARBALLO**

El H. M. Dr. ARTURO MATSON CARBALLO, se declara impedido para conocer del presente proceso, en virtud de que incurre en la causal de impedimento prevista en el numeral 4º del artículo 130 del C.P.A.C.A, ello por cuanto uno de sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, es contratista de la entidad demandada.

Así las cosas, la Sala luego de revisar los hechos en que se fundamenta el impedimento y la causal invocada, la encuentran procedente; por lo que aceptará el impedimento manifestado por el H. M. Dr. ARTURO MATSON CARBALLO, de acuerdo con lo previsto en el artículo 134 del C.P.A.C.A.

### **2. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.

### **3. Problema jurídico**

Se contrae en determinar si en efecto el *a quo* incurrió en error de interpretación respecto del artículo 15 parágrafo 2º de la ley 91 de 1989, en tanto reconoció a la actora (docente del Distrito de Cartagena) la prima de servicios de que trata el Decreto 1042 de 1978.

### **4. Tesis**



13-001-33-33-004-2013-00240-01

Esta Sala de Decisión sustentara que en efecto la sentencia adolece de error de interpretación, pues el artículo 15 de la ley 91 de 1989, en manera alguna contempla 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 en consecuencia a la revocatoria de la sentencia apelada para en su lugar negar las súplicas de la demanda.

## 5. Argumentación normativa y jurisprudencial.

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 deprecia la accionante 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 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.**





13-001-33-33-004-2013-00240-01

- 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 analizada 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 Ejecutiva<sup>1</sup>.**
- 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.

<sup>1</sup> 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".





13-001-33-33-004-2013-00240-01

- 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.

**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 1989<sup>2</sup>, artículo 15, parágrafo 2. Luego entonces, pasara la Sala a preciar el alcance de esas normas, en lo que compete al asunto.

### 5.2.1. Ley 91 de 1989.

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:

<sup>2</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

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

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

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

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

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

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

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren 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





13-001-33-33-004-2013-00240-01

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 del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

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

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registro contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones."

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.





13-001-33-33-004-2013-00240-01

*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.*<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 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 contemplarse las normas referidas a su operatividad; ii) los derechos adquiridos por cuanto con la equiparación y unificación de regímenes prestacionales especializados diferentes se despojó a los docentes de las conquistas laborales como lo es la pensión de gracia que ha debido permanecer hasta el retiro del servicio, iii) el pago oportuno y reajuste periódico de pensiones y el principio de favorabilidad laboral al desproteger el derecho al reconocimiento de las prestaciones como la pensión de gracia y extender precisamente el régimen más desfavorable, iv) la seguridad social como servicio público ya que al efectuarse la asimilación de regímenes diferentes resulta aplicable el menos favorable a los intereses de los docentes, y v) la igualdad al equipararse regímenes y especialidades diferentes que da lugar a la existencia de un trato discriminatorio en el sistema pensional por la no extensión del disfrute de la pensión de gracia a todos los docentes". Dijo entonces la Corte, que "En el presente caso, no encuentra la Corte que se viole el principio de unidad de materia. Al contrario, se aprecia que las normas examinadas se encuentran dentro del núcleo temático del contexto general de la Ley 91 de 1989, sin que se observe elemento ajeno al objeto de regulación específica, o que no guarde una relación objetiva y razonable de conexidad causal, teleológica, temática y sistémica con la materia dominante. En efecto, la Ley 91 de 1989, refiere en su título a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y consta de 17 artículos, a los cuales se referirá brevemente la Corte con la finalidad de contextualizar la ley en estudio. (...). Del recuento de la exposición de motivos puede manifestarse que la presentación del proyecto de ley buscó establecer la claridad necesaria en cuanto a las responsabilidades en el pago de las prestaciones sociales de los docentes y en definir un régimen laboral único atendiendo la problemática que se presentaba por la diversidad de 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



13-001-33-33-004-2013-00240-01

### 5.3. Del precedente jurisprudencial de unificación.

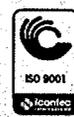
En asunto de contornos fácticos idénticos al planteado en el *sub lite*, por medio del cual nuestro Honorable Tribunal de Cierre tuvo a bien unificar la jurisprudencia<sup>4</sup> en torno al tema de la prima de servicios de los docentes oficiales, dicha Corporación de Justicia determinó que con la expedición 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 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

---

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 consecencialmente 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".

<sup>4</sup> 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 Yomar 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





13-001-33-33-004-2013-00240-01

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 2013<sup>5</sup>, en donde se crea la prima de servicios a favor de los docentes oficiales a partir del año 2014<sup>6</sup>.***

***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***

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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."



13-001-33-33-004-2013-00240-01

**1978, y 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 2002<sup>7</sup> 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 1989<sup>8</sup>, 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 1978<sup>9</sup>, 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 1913<sup>10</sup>, 116 de 1928<sup>11</sup> y 37 de 1933<sup>12</sup>, así como los

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

<sup>11</sup> 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.

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



13-001-33-33-004-2013-00240-01

Decretos 3135 de 1968<sup>13</sup>, 1848 de 1969<sup>14</sup>, 1045 de 1978<sup>15</sup> y 2277 de 1979<sup>16</sup>, en ninguna de ellas se crea la prima de servicios a los docentes oficiales.

Se utilizó el metido 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 1989<sup>17</sup>:

**"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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", antes referenciado.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

<sup>17</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

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."**

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





13-001-33-33-004-2013-00240-01

1975<sup>18</sup>, 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 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 normativo 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 Española<sup>19</sup>, 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 1975<sup>20</sup>, 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 1978<sup>21</sup>, cuyo artículo 104 excluye de manera expresa a los docentes de la aplicación**

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> <http://dle.rae.es/?id=AVlj6Y4>.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

**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 párrafo en mención no conduce a señalar la creación de la prima de servicios, pues, no hay expresión alguna que integre un verbo o verbos rectores que identifique el nacimiento del mencionado emolumento o del cual pueda derivarse la creación de un nuevo factor de salario a favor de los maestros oficiales.**

De acuerdo con lo expuesto, el cargo formulado en la demanda, coadyuvado por FECODE y SINDODIC, según el cual, de la base textual del párrafo 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).

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 1989<sup>22</sup>, 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 1978<sup>23</sup> 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:

<sup>22</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>23</sup> 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.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

**"Descendiendo a la materia objeto de estudio, reitera la Sala que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>24</sup> 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 1989<sup>25</sup> 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 acomodatícia 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 1989<sup>26</sup>, 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 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**

<sup>24</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>25</sup> Ib.

<sup>26</sup> Ib.



13-001-33-33-004-2013-00240-01

*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 2013<sup>27</sup>, los docentes oficiales, sin distinción 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.*

(...)"

## **6. Argumentación fáctica y probatoria**

### **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 adolece de error de interpretación, pues el artículo 15 de la ley 91 de 1989, en manera alguna contempla la prima de servicios para el personal docente oficial de que habla el decreto 1042 de 1978.

<sup>27</sup> 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.





13-001-33-33-004-2013-00240-01

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 es la revocatoria 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<sup>28</sup>, máxime cuando es la norma que se invoca como violada. Se negaran en efecto las suplicas de la demanda.

## **7. Condena en costas**

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 de 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 la apelación"*, y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual sólo habrá lugar a costas cuando el expediente aparezca que se causaron.

<sup>28</sup> Véanse folios 16 a 22 Cdo. No. 1





13-001-33-33-004-2013-00240-01

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: ACEPTASE** el impedimento al H. M. Dr. Arturo Matson Carballo

**SEGUNDO: REVÓCASE** la sentencia apelada.

**TERCERO:** En consecuencia **NIÉGANSE** las suplicas de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO:** 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**

Impedido  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

