

Bogotá D.C., 24 de Julio de 2015

No. de radicación 2015-ER-102291  
solicitud:



**2015-EE-078937**

Doctora

**Secretario Educación Departamental Vaupes**

Mitu

Vaupes

Asunto: Consulta reconocimiento de prima de servicios a docentes Ley 91 de 1989.

Cordial saludo,

En atención a su comunicación radicada ante este Ministerio, bajo el número 2015ER102291, en relación con la petición presentada ante la Gobernación de Vaupés que versa sobre el siguiente asunto:

### **OBJETO DE PETICIÓN**

*"1. Reconocimiento de Prima de Servicios – Ley 91 de 1989. A) Se ordene mediante acto administrativo el reconocimiento y pago de la prima de servicio establecida en el numeral 1 y 4, parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989; B) Que dicho reconocimiento y pago se efectúe desde la fecha de vinculación de mis poderdantes, o a partir de cuando hayan adquirido el derecho; C) Se proceda al pago de la indexación sobre las sumas adeudadas desde el momento mismos de su causación; D) Se ordene el pago de intereses moratorios, a título de sanción, por no haberse reconocido el derecho conforme a la Ley."*

### **NORMAS Y CONCEPTO**

En atención a su consulta, de conformidad con las normas legales, resulta del caso tener en cuenta que esta Oficina se ha pronunciado en anteriores oportunidades al tema relacionado con su consulta, trayendo a colación las siguientes consideraciones y disposiciones:

#### **"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 4°. 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.
- 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: (...)*

*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 pecunia.** (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 61 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: "Parágrafo 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 está 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 párrafo 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"<sup>1</sup>.

En el anterior entendido, no puede decirse que el párrafo 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 designó 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 párrafo 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 cotización que deben realizar trabajadores y empleadores a las entidades del sistema.

Así las cosas, del contenido del párrafo 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.

Afirmar que el párrafo 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 edículo 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 jurisprudencia 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 ley<sup>2</sup> 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 referencia a aquellos casos en que fueron otorgados con fundamento en disposición normativa previa, 2) la Ley 91 de 1989 en su parágrafo 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 parágrafo 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:

*"G.) 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, /a 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 consecuencia/mente 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 30 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".*

Adicional a lo anterior, consideramos que debe tener en cuenta esa Secretaría, lo indicado por este Ministerio a través de la Circular 07 del 20 de febrero de 2013, a propósito de la Sentencia T 1066 de 2012 de la Corte Constitucional, resaltando:

*"Con respecto a la Ley 91 de 1989 la Corte Constitucional sólo hace un resumen de las normas utilizadas por el Tribunal Administrativo del Quindío y concluye que la interpretación dada por dicho Tribunal es razonable. Así mismo también considera que*

*es razonable la interpretación efectuada por el Tribunal Administrativo del Quindío sobre el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a que los docentes se encuentran exceptuados de la aplicación de los conceptos y derechos contenidos en dicho Decreto.*

*3. Alcances del fallo de tutela T.1066 de 2012. En el anterior entendido, la sentencia de la Corte Constitucional no reconoció ni negó en ningún momento la prima de servicios, sino que se limitó a afirmar que la interpretación dada por el Tribunal Administrativo del Quindío fue razonable y motivada. Por otro lado, también es indispensable aclarar que la interpretación dada por dicho Tribunal tampoco puede ser tomada como la única válida al haber sido estudiada por la Corte Constitucional, toda vez que si bien la corporación judicial consideró su razonabilidad, también sostuvo que "la existencia de diversas interpretaciones en competencia dentro de los operadores jurídicos que incluso se encuentra en el mismo nivel jerárquico y que comparten la misma especialidad, no es razón suficiente para infirmar una decisión judicial, amparar por principio por la presunción de la legalidad y por la autonomía e independencia que caracterizaban la labor de la administración de justicia".*

*De conformidad con las normas que regulan el procedimiento contencioso administrativo, se ha establecido la facultad de unificación y obligatoriedad de la jurisprudencia solo en cabeza del Consejo de Estado, siempre y cuando la sentencia sea de aquellas de unificación jurisprudencial, situación que hasta la fecha no se ha presentado para la "prima de servicios de la Ley 91 de 1989". Por lo tanto, si bien los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo del Quindío, en los cuales se reconoce a los docentes la prima de servicios de la Ley 91 de 1989, y se niega la contenida en el Decreto 1042 de 1978, se encuentran reconocidos por la Corte Constitucional como razonables, también gozan de dicha razonabilidad los fallos de otros despachos judiciales que negaron el reconocimiento, con base en el principio de autonomía e independencia judicial.*

*En consideración de lo aquí señalado, es evidente a la luz de las normas que rigen la acción de tutela, que la sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional, no reconoce ni ordena pagar la prima de servicios contenida supuestamente en la Ley 91 de 1989, sino que únicamente resuelve la discusión sobre si procede o no la tutela contra las sentencias expedidas por el Tribunal Administrativo del Quindío, y que en este caso, la Corte terminó por considerar que no procedía la acción constitucional, toda vez que los fallos del Tribunal Administrativo del Quindío fueron debidamente motivados y razonables dentro de la autonomía de interpretación que pueden realizar los operadores judiciales".*

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), y cuyo contenido señala que las respuestas a las consultas "no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución", aplicable a la fecha por declaratoria de inexecutable de los artículos que regulaban dicho tema en la Ley 1437 de 2011".

Atentamente,

**INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ**

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 0

Anexos: 0

**Anexo:**