



Cartagena de Indias D.T y C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2014-00190-01
Demandante	LLILIA GUZMAN PÉREZ
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y OTROS
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	PRIMA DE SERVICIOS 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 dos (02) de mayo del dos mil quince (2015), proferida en la audiencia inicial por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

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

"PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo (oficio o memorando) identificado con el No. 564 de fecha 10 de septiembre de 2013, notificado el 28 de octubre de la misma anualidad, emitido por el Dr. JAVIER ALBERTO POSADA MEOLA en su calidad de Secretario de Educación del Departamento de Bolívar, por medio de la cual se da contestación al derecho de petición presentado el 06 de junio del 2013 y donde se determina negar el reconocimiento y pago de la prima de servicios

SEGUNDA: DECLARAR que la señora LILIA GUZMAN PÉREZ tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLIVAR, le reconozca y pague lo que le adeuda por concepto de PRIMA DE SERVICIO, de conformidad con lo establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

TERCERA: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLIVAR, a que sobre lo antes señalado, se practiquen los reajustes automáticos de ley a que haya lugar y a partir de la fecha de adquisición del derecho.

CUARTA: Condenas a al NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACION





13-001-33-33-007-2014-00190-01

DEPARTAMENTAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLIVAR, a que se pague a favor de la señora LILIA GUZMAN PÉREZ las nuevas sums y las diferencias prestacionales que resulten entre la fecha del reconocimiento y hasta cuando se realice el pago.

QUINTA: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLIVAR, que sobre las sumas de dinero se le reconozca y pague a la señora LILIA GUZMAN PÉREZ las cantidades indexadas

(...)"

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes (se transcribe):

- La prima de servicios fue creada por el decreto 1042 de 1978.
- Por medio del decreto 1545 de 19 de julio de 2013 se estableció la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.
- La demandante se encuentra vinculada al Magisterio del Departamento de Bolívar, desde el 20 de febrero de 1995 y actualmente desempeña el cargo de docente en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Orfebre Tomasa Nájera en Monpox, grado 12.
- El actor reúne los requisitos para acceder a la asignación de prima de servicios y en razón a ello solicitó su reconocimiento y pago mediante derecho de petición presentado en fecha 06 de junio de 2013 con radicado 15105.
- Dicha solicitud fue resuelta en forma negativa por parte de la entidad accionada, mediante oficio No. 564 de fecha 10 de septiembre de 2013 y notificada en fecha 28 de octubre de la misma anualidad.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

- Ley 91 de 1989 (art. 15).
- Decreto 01 de 1984 (art. 137).



13-001-33-33-007-2014-00190-01

Expuso el actor como concepto de la violación que según el artículo 137 del CCA, los actos administrativos son nulos cuando han sido expedidos con violación de la norma superior, en forma irregular, por funcionario incompetente, falsamente motivados, con desconocimiento del derecho de defensa y audiencias y con desviación de poder.

Aduce que el acto acusado fue expedido con violación de las normas de la Constitución Política y del párrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, con falta de competencia y con fundamento en una motivación falsa.

2. La contestación.

2.1. Departamento de Bolívar.

Contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones aduciendo que lo que se pretende es que se creen prestaciones sociales por el ente departamental con carácter retroactivo y sin sostenimiento presupuestal y por fuera de las facultades constitucionales que solamente atañen al Congreso de la República, como es la expedición del estatuto laboral (art. 150 numerales 1º, 2º y 19 literal E), funciones que por disposición superior no son arrogables en los entes territoriales de ningún nivel, sabiéndose por las partes que la facultad de crear emolumentos o prestaciones sociales se realizan por intermedio de leyes y estos son expedidas por el Congreso.

Agregó que la prestación reclamada no existe en el estatuto laboral de los maestros y sus valores no forman parte de los aspectos presupuestales del Departamento de Bolívar.

3. Sentencia de primera instancia

La sentencia apelada negó las suplicas de la demanda argumentando que debe inclinarse por darle la razón al ente territorial demandado respecto del acto acusado, porque la prima establecida en el decreto 1042 de 1978 no es aplicable a los docentes por no ser sus destinatarios y de otra parte porque el Departamento de Bolívar carece de competencia para hacer el reconocimiento de una prestación no establecida en la ley.

Agregó que el decreto 1042 de 1978 excluye expresamente al personal docente de la aplicación de esa norma.





13-001-33-33-007-2014-00190-01

Que los artículos 5 y 15 de la ley 91 de 1989 señala entre sus objetivos el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, pero exceptúa la prima de servicios.

Que la sentencia C – 506 del 2006 no tiene carácter vinculante porque aquello que hace relación al régimen prestacional constituye obiter dicta.

Que la prima de servicio docente no ha sido creada por la ley 91 de 1989.

Que la sentencia T 066 de la Corte Constitucional no constituye precedente vinculante sino un antecedente.

Concluyó que no se acreditó el cargo de nulidad puesto que la demandante no tiene el derecho.

4. Recurso de apelación

Además de reiterar todos los argumentos jurídicos ya debatidos y superados, se reprocha la sentencia por mala interpretación de la norma; lo que conllevó, según el censor, a la violación de preceptos legales y constitucionales, ya que es esta misma normatividad (ley 91 de 1998 artículo 15 parágrafo 2) la que consagra claramente el derecho que tienen los docentes a recibir UNA PRIMA DE SERVICIOS.

Se insistió en que si bien es cierto inicialmente se estableció que la prima de servicios la cancelaría la Nación como entidad nominadora, ahora la normatividad expedida dispone que corresponde a los DEPARTAMENTOS, MUNICIPIOS O DISTRITOS QUE INCORPOREN LOS DOCENTES A SUS PLANTAS DE PERSONAL, la cancelación de la prima de servicios con cargo al sistema general de participaciones.

Subrayó que no se trata simplemente de que el juez de primera instancia manifieste que no le asiste el derecho a la actora a percibir la prima de servicios denegando las pretensiones sino que su procedimiento se adapte a la normatividad vigente.

Que la conceptualización de las normas mencionadas no solamente se convierte en un requisito de evaluación de la demanda, sino que se demuestra con las mismas el error en que ha incurrido el a quo con la sentencia.

5. Trámite procesal segunda instancia



13-001-33-33-007-2014-00190-01

Mediante auto de fecha 5 de octubre de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (fl. 80 Cdo. 2º instancia) y por auto de 18 de febrero de 2016 (fl. 82 ídem) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. Concepto del Ministerio Público

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

II.- CONSIDERACIONES

1. 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.

2. 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 no reconoció a la actora (docente territorial) la prima de servicios de que trata el Decreto 1042 de 1978.

3. 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 no se doblegue el juicio del a quo.

4. Argumentación normativa y jurisprudencial.





4.1. 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.
- 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 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 1989².

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

4.2. 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.

4.2.1. 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 implica 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.





13-001-33-33-007-2014-00190-01

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 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 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:





13-001-33-33-007-2014-00190-01

Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

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

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

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:



13-001-33-33-007-2014-00190-01

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.¹³

4.3. 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 jurisprudencia⁴ en torno al tema de la prima de servicios de los docentes oficiales, dicha Corporación de Justicia determinó que con la expedición

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". 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 unificar 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 asumía 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 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





13-001-33-33-007-2014-00190-01

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 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.





13-001-33-33-007-2014-00190-01

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

En ese sentido, no tiene ni 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,

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 comento 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."

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.





13-001-33-33-007-2014-00190-01

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.

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.

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.

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





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.

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 prestaciones 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 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

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.

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.





13-001-33-33-007-2014-00190-01

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 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:

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.



13-001-33-33-007-2014-00190-01

"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 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:

"(...)

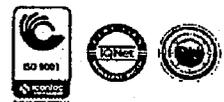
6.1. La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.

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.

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

²⁵ Ib.

²⁶ Ib.





13-001-33-33-007-2014-00190-01

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.

(...)"

5. Argumentación fáctica y probatoria

5.1. 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 prolijada 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

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.





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 1° 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 en segunda instancia, ordenando su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., para que de manera concentrada se liquiden a Instancias del *a quo*, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 3, en armonía con el artículo 6, numeral 3.1.3., en el cual se dispone que en los asuntos de segunda instancia con cuantía, adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden, para la tasación de las agencias en derecho, la Sala encuentra razonable fijarlas en la suma de DIEZ MIL CUATROCIENTOS





13-001-33-33-007-2014-00190-01

CUARENTA Y OCHO PESOS (\$10.448), que corresponden al 1% de las pretensiones patrimoniales estimadas en la demanda.

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.

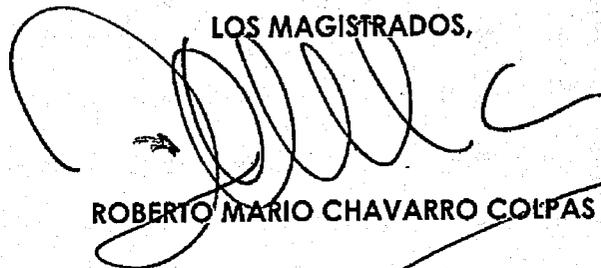
SEGUNDO: CONDÉNASE a la parte demandante, al pago de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones, e incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la suma de DIEZ MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$10.448), de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: 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



ARTURO MATSON CARBALLO



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE