

2008IE19841

Ministerio de Educación Nacional
Oficina Asesora Jurídica
República de Colombia

Bogotá, D. C.

Doctora
GLORIA MERCEDES ALVAREZ NUÑEZ
Ciudad

Asunto: Su comunicación IE 13777 ER 48890, Pago de Primas Extralegales con recursos del SGP.

Consulta.

En atención a su solicitud sobre la incidencia del decreto 745 de 1999 expedido por la administración del municipio de Cali, que establece el régimen de prestaciones sociales de sus empleados públicos, en las decisiones por adoptar con relación al requerimiento de recursos por parte de tal municipio para la cancelación de primas extralegales, con recursos del Sistema General de Participaciones, le informo que esta oficina emitirá su concepto con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 inciso 3 del Código Contencioso Administrativo.

Normas y Concepto.

Por mandato constitucional, artículo 150 de la Carta, la competencia para expedir las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios para establecer el régimen prestacional de los servidores públicos es del Congreso, por medio de Leyes.

El decreto 0216 de febrero 18 de 1991 expedido por las autoridades del municipio de Cali, fija las prestaciones sociales y otros beneficios para los empleados públicos de la administración central, en tanto que los decretos 731 y 745 de 1999, expedidos igualmente por las autoridades de dicho municipio, disponen que el régimen de prestaciones de los empleados públicos del municipio de Cali, es el que establece la ley, lo que determina un régimen diferencial por aplicar de acuerdo con la fecha de vinculación al servicio.

Es de anotar que las competencias de las autoridades territoriales en materia de prestaciones sociales de los empleados públicos de tal orden han estado sujetas a la ley, no solo en vigencia de la Constitución de 1991, sino también en la de la Constitución de 1886, particularmente a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1968, hecho ocurrido el 1º de diciembre de tal año. Así lo ha manifestado categóricamente el Consejo de Estado al resolver varias

consultas sobre el tema, de las cuales destaco el concepto con radicación 1518 de septiembre 11 de 2003.

La ley 60 de 1993 dispuso que la prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes con cargo a los recursos del situado fiscal, se haría por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal, tendrían el carácter de departamental, distribuidos por municipios de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio y que la administración del personal docente se haría conforme a lo previsto por el artículo 6 de esta ley; estableció que correspondía a la ley y a sus reglamentos señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo del servicio educativo estatal; determinó que el régimen prestacional aplicable a las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la ley 91 de 1989; ordenó la incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial; dispuso que la remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrían el carácter de servidores públicos de régimen especial de los ordenes departamental, distrital y municipal, se regiría por el decreto ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen y sus reajustes salariales serían definidos de conformidad con la ley 4 de 1992.

La ley 115 de 1994 dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales era el establecido en la ley 91 de 1989 y en la ley 60 de 1993; y el salarial el fijado de conformidad con la ley 4 de 1992.

El decreto reglamentario 196 de 1995 estableció que los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estuviesen vinculados a la fecha de vigencia de este decreto, serían incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quienes se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran al momento de la incorporación y no se les podría imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley o entidades antecesoras; de manera expresa dispuso que los docentes que se vincularan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad, se afiliarían con sujeción al régimen establecido en la ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen, adicionen o sustituyan.

La ley 715 de 2001 en el artículo 38 inciso 3, determina que el Régimen Prestacional de los docentes y directivos docentes de los planteles educativos, que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, es el establecido por la ley o de acuerdo con esta.

El decreto 1919 de 2002 establece que los empleados públicos del orden territorial gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

La ley 812 de 2003 en el artículo 81, entre otros asuntos dispuso que el régimen prestacional de los docentes, nacionales, nacionalizados, y territoriales que se encuentren vinculados al servicio educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.

Este ministerio a través de las Directivas 14 de agosto 14 de 2003 y 21 de noviembre 30 de 2005, dio claras orientaciones a las entidades territoriales respecto de las competencias de la nación y de las entidades territoriales para el pago de primas extralegales, precisando en la última citada que:

“... con cargo al Sistema General de Participaciones podrán pagarse las primas extralegales reportadas con corte al 1 de noviembre del 2000 y que sirvieron para el calculo de la base del SGP, con ocasión de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2001 y la ley 715 de 2001, con destino al pago del personal docente y administrativo de los establecimientos educativos públicos, las contribuciones inherentes a la nomina y sus prestaciones sociales. Las primas extralegales y otros beneficios no reportados en su oportunidad, no podrán ser asumidos con recursos del SGP y serán pagados con cargo a los recursos propios de la entidad territorial, cuando a ello haya lugar. La entidad territorial deberá realizar el respectivo análisis de legalidad con el fin de determinar si es procedente el pago y/o el ejercicio de la acción de nulidad.”

En este punto es preciso también reiterar, como en oportunidades anteriores lo ha expresado esta oficina, que en todo caso es pertinente acudir a los principios generales del derecho para explorar la vigencia y aplicabilidad o no de disposiciones que hayan podido generar derechos a los ciudadanos en general o algún grupo de ellos. Por ello se ha insistido también en la necesidad perentoria de que cada entidad territorial realice efectivamente el análisis de las disposiciones locales en estas materias y ejerzan las acciones contenciosas del caso en procura del restablecimiento del orden normativo cuando haya lugar a ello y adopten en forma autónoma y sin dilaciones, como corresponde constitucional y legalmente, las decisiones a que haya lugar.

Por otra parte debe igualmente señalarse que las transferencias que por el Sistema General de Participaciones realiza la nación a las entidades territoriales, tienen como finalidad, entre otras por supuesto, proveer los recursos necesarios para financiar adecuadamente la prestación de los servicios a cargo de dichas entidades. Así las cosas, las leyes de presupuesto años 2005 y 2006 han establecido mecanismos para dar cumplimiento a lo señalado en los artículos 36 y 41 de la ley 715 de 2001, y 80 de la ley 812 de 2003 en relación con los costos en la prestación del servicio educativo y saneamiento de deudas que tengan las entidades territoriales por concepto de salarios y prestaciones que puedan adeudar a los docentes y administrativos así como lo prevé ahora el artículo 37 de la Ley 1151 de 2007.

Así las cosas, en el marco normativo aludido, únicamente sería viable el pago con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones de las prestaciones extralegales a los entonces denominados docentes municipales de Santiago de Cali, que se encontraban vinculados y eran pagos con recursos propios de esa entidad territorial, antes de la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993, toda vez que sus salarios y prestaciones sociales fueron asumidos para efectos del pago con cargo a los recursos del Situado Fiscal hoy Sistema General de Participaciones, (Dicha ley entró a regir el día 12 de agosto de 1993, publicada en el diario oficial 40987 de tal fecha), norma que expresamente dispuso que a los servidores docentes vinculados con anterioridad a su vigencia se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Como consecuencia de ello resulta claro también que los docentes vinculados a partir del 13 de agosto de 1993 para los efectos prestacionales están sujetos al régimen establecido en la ley 91 de 1989 y por tanto no tendrían derecho a tales primas extralegales, independientemente de lo previsto por los decretos territoriales 731 y 745 de 1999, que por sustracción de materia no aplicarían a los docentes en razón de lo dispuesto previamente a su expedición por la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993, por las razones legales enunciadas.

Finalmente, debo expresar que en opinión de esta oficina, corresponde a la entidad territorial, previo análisis individual de la situación administrativa de cada interesado, adoptar las decisiones del caso, resolver las peticiones que le hayan sido formuladas y gestionar todas las acciones necesarias para ajustarse en todo a las disposiciones propias del régimen especial establecido para los docentes del servicio educativo que presta el estado en los ciclos y niveles de la educación preescolar básica y media.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparado por NCT. Radicado IE 13777. ER 48890