



REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
SECRETARIA DE EDUCACION

Señores

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL
Att. Dra SANDRA LILIANA ROYA BLANCO
Jefe Oficina Asesora Juridica

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL 01-02-2013 11:24:55 AM
2013ER9878 0 1 Fol:1 Anex:0
Destino: OFICINA ASESORA JURIDICA / RUTH DAY ZAMBRANO
Asunto: PRIMA DE SERVICIO DE LEY 91
Observ.:

REFERENCIA: SOLICITUD URGENTE DE CONCEPTO

ASUNTO: PRIMA DE SERVICIOS DE LEY 91.

GLEDY MARIA FOLIACO REBOLLEDO en mi calidad de Secretaria de Educación del Departamento del Magdalena, de la manera más respetuosa me permito solicitar se emita concepto jurídico respecto a la viabilidad del reconocimiento a favor de docentes, directivos docentes y administrativos de la IED del Departamento de la denominada PRIMA DE SERVICIOS de que trata el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que la organización sindical del Magdalena y varios abogados han presentado más de tres mil (3.000) requerimientos administrativos que deben ser resueltos en el término de un mes solicitando el reconocimiento de esta prestación aduciendo que se encuentra creada, vigente y confirmada a través de pronunciamientos jurisprudenciales.

Es urgente para esta secretaria contar con los elementos jurídicos de juicio necesarios para poder resolver estas y fijar una posición de defensa jurídica coincidente con los intereses de la Nación.

Quedo atenta a sus comentarios y recomendaciones, esperando se resuelva esta consulta en los correos despacho@sedmagdalena.gov.co y juridica@sedmagdalena.gov.co

Cordialmente,

GLEDY MARIA FOLIACO REBOLLEDO
Secretaria de Educación del Departamento del Magdalena

Proyecto: Rodney Fabián Ortiz Chamorro/ Coordinador Jurídico SED MAGDALENA



Rammy

SAC 2013PPR 707

Bogotá D.C.,

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL 24-01-2013 12:59:16
Al Contestar Cite este Nro.: 2013EE4071 O 1 Fol:1 Anex:0
Origen: Sd:358 - OFICINA ASESORA JURIDICA / ITALO EMILIAN
Destino: SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL I
Asunto: RESPUESTA SOLICITUD SOBRE RECLAMACIONES DE
Observ.: DCE

Doctora
GLEDY FOLIACO REBOLLEDO
SECRETARIA DE EDUCACION DEL MAGDALENA
Calle 14 Carrera 3 esquina Centro
Santa Marta (Magdalena)

30 ENE 2013

REF: Su solicitud No. 2012ER143853 sobre reclamaciones de asignaciones salariales.

H. DOM
LEDA

Respetada doctora:

Mediante la presente comunicación de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, damos respuesta a la solicitud de concepto presentada a esta entidad en los siguientes términos:

CONSULTA

“Sírvasse emitir concepto si es viable el reconocimiento y pago de la prima de servicio establecida en el numeral 1, numeral 4, párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 de los docentes que se relacionan en la solicitud que anexaremos al presente escrito (...)”

NORMAS RELACIONADAS Y RESPUESTA:

Decreto 451 de 1984

En cuanto a esta norma, es necesario resaltar que de la misma manera que lo hace el Decreto 1048 de 1972, el Decreto 451 de 1984 excluye de manera expresa la aplicación del Decreto al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

“Artículo 4º. Las normas de este Decreto no se aplicarán:

- a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que presten servicios en el exterior.*
- b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.***
- c) A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados.*
- d) Al personal de las Fuerzas Militares, y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican o adicionan.*

Calle 43 N° 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.

PBX: +57 (1) 222 2800 - Fax 222 4953

www.mineduccion.gov.co - atencionalciudadano@mineducacion.gov.co



*e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.”
(Negrillas fuera del texto)*

En relación con la prima de servicios que aparece en el párrafo segundo del numeral 4 del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es necesario realizar las siguientes aclaraciones:

El derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de la eficiencia, universalidad y solidaridad. De acuerdo con lo señalado en la Ley 100 de 1993, artículo 15 modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

La Ley 6 de 1945 crea las primeras prestaciones sociales tanto para trabajadores estatales como particulares. En su artículo 22, consagraba que teniendo en cuenta la condición económica de los departamentos, intendencias, comisarías o municipios, se señalaría por medio de decreto las prestaciones que hubiese que pagar a dichos funcionarios. Es así, como el Decreto 2767 de 1945 dispuso en su artículo 1º que los trabajadores de las citadas entidades, tendrían derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la ley 6ª de 1945, otorgadas para los empleados y obreros nacionales, dándoles así mismo en el artículo 10º ídem la facultad de organizar en cualquier tiempo instituciones de previsión social similares a la Caja Nacional de Previsión Social para atender el pago de las prestaciones que les correspondan y **mientras estas no se constituyan, las respectivas gobernaciones, intendencias, comisarías o municipios, responderían de las prestaciones sociales de sus trabajadores con cargo a su propio pecunio.** (Se resalta)

De otra parte, para el sector público por medio del decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del estado, normas que en virtud de la ley 6ª de 1945 y decreto 2767 del mismo año como se anotó, se hace extensiva a los servidores públicos del orden territorial.

De lo anterior bien puede colegirse: 1) los principios laborales rigen tanto para trabajadores privados como para servidores públicos, 2) desde principios de la existencia de la ley laboral, hay prestaciones a cargo del empleador y prestaciones a cargo de terceros, y se denominan prestaciones comunes y especiales. Las comunes sólo son asumidas por el empleador (llámese empresa o estado) cuando éste no afilia a sus trabajadores al sistema de seguridad social.



Ahora bien, el decreto 1042 de 1972 establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, y se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleados, creando la norma entre otras la prima de servicios para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos en las entidades anteriormente descritas, con las excepciones allí establecidas; prima que es concebida como elemento constitutivo de salario, más no como prestación social.

Por lo anterior, queda claro que las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la ley 6ª de 1945 y el decreto 1045 de 1978, que se les ha llamado de manera equivocada primas, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario. Para el caso de los servidores públicos, por disposición legal en el evento de tener derecho a las enunciadas primas, éstas formarían parte de los factores salariales para liquidación de las prestaciones sociales que por ley les correspondan.

En consideración con lo anterior, se analizará el párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989 que al tenor establece: *“Párrafo 2º.- 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.”*

Con la expedición de la ley 43 de 1975, la educación en Colombia es un servicio público a cargo de la nación, por tanto los gastos ocasionados por las entidades territoriales son de cuenta de la nación. Las prestaciones sociales del personal adscrito a las entidades que han de nacionalizarse y que se hayan causado hasta dicha fecha, continuarán a cargo de dichas entidades. Establecía la norma, que las prestaciones que se causaren a partir del momento de la nacionalización, serían atendidas por la nación, pero las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá pagarían a la Nación dentro de diez años y por cuotas partes las sumas que adeudaran hasta entonces a los servidores de los planteles, por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al momento de la nacionalización.

Con la ley 60 de 1993, se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias, estableciendo ésta norma que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados, que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.



Ahora bien, adicionalmente a lo expuesto en párrafos anteriores sobre el sentido del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es necesario aclarar cuál es la aplicación de la norma al establecer que 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."* (Se resalta)

Tal como se ha destacado en el presente concepto, el artículo referenciado en ningún momento esta creando una prima de servicios para el personal docente, sino que establece la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la Nación, en virtud de la nacionalización de la educación, y no del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Precisamente, el hecho de hablar en el citado parágrafo de "continuación" del pago de las prestaciones relacionadas, hace evidente que la protección de la norma es en relación con un emolumento que ya existía y no como se ha interpretado, la creación de uno nuevo.

Para mayor claridad, remitámonos al Diccionario de la Lengua Española, sobre el significado de la palabra continuar, en donde encontramos que significa "*proseguir lo comenzado, durar, permanecer, seguir, extenderse*"¹.

En el anterior entendido, no puede decirse que el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 haya creado la prima de servicios para los docentes y directivos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que en aras de garantizar los derechos adquiridos de aquellas asignaciones que ya se encontraban debidamente reconocidas, y de asegurar un responsable en el pago de dichos conceptos, se reitera, en virtud de la nacionalización de la educación; se designo como responsable a la Nación y no al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la continuidad en el pago de los conceptos relacionados en el parágrafo 2 del artículo 15 de dicha ley, toda vez que al Fondo como entidad de previsión social le corresponde el pago de las prestaciones sociales comunes a cargo de terceros, tales como cesantías, pensiones, sustitución pensional y servicios médicos asistenciales, entre otras, con ocasión a la afiliación y cõtización que deben realizar trabajadores y empleadores a las entidades del sistema.

Así las cosas, del contenido del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, claramente se determina las obligaciones de cada una de las partes, responsabilidades que se limitan a aquellos emolumentos que ya existían y que por lo tanto se continuarían pagando y que para el caso de la prima de servicios, hace relación únicamente a las que se encontraban vigentes para la época de promulgación de la Ley y que eran pagadas a los docentes.

¹ Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=continuar>
Calle 43 N° 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.



Afirmar que el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, creó una prima de servicios, es dar una interpretación totalmente distinta a la norma y desconocer la realidad que para el momento operaba en el sector educativo como consecuencia de la nacionalización de la educación, teniendo en cuenta que cuando el legislador utiliza el verbo continuar, hace referencia a prestaciones ya existentes que debían continuar pagándose.

Adicionalmente las normas allí relacionadas no hacen mención al decreto 1042 de 1978, precisamente por cuanto dicha norma no crea prestaciones sociales, sino que establece factores constitutivos de salario; de tal suerte que las normas enunciadas en dicho articulado como es el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, son una enumeración taxativa de las prestaciones que a partir de la fecha rige para los docentes estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y darle una interpretación extensiva al decreto 1042 de 1978, pretendiendo aplicarlo a este tipo de trabajadores, es contra legem teniendo en cuenta que por disposición explícita del artículo 104 "Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones "...b) **Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.**", literal que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C 566 de 1997, teniendo como sustento los siguientes argumentos:

"El establecimiento de regímenes laborales especiales, en cuanto garantizan un nivel de protección igual o superior, en relación con los regímenes generales, resulta conforme a la Constitución, como quiera que la disparidad de trato que propician estos regímenes especiales resulta razonable, ya que, en su virtud, se desarrollan y respetan los postulados del artículo 58 de la Carta Política, el cual garantiza "los derechos adquiridos con arreglo a leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores"... El sometimiento a un régimen salarial y prestacional especial de los maestros vinculados a la Administración Pública en sus distintos niveles, régimen especial que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos, no lesiona la Constitución sino que, más bien, posibilita la cabal observancia del mandato contenido en el artículo 58 de la misma, en cuanto protege los derechos adquiridos conforme a leyes anteriores."

Debiendo entonces recordarse que las excepciones son de naturaleza restrictiva sin que pueda dárseles interpretación extensiva por vía administrativa o jurisprudencial y si lo pretendido es, aplicar el artículo 59 del decreto 1042 de 1978 que crea la prima de servicios, a esta clase de servidores, por el principio de la inescindibilidad de la ley² así mismo debe darse aplicación al artículo 104 que los excluye.

Así las cosas, la prima de servicios para el personal docente y directivo docente 1) no ha sido creada por la Ley 91 de 1989. Cuando la norma habla de continuar, hace

² En virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.



referencia a aquellos casos en que fueron otorgados con fundamento en disposición normativa previa, 2) la Ley 91 de 1989 en su párrafo segundo, hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo que, de lo anteriormente expuesto bien puede deducirse que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas (las del párrafo segundo del artículo 15) y hace referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley; sin que pueda afirmarse que la prima de servicios ha sido creada por la ley 91 de 1989 en favor de los docentes estatales, dado que dicha norma sólo hace alusión a aquellos que obligatoriamente son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; 3) en cumplimiento a lo señalado en el artículo 10° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido del deber de aplicación uniforme de las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos; sólo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas con cargo a la nación y en virtud de la nacionalización de la educación, en aquellos casos en que la prima de servicios les hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la ley 91 de 1989, en aplicación al principio establecido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia sobre derechos adquiridos, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para los funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de Abril de 2010, M.P.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de pago de intereses de mora y pago de indexación, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional ya se ha pronunciado en los siguientes términos:

"(...) La Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del Dr. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, en concepto de 24 de agosto de 2006, Exp. No. 1745, con relación a indexación de sumas debidas por reconocimientos de prima técnica, a servidores públicos, consideró:

"En la misma dirección en esta oportunidad la Sala precisa que la fuente de la corrección monetaria es la ley y, por ende, la indexación de la prima técnica no puede aplicarse directamente ni discrecionalmente por la administración. Ello puede acontecer en cumplimiento de decisiones judiciales que ordenen actualizar los valores debidos. Por lo demás, el debate de la indexación por vía administrativa y sin autorización previa del legislador para reajustar la prima técnica, no es posible colocarlo en el plano de las obligaciones civiles, pues su quantum es una suma determinada señalada por el legislador, la cual presupuestalmente no es viable actualizarla a valor presente directamente.

Por tanto, la administración no está facultada en norma de ningún rango para de manera discrecional optar por ordenar la indexación y consecuentemente no está investida de atribución alguna para determinar la fórmula o procedimiento a cumplir para liquidar la indexación, materia igualmente reservada al legislador.



Resulta claro, entonces, que sin facultad legal y sin existir consagrada fórmula de reajuste periódico, la administración está vedada para indexar las sumas que pueda deber por concepto de prima técnica; otro entendimiento rompería el principio de separación de poderes y atentaría contra el principio de reserva legal. Cuando el legislador ha querido establecer fórmulas de reajuste de valores así lo ha dispuesto. Véanse, por vía de ejemplo, los artículos 178 del C.C.A., 32 de la ley 200 de 1995, 1° y 3° la ley 242 de 1995, 86 de la ley 488 1998¹. Especialmente ilustrativo para reafirmar la tesis de la Sala resulta el artículo 50 de la ley 1071 de 2006 - por medio de la cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación."

Así las cosas, tanto la indexación como los intereses moratorios, no pueden aplicarse directamente ni discrecionalmente por la administración, ello sólo puede acontecer en cumplimiento de decisiones judiciales que ordenen actualizar los valores debidos. En conclusión la administración no se encuentra facultada para ordenar directamente ni discrecionalmente indexación ni intereses moratorios".

Atentamente,


SANDRA LILIANA ROYA BLANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Rad. 2012ER143853
Preparó: DCE