

SENTENCIA DE UNIFICACION – Prima de servicio docente / PRIMA DE SERVICIO –Docente / PRIMA DE SERVICIO DOCENTE – Marco normativo / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Naturaleza jurídica / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Funciones y objetivo principal / DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS – Vinculación / PRIMA DE SERVICIO DOCENTE – Antecedente jurisprudencial / PRIMA DE SERVICIOS - Argumentos para su reconocimiento

a. Que la Ley 91 de 1989, artículo 15, párrafo 2, al mencionar la prima de servicios como una de las prestaciones que continuará a cargo de la Nación, textualmente crea, reconoce o extiende a la planta docente oficial, dicho emolumento creado por el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional. b. Que la intención o voluntad del legislador ordinario al expedir la Ley 91 de 1989, además, de crear el FOMAG, era la de equiparar el régimen salarial y prestacional de todos los docentes oficiales al de los empleados públicos del orden nacional, a quienes el Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 42, les reconoció la prima de servicios; por lo que, pese a que el artículo 104 de dicho Decreto Ley exceptúa de su aplicación a los maestros públicos, con la expedición de la Ley 91 de 1989, que ordene aplicárseles el régimen de los empleados públicos del orden nacional, los docentes oficiales también son beneficiarios de las prestaciones contempladas en el Decreto Ley 1042 de 1978, como la prima de servicios. c. Que la negativa de las entidades accionadas de reconocer la prima de servicios a los docentes oficiales, invocando la exclusión estipulada en el artículo 104 ibídem, vulnera su derecho a la igualdad, puesto que la generalidad de los servidores públicos sí la tiene reconocida. d). Que los docentes nacionalizados, antes territoriales, tienen derecho a la prima de servicios, puesto que el Decreto Ley 1919 de 2002, que modifica el Decreto Reglamentario 2712 de 1999, extendió a los empleados públicos del orden territorial el régimen de los del orden nacional, a quienes, los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978, les concedió la aludida prima.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 1 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 2 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 3 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 4 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 5 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 15 / DECRETO LEY 1919 DE 2002

PRIMA DE SERVICIOS - Argumentos para su no reconocimiento

a). Que el Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 104, excluyó expresamente a los docentes oficiales de su aplicación, por lo que no tienen derecho a la prima de servicios creada en el artículo 48 de dicho estatuto. b). Que la Ley 91 de 1989, en ninguno de sus apartes crea, reconoce o extiende a favor de los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional. c). Que la intención o voluntad del legislador al expedir la Ley 91 de 1989, no era la de crear o reconocer la prima de servicios a favor de los docentes oficiales, sino la de unificar su régimen a partir de 1990, por lo que la interpretación correcta del párrafo 2 del artículo 15 de dicha norma, es la de respetar los derechos adquiridos de los maestros nacionalizados, antes territoriales, a quienes las entidades territoriales a las que pertenecían les reconocieron dicho beneficio. d). Que los docentes oficiales del país sólo tienen derecho a la prima de servicios, a partir de 2014, fecha desde la cual el Gobierno Nacional se las reconoció a través del Decreto 1545 de 2013. Vistos puntualmente los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de la prima de servicio a favor de los docentes oficiales, se advierte que los cargos de la

demanda se resuelven al determinar el correcto sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para lo cual la Sala se auxiliará de las reglas y métodos de interpretación de la ley.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTICULO 104 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 15 / DECRETO 1545 DE 2013

LEY – Método de interpretación sistemático o por contexto / PRIMA DE SERVICIO DOCENTE – No se crea o extiende a los docentes oficiales

Este método se hace necesario al caso en concreto, puesto que, del contenido normativo de la Ley 91 de 1989, en especial de sus artículos 2 y 15, se aprecia como presupuesto de su aplicación la existencia de otras disposiciones relacionadas con el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales y de los empleados públicos del orden nacional, tales como las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, así como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 2277 de 1979. (...) Al efectuar una lectura integral y detallada de las normas expresamente enunciadas en la Ley 91 de 1989, en ninguna de ellas se crea la prima de servicios a los docentes oficiales. Anota la Sala, que hay otras normas no citadas en la ley 91 de 1989 que también regulan aspectos relacionado con el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales o el servicio público de educación en general, sobre las cuales se desarrolla el mismo ejercicio de revisión, tales como las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994, 715 de 2001, 812 de 2003, 1650 de 2013, y de los Decretos 1272 de 2002. (...) La lectura integral de estas disposiciones muestra que en ellas no se crea o extiende a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos del orden nacional; como sí lo hace el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, 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, a partir de 2014. En ese orden de ideas, la tesis de la actora, secundada por FECODE y SINDODIC, según la cual, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 crea o extiende a los docentes oficiales la prima de servicios, no se evidencia a través del entorno legislativo que rodeó la expedición de la norma tanto antes de su vigencia como con posterioridad a ella o que permita de la lectura de las mismas, adjudicarle un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica, para reconocer el referido beneficio a los docentes oficiales. Visto que interpretaciones históricas, teleológicas y sistemáticas de la Ley 91 de 1989 conducen a una solución desfavorable al reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, para la Sala resulta necesario revisar el contenido normativo del artículo 15 de la ley en cita a la luz del método gramatical o literal, con el objeto de lograr una comprensión completa del asunto sometido a consideración de la Sala, objeto de esta sentencia de unificación.

FUENTE FORMAL: LEY 114 DE 1913 / LEY 116 DE 1928 / LEY 37 DE 1933 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 1848 DE 1969 / DECRETO 1045 DE 1978 / DECRETO 1042 DE 1978 / DECRETO 2277 DE 1979 / LEY 60 DE 1993 / LEY 115 DE 1994 / LEY 715 DE 2001 / LEY 812 DE 2003 / LEY 1650 DE 2013 / DECRETO 1545 DE 2013

PRIMA DE SERVICIO DOCENTE – Aplicación del método de interpretación gramatical o literal / INTERPRETACION GRAMATICAL – No conduce a señalar la creación de la prima de servicios

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

1975, regularon de distinta manera el asunto atinente a los salarios y prestaciones sociales de los docentes oficiales, por lo que en varios departamentos y municipios, antes de la expedición de dicha norma, los maestros oficiales devengaban emolumentos adicionales a los mínimos legales. Lo cual responde a la voluntad o intención del legislador de garantizar el respeto por los derechos adquiridos de los docentes nacionalizados que venían devengando emolumentos salariales y prestacionales adicionales a los mínimos legales, reconocidos por normas territoriales. La segunda situación es la descrita por el inciso 2 del numeral 1 de la norma, que dice lo siguiente: Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados, agrega la Sala), para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. Por otra parte, para el caso de la norma en comento, se hace necesario analizar el parágrafo 2, porque a partir de él la actora deriva su pretensión, encontrando la Sala, que dicho enunciado 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 Española, alude a “*seguir haciendo lo comenzado*”. Teniendo como punto de referencia esta definición, se analiza el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, encontrando que el correcto entendimiento de la disposición normativa en estudio es el que indica que las prestaciones y emolumentos que “continuarán” a cargo de la Nación, son aquellas que ya estaban reconocidas a los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, por las entidades territoriales a las que estaban adscritos antes del proceso de nacionalización ordenado por la Ley 43 de 1975, entre ellas la prima de servicio; interpretación que se encuentra acorde con el contenido de los antecedentes legislativos y judiciales estudiados. Pero además de la interpretación de dicho parágrafo a partir del significado de las expresiones que lo integran, es necesario analizarlo a la luz del Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye de manera expresa a los docentes de la aplicación 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 parágrafo 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. (...) No sería necesario realizar análisis adicionales, pues, para la Sala existe claridad en torno al correcto entendimiento o interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, de no ser porque la actora alegó la vulneración de su derecho a la igualdad y FECODE y SINDODIC en sus intervenciones invocaron la aplicación de los principios constitucionales de favorabilidad y no regresividad (progresividad), aspectos que serán tratados a partir de una interpretación de la norma ibidem conforme a la Constitución Política.

REGIMENES SALARIALES Y PRESTACIONALES – Juicio o test de igualdad / JUICIO O TEST DE IGUALDA – Improcedencia / DERECHO A LA IGUALDAD – No vulnerado por existir diversos regímenes laborales y prestacionales

En el caso particular de los diferentes regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha subrayado la improcedencia general del juicio o test de igualdad entre ellos. Esto en consideración a que no son equiparables y que responden a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, de las condiciones en que prestan sus servicios. Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313 de 2003, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278 de 2002, “*por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*”, para el caso de determinados maestros oficiales, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior. (...) Resumiendo lo dicho por la jurisprudencia constitucional, la sola existencia de diversos regímenes laborales y prestacionales no viola per se el derecho a la igualdad, ello en atención a las características peculiares de cada uno de ellos, por lo que la comparación entre estos regímenes distintos no resulta conducente porque se partiría de supuestos de hecho que no son idénticos, lo que imposibilita el juicio o test de igualdad. En este caso, la demandante asegura que la administración le prodiga un trato desigual, puesto que, a la generalidad de los empleados públicos les es reconocida la prima de servicios, no así a los docentes oficiales, como ella. Ello significa, que con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima aludida, la actora considera que a su situación prestacional le debe ser aplicada, en virtud de su derecho a la igualdad, la normatividad que regula la materia para los empleados públicos del orden nacional, contenida en el Decreto Ley 1042 de 1978 y, para los empleados públicos del orden territorial en el Decreto Ley 1919 de 2002. Así las cosas, a partir del criterio fijado por la jurisprudencia constitucional y teniendo en cuenta que la comparación propuesta por la demandante es entre los docentes oficiales y la generalidad de los empleados públicos, no es posible realizar un juicio o test de igualdad, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares

NOTA DE RELATORIA: Sobre la improcedencia del juicio o test de igualdad de los diferentes regímenes salariales y prestacionales ver sentencia de C-313 de 2003 de la Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis

PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MINIMOS – Improcedencia para su aplicación

En resumen, este principio refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria. Ese atributo de *irrenunciabilidad* está concebido precisamente como una protección al trabajador, activo o retirado, que, de no tener dicha garantía, podría ponerla en riesgo ante una presión económica coyuntural o una proveniente de su empleador. Las interpretaciones que hasta ahora se han realizado del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a partir de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, según las cuales, la norma no cita ni reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 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.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Duda a la interpretación de las fuentes formales de derecho / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Improcedencia

reitera la Sala que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no ofrece duda seria y objetiva, pues, como se ha visto, a partir de la aplicación de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, el verdadero sentido de la norma no permite inferir que su contenido constituya base textual para entender que el legislador reconoció o extendió la prima de servicios a los docentes oficiales. En relación con la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 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 1989, 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. En este orden de ideas, la Sala no encuentra acreditado el elemento de la duda que permita elegir de entre varias interpretaciones la más favorable al trabajador, como lo solicita FECODE y SINDODIC en sus intervenciones, puesto que, la aplicación de los diversos métodos de hermenéutica jurídica permiten arribar a la conclusión según la cual el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios.

PRINCIPIO DE NO PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES – Improcedencia / PRIMA DE SERVICIO DOCENTE – Devengada por normas territoriales antes la vigencia de la Ley 91 de 1989. Derecho adquirido

Para poder determinar si una norma es o no regresiva en materia de un derecho particular, se impone precisar la existencia previa de una disposición normativa que consagre el respectivo derecho. En el asunto bajo examen, antes de la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, con efectos a partir de 2014, no existía norma alguna que en nuestro ordenamiento jurídico haya creado o reconocido la prima de servicios para los docentes oficiales, motivo por el cual la Sala considera improcedente aplicar, en el presente caso, el principio de no regresividad de los derechos sociales, como lo solicita FECODE y SINDODIC. Lo anterior no significa, que los docentes nacionalizados, antes territoriales, que vienen devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la que estaban adscritos la creó a través de una norma de carácter territorial expedida antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no la sigan percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador plasmada en el artículo 15 de la aludida ley, consistía en respetar los derechos adquiridos de los maestros que estuvieran en la situación descrita.

SENTENCIA DE UNIFICACION – El artículo 15 de la ley 91 de 1989 no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios / PRIMA DE SERVICIO DOCENTE – Reconocida por la entidad territorial / REGLAS JURISPRUDENCIALES PARA DECIDIR CONTROVERSIAS JUDICIALES – Jurisdicción Contencioso Administrativo / PRIMA DE SERVICIO DOCENTE OFICIAL – Reglas para su reconocimiento

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el referido asunto: **6.1.** La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, párrafo 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. **6.3.** De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario. **6.4.** Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En tal virtud, los docentes oficiales nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios. **6.5.** Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios. **6.6.** De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013, 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. Habiendo precisado, con el auxilio de los métodos de interpretación legal aplicados a la Ley 91 de 1989, las reglas jurisprudenciales que en lo sucesivo deberán tenerse en cuenta por esta jurisdicción al resolver controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de 2016

Radicado número: 15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14)- CE-SUJ2

Actor: NUBIA YOMAR PLAZAS GÓMEZ

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -
DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**

Referencia: 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

El Consejo de Estado, en ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹, de conformidad con la competencia asignada a la Sección Segunda, por el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011², asume plena competencia con la finalidad no solamente de proferir fallo de segunda instancia para el caso en concreto, sino esencialmente para emitir la respectiva SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL, relacionada con las controversias existentes respecto al reconocimiento o no de la prima de servicios a los docentes oficiales.

I.- CONSIDERACIÓN PREVIA: Competencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado para emitir sentencia de unificación jurisprudencial en este caso.

1. Como es de conocimiento, las sentencias de unificación fueron consagradas de manera expresa en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, con la finalidad que el propio Consejo de Estado en su Sala Plena o a través de las diferentes secciones que la componen, de acuerdo a su especialidad, asumieran competencia respecto a controversia jurídicas por razones de: importancia jurídica, trascendencia económica o social, o necesidad de sentar jurisprudencia.

De igual manera, se le otorga esa naturaleza a las sentencias proferidas al decidir los recursos extraordinarios de revisión³ y de unificación de la jurisprudencia⁴, así como a las relativas al mecanismo eventual de revisión, relacionadas con las

¹ Numeral 1 del artículo 237 constitucional.

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

³ Artículos 248 a 255 de la Ley 1437 de 2011.

⁴ Artículos 256 a 268 de la Ley 1437 de 2011.

acciones populares y de grupo⁵.

2. Las denominadas sentencias de unificación responden a criterios particulares y diferentes, que las cualifican e identifican de cualquier otra providencia judicial; también desde la competencia para proferirlas, la misma se otorgó a la Sala Plena del Consejo de Estado y a las Salas Plenas de las secciones especializadas, desde el punto legal así:

“Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la Corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia social o económica o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recurso.” (Destaca la Sala).

3. Desde el punto de vista reglamentario, el Acuerdo 148 de 2014⁶, Reglamento del Consejo de Estado, les asignó a las secciones especializadas de esta Corporación, competencia para proferir las indicadas sentencias de unificación, cuando: las controversias o asuntos provengan de las diferentes subsecciones o de los tribunales administrativos. Señala el acuerdo:

⁵ Artículos 36A de la Ley 270 de 1996, 11 de la Ley 1285 de 2009 y 272 a 274 de la Ley 1437 de 2011.

⁶ Por medio del cual se adiciona y modifica el Acuerdo 58 de 1999.

“Artículo 13A. Otros asuntos asignados a las Secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.

3. Decidir las solicitudes de extensión de jurisprudencia. En aquellas Secciones integradas por Subsecciones estas decidirán dichas solicitudes, salvo que la Sección asuma la competencia de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o de la Subsección.

4. Decidir las solicitudes de cambio de radicación de procesos.” (Subrayas fuera de texto).

4. Precisados los anteriores aspectos, se señala que en el presente caso, se dan los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para proferir una sentencia de unificación por la Sección Segunda especializada del Consejo de Estado; lo anterior por cuanto:

a. En el proceso de la referencia, se tiene que el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante auto de 20 de agosto de 2014, remitió el expediente al Consejo de Estado a fin de que se emita sentencia de unificación jurisprudencial porque esta Corporación ha emitido fallos contrapuestos sobre la materia objeto de la litis. En efecto, la Corporación, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en varias oportunidades ha señalado que las normas legales y reglamentarias que regulan lo relacionado con la administración del personal docente oficial del país, no prevén el reconocimiento de la prima legal o de servicios, por lo que no tienen derecho a dicho beneficio, así se argumentó, por ejemplo en los fallos de 15 de junio⁷ y 7 de diciembre⁸ de 2011. Pero también ha dicho la Corporación, que los educadores oficiales sí son beneficiarios de la mencionada prima, puesto que, entre otros argumentos, la Ley 91 de 1989⁹, artículo 15, parágrafo 2, se las hizo extensiva, así se adujo por ejemplo, en fallo de 22 de marzo de 2012¹⁰.

b. Igual ha ocurrido en los tribunales y juzgados administrativos del país, que

⁷ Emitido en el expediente 0550-07 con ponencia de la Consejera Ramírez de Páez.

⁸ Proferido en el expediente 2200-07 con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero.

⁹ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁰ Proferido en el expediente 2483-10 con ponencia del Consejero Gómez Aranguren.

también han proferido providencias en distintos sentidos sobre la cuestión atinente a la prima de servicios de los docentes oficiales. Así por ejemplo, los Tribunales Administrativos del Quindío¹¹ y del Valle del Cauca¹², y algunos Juzgados Administrativos de Armenia¹³ y Cali¹⁴, han venido reconociendo dicha prestación; mientras que Tribunales Administrativos como el de Cundinamarca, en algunas de sus Salas¹⁵, y varios Juzgados Administrativos de Cali¹⁶, Manizales¹⁷ y Tunja, la han negado.

5. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que sobre la materia no ha sido uniforme la posición al interior de la Sección Segunda de esta Corporación, así como tampoco en los tribunales y juzgados administrativos del país, en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011¹⁸, se hace necesario unificar la jurisprudencia; razón por la cual, a través de auto de 30 de julio de 2015, se avocó conocimiento del expediente de la referencia a fin de proferir sentencia de unificación jurisprudencial en el sub examine.

II.- ANTECEDENTES.

1.- La demanda¹⁹.

Se trata del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentado por Nubia Yomar Plazas Gómez²⁰ contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Boyacá, con el objeto de obtener la nulidad: i) del acto administrativo ficto de 21 de diciembre de 2012, surgido del silencio administrativo negativo en que incurrió el Ministerio, al no responder su

¹¹ Ver Sentencia emitida el 14 de diciembre de 2011, con ponencia de la Magistrada María Luisa Echeverry Gómez, dentro del proceso No. 2011-696, iniciado por Abel María Londoño contra el Departamento del Quindío.

¹² Ver sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 28 de octubre de 2015, emitida en el expediente 2013-00235, iniciado por Beatriz Eugenia Velasco Perafán contra el Municipio de Santiago de Cali.

¹³ Ver Sentencia proferida el 29 de octubre de 2010, por el Juzgado 4 Administrativo de Armenia, dentro del proceso No. 2009-0105, iniciado por Nidia Rodríguez contra el Municipio de Armenia.

¹⁴ Ver sentencia del Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, de 28 de octubre de 2013, en proceso iniciado por Práxedes Abadía Rodríguez contra el Municipio de Santiago de Cali.

¹⁵ Ver fallo de 30 de enero de 2014, proferido en el expediente 2012-0183, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D.

¹⁶ Por esta misma línea encontramos varios fallos, entre ellos el del Juzgado 1 Oral Administrativo de Cali dentro del proceso 2012-0067 (demandante Clarissa Payan) y del Juzgado 5 Oral Administrativo de Cali proceso 2012-060 (Olga Amalia Pastrana).

¹⁷ Ver sentencia de 30 de marzo de 2011 del Juzgado 2 Administrativo de Manizales en el proceso No. 2009-656, iniciado por María Elena García Sánchez contra el Municipio de Manizales.

¹⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁹ La demanda obra a folios 2-16 del cuaderno 2 del expediente, y su modificación obra a folios 135-139 ibídem.

²⁰ Quien actúa a través de apoderada judicial.

derecho de petición de 17 de diciembre de 2012, en el que solicitó el reconocimiento de la prima de servicios; y ii) del Oficio 125-38-2012PQR48849 de 13 de febrero de 2013, por el cual la Secretaría de Educación de Boyacá, también atendió negativamente dicha petición. A título de restablecimiento del derecho, en la demanda se pidió el reconocimiento de la referida prima.

La situación fáctica de la presente causa judicial es resumida por la Sala de la siguiente manera:

Señala la actora, que desde el año 1983 ha laborado como docente oficial en diferentes municipios del Departamento de Boyacá, tiempo en el cual le ha sido negada la prima de servicios, pese haberla solicitado desde 17 y 20 de diciembre de 2012 a los entes demandados, que para sustentar su decisión negativa, aducen que a los docentes públicos no les es aplicable el Decreto Ley 1042 de 1978²¹, que contempla dicho beneficio.

Como argumento central²² plantea, que tiene derecho a la prima de servicios creada por los artículos 42 y 58 del Decreto Ley 1042 de 1978²³, por cuanto, la Ley 91 de 1989²⁴, artículo 15, párrafo 2, reconoció o extendió dicho emolumento a toda la planta docente oficial.

En apoyo de este argumento, la actora alega, que la naturaleza de los cargos de los docentes oficiales es la misma de la de los empleados públicos, y en tal virtud, también los cobijan las disposiciones normativas contenidas en el aludido Decreto Ley 1042 de 1978²⁵, que regula el régimen salarial de estos últimos. En ese sentido, sostuvo que la administración le prodiga un trato desigual, puesto que, a la generalidad de los empleados públicos del país les es reconocida la referida

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.

²² Para fundamentar sus pretensiones, la demandante invoca como desconocidos los artículos 2, 6, 13 y 53 de la Constitución; 10 del Código Civil; y, 15 de la Ley 91 de 1989; así como las Leyes 57 de 1887 y 115 de 1994; y, los Decretos 1042 y 1045 de 1978 y 2277 de 1979.

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.

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

²⁵ 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.

prima, pero no a los docentes oficiales, que también son servidores estatales.

Finalmente aduce, que la negativa de las entidades accionadas desconoce los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional en la sentencia T-1066 de 2012 y por el Consejo de Estado en el fallo de 22 de marzo de 2012, providencias en las que, según su dicho, se sostuvo que en aplicación de la Ley 91 de 1989, los docentes oficiales tienen derecho a la referida prima de servicios.

2.- Oposición a la demanda.

Las entidades demandadas: Ministerio de Educación Nacional²⁶ y Gobernación de Boyacá²⁷, se oponen a la prosperidad de la demanda, para lo cual argumentan, que el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978²⁸, de manera expresa excluyó del radio de aplicación de dicho cuerpo normativo al personal docente oficial. Al respecto, explicó el Ministerio, que dicha exclusión se justifica en la medida en que *“... la actividad docente es diferente a la de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus cargos en condiciones muy distintas”*, porque el régimen laboral del magisterio que está consagrado en las Leyes 91 de 1989²⁹, 60 de 1993³⁰ y 715 de 2001³¹, así como en los Decretos 2277 de 1979³² y 1278³³ y 1850 de 2002³⁴, contempla mejores condiciones que las reconocidas a los servidores públicos, en lo atinente a jornadas laborales, vacaciones, sistema de salud y condiciones de ingreso, ascenso y permanencia. El ente territorial accionado agregó sobre el particular, que la Corte Constitucional en las sentencias C-566 de 1997 y C-402 de 2013, acogió este argumento para señalar que las excepciones normadas en el Decreto

²⁶ A través de memorial visible a fls. 104-111 del cuaderno 2 del expediente, presentado por apoderada judicial.

²⁷ Por medio de memorial obrante a fls. 115-122 del cuaderno 2 del expediente radicado por apoderado judicial.

²⁸ 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.

²⁹ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

³⁰ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

³¹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

³² Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

³³ Por el cual se expide el estatuto de profesionalización docente.

³⁴ por el cual se reglamenta la organización de la jornada escolar y la jornada laboral de directivos docentes y docentes de los establecimientos educativos estatales de educación formal, administrados por los departamentos, distritos y municipios certificados, y se dictan otras disposiciones.

Ley 1042 de 1978³⁵, artículo 104, son constitucionales.

Señalan que el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989³⁶, no crea una prima de servicios, pues, dicho canon normativo se refiere es a *“un emolumento que ya existía”*, puesto que, previo a la expedición de esta ley, la referida prima había sido otorgada a los docentes oficiales por algunos entes territoriales, en virtud de normas del mismo orden. En este punto, el Ministerio aclara que la Ley 91 de 1989³⁷ fue expedida en el marco del proceso de nacionalización de los docentes ordenado por la Ley 43 de 1975³⁸, por lo que, el sentido del aludido párrafo 2 es que, a aquellos docentes territoriales a quienes se la respectiva entidad territorial a la que estaba adscrito, les pagando la prima de servicios, dicho beneficio se les continuaría pagando a cargo de la Nación luego de ser nacionalizados, sin que pueda entenderse que se extendiera dicho elemento salarial para la generalidad de los maestros públicos.

El Ministerio propuso las excepciones de *“prescripción”* e *“improcedencia de reconocimiento de intereses”*; mientras que el ente territorial las de *“cobro de lo no debido”* e *“inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento”*.

3.- Sentencia de primera instancia.

En audiencia de 21 de febrero de 2014³⁹, el Juzgado 10 Administrativo Oral de Tunja, luego de declarar no probadas las excepciones propuestas, resuelve negar las pretensiones, para lo cual primero plantea el siguiente problema jurídico:

“¿Corresponde al Despacho determinar si la accionante tiene derecho a la prima legal o de servicios teniendo en cuenta su carácter de docente nacionalizada vinculada al Departamento de Boyacá desde el 11 de agosto de 1983?”

En sustento de su decisión argumenta que, en aplicación de la Ley 91 de 1989⁴⁰,

³⁵ 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.

³⁶ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

³⁷ Ib.

³⁸ 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.

³⁹ El acta de la audiencia obra a folios 171-178 del cuaderno principal del expediente. El disco compacto (CD) contentivo del audio y el video de la audiencia se encuentra a folio 180.

⁴⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

artículo 15:

“... aquellos docentes que se vinculen con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de 1989, son acreedores de las prestaciones económicas y sociales contenidas en 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; normas que contemplan, entre otros factores, la prima de servicios, referenciada en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

A contrario sensu, quienes se hubieren vinculado con anterioridad al 1 de enero de 1990 no son acreedores a las prestaciones sociales contenidas en las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como es el caso de la aquí demandante (...) quien no obstante tener la calidad de docente nacionalizada, su vinculación fue anterior a la citada fecha, pues, aparece vinculada a partir del 11 de agosto de 1983, por lo que para su situación debe mantenerse el régimen prestacional que ha venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.”

De otro lado, señala que de acuerdo con los razonamientos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013, es imposible comparar las asignaciones salariales y prestaciones regímenes laborales diversos, como serían los de los docentes oficiales y los de la generalidad de los empleados públicos.

4.- Recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia⁴¹.

Contra la decisión de primera instancia la demandante interpone recurso de apelación, que sustenta con los siguientes argumentos:

Reitera, que tiene derecho al reconocimiento de la prima de servicios, beneficio que en su criterio, fue reconocido a los maestros oficiales de acuerdo con la Ley 91 de 1989, en armonía con las Leyes 60 de 1993⁴² y 115 de 1994⁴³ y los Decretos 1042 de 1978⁴⁴, 1045 de 1978⁴⁵ y 1919 de 2002⁴⁶.

En segundo lugar argumenta, que el a quo no tuvo en cuenta que con la

⁴¹ Folios 181-186 del cuaderno principal del expediente.

⁴² Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

⁴³ Por la cual se expide la Ley General de Educación.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013⁴⁷, que reconoce la prima de servicios para todos los maestros públicos, el Gobierno admite que todo el personal docente oficial tiene derecho a su pago por ser empleados estatales.

Por último, insiste en que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han reconocido a los docentes oficiales el derecho a ser beneficiarios de la prima de servicios a partir de lo dispuesto en el artículo 15, parágrafo 2, de la Ley 91 de 1989. De la Corte Constitucional cita la sentencia T-1066 de 2012 y de esta Corporación el fallo de 25 de marzo de 2010, proferido en el expediente 0620-09.

5.- Trámite dado al recurso de apelación.

Por medio de auto de 20 de marzo de 2014⁴⁸, el *a quo* concede el recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, órgano que lo admite a través de proveído de 28 de abril del mismo año⁴⁹ y mediante auto de 26 de mayo de 2014 resuelve correr traslado a las partes para que presentasen sus alegatos de segunda instancia.

6.- Alegatos de las partes en la segunda instancia.

La parte actora⁵⁰, así como el extremo accionado de la litis, presentan sus respectivos alegatos de segunda instancia, reiterando en todas sus partes los argumentos expuestos ante el *a quo*; razón por la cual se releva la Sala de realizar un recuento de ellos. Sin embargo, del memorial presentado por el Ministerio, resalta la Sala el argumento según el cual, si bien la Corte Constitucional en sentencia T-1066 de 2012⁵¹, al resolver una acción de tutela interpuesta por el municipio de Armenia contra 46 fallos ordinarios de Nulidad y Restablecimiento del Derecho del Tribunal Administrativo del Quindío, que reconocieron la referida prima, consideró que la interpretación realizada por estos despachos judiciales del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁵² era motivada y razonada, no dijo la Corte en la citada providencia, que efectivamente los docentes oficiales tienen derecho al emolumento reclamado, pues, ello es propio de *“la labor de unificación de la*

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Folio 187 del cuaderno principal del expediente.

⁴⁹ Folio 192 del cuaderno principal del expediente.

⁵⁰ Folios 205-208 del cuaderno principal del expediente.

⁵¹ Con ponencia del Magistrado Alexei Julio.

⁵² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

jurisprudencia en materia contenciosa laboral del Consejo de Estado”.

7.- Concepto del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Boyacá.

El Ministerio Público, por medio de la Procuraduría 45 Judicial II Administrativa de Tunja, rinde concepto⁵³ en el que señala, que las pretensiones deben ser despachadas de manera desfavorable, puesto que, en su criterio, la norma que crea la prima de servicios, esto es, Decreto Ley 1042 1978⁵⁴, no es aplicable a los docentes oficiales, por disposición expresa del artículo 104 del referido Decreto Ley.

8.- Trámite dado a la Solicitud de unificación jurisprudencial.

El Ministerio de Educación Nacional⁵⁵, coadyuvado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁵⁶, la Procuraduría General de la Nación⁵⁷ y la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación (FECODE)⁵⁸, solicitó al Tribunal Administrativo de Boyacá la remisión del expediente a esta Corporación, para que, de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011⁵⁹, se profiera sentencia de unificación jurisprudencial. Las entidades mencionadas⁶⁰ alegaron, que en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en todos sus niveles, ha proferido sentencias que han decidido el asunto en sentidos contrarios.⁶¹

El Tribunal Administrativo de Boyacá dio trámite a dicha petición a través de auto

⁵³ Folios 237-242 del cuaderno principal del expediente.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Folios 244-285 del cuaderno principal del expediente.

⁵⁶ Folios 307-317 del cuaderno principal del expediente.

⁵⁷ Folios 360-361 del cuaderno principal del expediente.

⁵⁸ Folios 322-356 del cuaderno principal del expediente.

⁵⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁰ La FECODE invocó la figura del *amicus curiae* (amigo de la corte o amigo del tribunal), que es una expresión latina utilizada para referirse a intervenciones realizadas por terceros que ofrecen su opinión frente a algún punto, para colaborar a una Corte en la resolución de la materia objeto del proceso.

⁶¹ El Ministerio adicionalmente expresa, que según estimativos de la Oficina de Planeación de dicha cartera, el pago de la referida prestación a la totalidad de la planta oficial docente representa para el presupuesto del sector más de 2 billones de pesos.

de 20 de agosto de 2014⁶², en el que dispuso remitir el expediente *"de la referencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado, a fin de que sea proferida sentencia de unificación jurisprudencial"*. Y por medio de auto de 30 de julio de 2015⁶³, esta Sección en pleno, resolvió avocar el conocimiento, al considerar que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011⁶⁴, ya que, no existe un criterio uniforme sobre la materia objeto de esta litis.

III.- INTERVENCIONES ANTE EL CONSEJO DE ESTADO.

A continuación se resumen las intervenciones del Departamento Administrativo de la Función Pública, de la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación (FECODE), del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Sindicato de Docentes Directivos de Colombia (SINDODIC), organismos que, en auto de 30 de julio de 2015, fueron invitados a pronunciarse sobre el asunto.⁶⁵

1.- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Administrativo de la Función Pública.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁶⁶ y el Departamento Administrativo de la Función Pública⁶⁷ intervinieron para indicar, que por expresa disposición del artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978⁶⁸, los docentes están excluidos de la aplicación de las disposiciones de dicho estatuto, por lo que no son beneficiarios de la prima de servicios contemplada en sus artículos 42 y 58.

Así mismo señalaron, que aun cuando el artículo 15, parágrafo 2, de la Ley 91 de

⁶² Folios 295-299 del cuaderno principal del expediente.

⁶³ Folios 363-372 del cuaderno principal del expediente.

⁶⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁵ A esta Corporación también enviaron memoriales pronunciándose sobre la materia objeto de esta litis, los ciudadanos Julián Andrés Giraldo Montoya (fls. 415-426, Cdo. Ppal.), Rubén Darío Giraldo Montoya (fls. 840-857, Cdo. Ppal.) y Nelson Antonio Vargas Ríos (fls. 148-184 Cdo. 3), así como la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá (fls. 926-931, Cdo. Ppal.), la Unión Sindical de Directivos Docentes de Colombia – USDIDOC (fls. 1-31, Cdo. 3) y la Red de Veedurías del Tolima (fls. 32-142, Cdo. 3), cuyos argumentos no son descritos en detalle por cuanto no son partes en este proceso ni fueron invitados a pronunciarse en el auto de 30 de julio de 2015, por medio del cual se avocó conocimiento del asunto para proferir sentencia de unificación.

⁶⁶ Por medio del Subdirector Jurídico de la referida cartera, Dr. Diego Ignacio Rivera Mantilla, quien presentó memorial visible a folios 812-814 del cuaderno principal del expediente.

⁶⁷ A través de su Presidenta, Dra. Claudia Patricia Hernández León, quien radicó memorial que obra a folios 426-429 del cuaderno principal del expediente.

⁶⁸ 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.

1989⁶⁹, en uno de sus apartes hizo mención a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagaría, entre otras, la prima de servicios, y que dicho emolumento continuaría a cargo de la Nación, no significa ello, en su criterio, que se haya derogado el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978⁷⁰, que excluye a los docentes de esta previsión normativa.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, agregó que la prima de servicios a favor de los docentes fue creada por el Decreto 1545 de 2013⁷¹, el cual fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley Marco 4 de 1992⁷², por lo que no hay lugar a reconocer el referido factor salarial con anterioridad a dicha norma reglamentaria.

2.- Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación (FECODE) y Sindicato de Docentes Directivos de Colombia (SINDODIC).

La Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación (FECODE)⁷³ y el Sindicato de Docentes Directivos de Colombia (SINDODIC)⁷⁴ intervinieron para presentar los argumentos que a continuación resume la Sala:

i. Que mientras todos los empleados públicos del Estado devengan la prima de servicios, incluso los que fueron inicialmente exceptuados por el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978⁷⁵, los únicos servidores que no la recibían, hasta la

⁶⁹ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

⁷² Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁷³ A folio 430 obra poder otorgado por el Presidente de FECODE al señor abogado Yobany López Quintero, identificado con la cédula de ciudadanía 89.009.237 y portador de la tarjeta profesional 112.907, quien presentó memorial visible a folios 743-809 del cuaderno principal del expediente.

⁷⁴ A folio 815 del cuaderno principal del expediente obra poder otorgado por el Señor Presidente de SINDODIC al señor abogado Jesús María Lemus Bustamante, identificado con la cédula de ciudadanía 10.516.664 y portador de la tarjeta profesional 14.695, quien presentó memorial visible a folios 819-839 del cuaderno principal del expediente.

⁷⁵ 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.

expedición del Decreto 1545 de 2013⁷⁶, eran los docentes oficiales.

ii. Que el estudio de los antecedentes legislativos de la Ley 91 de 1989 evidencia que el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República el respectivo proyecto de ley con un propósito fundamental: la nacionalización del régimen prestacional de los docentes oficiales equiparándolo al de los funcionarios públicos del orden nacional, lo que implica que la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978⁷⁷ para estos últimos, entró a ser parte del régimen prestacional de los maestros oficiales.

iii. Que si la Ley 91 de 1989⁷⁸ decretó la nacionalización del régimen salarial y prestacional de los docentes igualándolo al de los demás empleados públicos del orden nacional, significa que se derogó en forma tácita el artículo 104, literal b), del Decreto 1042 de 1978⁷⁹, que dejaba por fuera al personal docente de los beneficios establecidos en dicha reglamentación.

iv. Que aún si se aceptara, en gracia de discusión, que la Ley 91 de 1989⁸⁰, artículo 15, parágrafo 2, no consagró tal reconocimiento, no sería este un argumento valedero para negar dicho emolumento, pues al estar contemplada en el régimen general de los empleados públicos del orden nacional contenido en el Decreto Ley 1042 de 1978⁸¹, mal podría aplicarse un régimen especial a los docentes que no suponga beneficio alguno respecto del régimen general, puesto que, los regímenes excepcionales o especiales no pueden ser aplicados si resultan desfavorables para el trabajador.

v. Que la Corte Constitucional en la Sentencia C-506 de 2006 analizó el contenido

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁸¹ 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.

y los alcances del artículo 15 de Ley 91 de 1989⁸², habiendo manifestado que dicha disposición, además de fijar competencias administrativas, también tiene un contenido prestacional, por lo que, en criterio de las mencionadas organizaciones sindicales, es razonable interpretar que el párrafo 2 del referido artículo extendió el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales.

vi. Que el Consejo de Estado en varias providencias ha coincidido con la tesis de la Corte Constitucional, verbigracia, en fallo de 25 de marzo de 2010, expediente 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y en fallo de 22 de marzo de 2012, expediente 68001-23-31-000-2001-02589-01(2483-10), también con ponencia del Consejero Gómez Aranguren.

vii. Que la Corte Constitucional, en el fallo de tutela T-1066 de 2012, al revisar la tutela formulada por el municipio de Armenia en contra del Tribunal Administrativo del Quindío por haber dictado 46 fallos ordinarios de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, ordenando reconocer la prima de servicios, afirmó que el criterio jurisprudencial adoptado para efectos de reconocer dicho beneficio, tiene un sustento razonable en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁸³.

viii. Que la negativa de la Nación y de las entidades territoriales, de reconocer la prima de servicios, llevó a FECODE a incluir la solicitud de pago de dicho factor de salario en el pliego de solicitudes de 2013, la que culminó con un acuerdo colectivo firmado el 15 de mayo de esa anualidad, en virtud del cual el Gobierno se comprometió a proferir un decreto que reconociera la prima, compromiso que fue honrado con la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013⁸⁴.

ix. Que la solicitud contenida en el pliego de peticiones, estaba orientada a lograr el pago de la deuda de la prima de servicios, más no la creación del derecho como tal, puesto que éste ya había sido decretado por el párrafo 2, del artículo 15, de la Ley 91 de 1989⁸⁵.

x. Por último adujeron, que la interpretación de los derechos fundamentales

⁸² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁸³ Ib.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

derivados de la relación laboral entre el Estado y los docentes oficiales, debe regirse por los principios de favorabilidad y progresividad, no solo por el hecho de ser Colombia un Estado Social de Derecho, sino conforme a la normativa internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Cumplidas las condiciones para adelantar el trámite tendiente a unificar jurisprudencia, se hace necesario, previo a formular el problema jurídico, exponer las siguientes consideraciones respecto de las normas que revisará la Sala para decidir la solicitud de fondo en el presente caso.

1.- Decreto Ley 1042 de 1978⁸⁶.

Tomando como punto de partida lo expresado en la demanda, en armonía con las precisiones antes realizadas, se tiene que la prima de servicios reclamada por la actora fue 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 nacional⁸⁷, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*.

En el citado decreto ley, la prima de servicios es creada por el artículo 42, como un factor de salario, en los siguientes términos:

“Artículo 42. De otros factores de salario. Además de la asignación

⁸⁶ 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.

⁸⁷ En sentencia C-402 de 2013, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión *“del orden nacional”* contenida en varios apartes de este Decreto Ley, demandada por el ciudadano Jairo Villegas Arbeláez, quien alegó, entre otras, que *“esa distinción prevé una discriminación injustificada entre los servidores públicos del orden nacional y del orden territorial”*. Sobre el particular anotó la Corte Constitucional: *“se tiene que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario”*.

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”. (Destaca la Sala).*

Así mismo, el artículo 58 de la norma en comento, define dicho beneficio 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”. (Destaca la Sala).

En lo que tiene que ver con su ámbito de aplicación, el Decreto Ley 1042 de 1978 contempló unas 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 Ejecutiva⁸⁸.*

⁸⁸ En sentencia C-566 de 1997, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad del literal b del artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, que excluye a los docentes oficiales de la aplicación de dicho estatuto. La demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el ciudadano Luis Horacio Muñón Criollo, quien argumentó que aplicada en concordancia con el artículo 34 del Decreto ley 1042 de 1978, la norma acusada es violatoria del precepto constitucional de la igualdad, porque excluye del régimen general salarial establecido por dicho decreto, a los docentes de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Dijo entonces la Corte, que “*la norma demandada, en cuanto ordena excluir al personal docente de los organismos de la Rama Ejecutiva de la aplicación del régimen salarial general de los empleados públicos, persigue el respeto de ciertas conquistas laborales de este sector de trabajadores, que se erigen en derechos adquiridos, aparte de reconocer que las peculiaridades del ejercicio de la docencia ameritan la consagración de un estatuto laboral, salarial y prestacional adecuado a las particularidades de este servicio. (...).El caso que plantea el demandante es el del juego de dos disposiciones cuya aplicación conjunta impide el reconocimiento del recargo salarial por el hecho de trabajar en el horario nocturno de manera ordinaria. Esta situación para la Corte no resulta violatoria del principio de igualdad, ya que encuentra justificación en el hecho de que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los trabajadores del sector privado, en cumplimiento de las normas legales que regulan su actividad laboral, agotan diariamente una jornada de trabajo que excede ampliamente en duración a aquella que por su parte cumplen los educadores al servicio del Estado. De esta manera, la*

- 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 1989". (Subraya la Sala).

Excluyendo en este apartado de manera expresa a los docentes oficiales.

La parte demandante trae como argumento a su favor el contenido de la Ley 91 de 1989⁸⁹, artículo 15, parágrafo 2, norma que también revisará la Sala.

2.- Ley 91 de 1989⁹⁰.

A través de La Ley 91 de 1989⁹¹, el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)⁹² y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Así:

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.

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”.

⁸⁹ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁹⁰ Ib.

⁹¹ Ib.

⁹² En adelante FOMAG.

Parágrafo - *Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*”

Establece el marco normativo 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 hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.*

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

5. *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de*

cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que 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.” (Destaca la Sala).

Crea el 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”.

Le determina su función principal y objetivos misionales, así:

“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 renunciaciones 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.”

Regula la integración y funciones de la junta directiva en los artículos 6 y 7.

Determina las fuentes de donde provendrán los recursos para que el Fondo funcione; la prohibición de destinarlos para asuntos diferentes al pago de las prestaciones del Magisterio y lo que tiene que ver con los procedimientos para la realización de convenios con las entidades territoriales para el cumplimiento de sus funciones y objetivos, en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14.

Precisa las normas a aplicar por el FOMAG para el cumplimiento de su misión principal, esto es, el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, de la siguiente manera:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

3. Cesantías:

A.- Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a 1 mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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.⁹³ (Destaca la Sala).

3.- Problema jurídico.

Hecha la presentación de las normas que se revisaran, procede la Sala a plantear el problema jurídico a partir de las consideraciones preliminares que a continuación se enuncian:

⁹³ 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 unificara el sistema normativo; todo lo cual vino a generar la creación de un Fondo especial, como se vino a estipular en el mismo título de la ley. Puede 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 asumiría en adelante la carga prestacional conforme a las obligaciones establecidas para los demás entes responsables. No encuentra así la Corte en las normas examinadas una ruptura con el núcleo temático de la ley por cuanto se trata de medidas consecuentes con el tema central de la misma. Con la creación de un Fondo especial además de regular los aspectos administrativos propios de dicho ente administrativo como los referidos a la naturaleza administrativa, órgano de dirección y funciones, entre otros, era también indispensable abordar como un desarrollo y puesta en marcha de dicho Fondo, las situaciones acaecidas bajo los diferentes regímenes prestacionales vigentes para dicho momento, como lo hizo el legislador a través de las normas demandadas al señalar la manera, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975, como la Nación y las entidades territoriales asumirían las obligaciones prestacionales para con el personal docente nacional y nacionalizado, causados hasta la fecha de la promulgación de la presente ley, y así mismo, indicar las disposiciones que habrán de regir a dicho personal partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989 y con posterioridad al 1 de enero de 1990. Las normas acusadas guardan entonces una relación objetiva y razonable, como también de conexidad causal, teleológica, temática y sistémica con la materia dominante de la Ley 91 de 1989. Por consiguiente, se habrá de declarar la exequibilidad de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con el cargo por violación del principio de unidad de materia”.*

Considera la actora, que la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978⁹⁴, con ocasión de la expedición de la Ley 91 de 1989⁹⁵, específicamente a partir de su artículo 15, parágrafo 2, fue extendida o reconocida a todos los docentes oficiales. El desacuerdo planteado surge frente al argumento de las entidades accionadas, según el cual la norma aludida no creó ni extendió dicho beneficio, en consecuencia el problema jurídico que debe resolver la Sala es:

Determinar si con la expedición de la Ley 91 de 1989⁹⁶, 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, se creó o extendió a favor de los docentes oficiales, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978⁹⁷, que los exceptuó de su aplicación.

Para resolver este problema, la Sala en primer lugar reconocerá la jurisprudencia que al respecto ha proferido la Corporación y la Corte Constitucional; en segundo lugar y atendiendo los argumentos planteados por las partes, se resolverán con el auxilio de las reglas y métodos de interpretación de la ley, a través de un ejercicio hermenéutico y secuencial así: **i)** empleo del método histórico de manera conjunta con el teleológico o finalista para determinar la voluntad o intención del legislador al tramitar la Ley 91 de 1989; **ii)** aplicación del método sistemático para establecer el contexto de regulación de las normas que regulan la materia, junto con la Ley 91 de 1989; **iii)** interpretación literal con miras a despejar el sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y **iv)** aplicación del método de interpretación de acuerdo a la Constitución.

4.- Antecedentes jurisprudenciales.

Revisada la jurisprudencia de los últimos años, se encuentra entre otras, las siguientes providencias:

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁹⁶ Ib.

⁹⁷ 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.

4.1. Sentencia de 25 de marzo de 2010, emitida en el expediente 63001233100020030112501(0620-09), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren⁹⁸, en donde determinó el régimen para liquidar las cesantías definitivas a una docente nacionalizada. Se dijo en esa oportunidad, que en atención al carácter de docente nacionalizada de la actora, se le aplicaría, en principio, el Decreto Ley 2712 de 1999⁹⁹, que regula lo relacionado con las prestaciones sociales de los empleados territoriales, cuyo artículo 2 estableció como factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal, los siguientes: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, los dominicales, los feriados, las horas extras, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario, el valor del trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y las bonificaciones. Pero que dicha norma fue modificada por el Decreto Ley 1919 de 2002¹⁰⁰, que ordenó aplicar a los empleados públicos del nivel territorial las normas que señalan el régimen prestacional de los servidores estatales del orden nacional.

Y concluyó que la normatividad aplicable a la actora, es la contenida en el Decreto Ley 1045 de 1978, cuyo artículo 45, establece como factores para liquidar las cesantías los siguientes: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, los dominicales, los feriados, las horas extras, los auxilios de alimentos y transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, los incrementos salariales por antigüedad, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario, el valor del trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, las y bonificaciones.

4.2. La Corporación en fallo de 15 de junio de 2011, proferido en el expediente 68001231500020010256901(0550-2007), con ponencia de la Consejera Bertha

⁹⁸ Sentencia de segunda instancia de la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 25 de marzo de 2010, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proferida en el expediente de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0620-09, donde la actora era Aracely García Quintero contra el FOMAG.

⁹⁹ Por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial.

¹⁰⁰ 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.

Lucía Ramírez de Páez¹⁰¹, abordó el tema negando la prima de servicios solicitada por una docente nacionalizada del municipio de Floridablanca (Santander), argumentando para el efecto, que la Ley 91 de 1989¹⁰² no creó en su artículo 15 prima alguna en favor de los docentes oficiales, ya sean nacionales o nacionalizados.

4.3. Sentencia de 7 de diciembre de 2011, proferida en el expediente 68001231500020010257901(2200-07)¹⁰³, ponente Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, en la que resolvió un caso idéntico al estudiado por la providencia de 15 de junio de 2011, antes aludida. Se argumentó en esta oportunidad, que la Ley 91 de 1989¹⁰⁴ no creó en su artículo 15 la prima de servicios en favor de los docentes oficiales.

4.4. Sentencia de 16 de febrero de 2012, expediente 70001233100020040198001(1767-2010)¹⁰⁵, ponente Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila. En dicha providencia se estudió el caso de una maestra inscrita en el escalafón docente nacional, que prestaba sus servicios en el Municipio de San Onofre (Sucre) desde el año 1992, y que no le fueron canceladas de manera completa varios conceptos salariales y prestacional, tales como, asignación básica mensual, auxilio de transporte, subsidio familiar, auxilio de alimentación, dotación de calzado y vestido de labor, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones. Respecto de la prima de servicios, esta Corporación ordenó su pago a la demandante, en su calidad de docente nacional, en aplicación de lo estipulado en los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978¹⁰⁶.

4.5. Sentencia de 22 de marzo de 2012, ponente Consejero Gustavo Eduardo

¹⁰¹ Sentencia de segunda instancia de la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 15 de junio de 2011, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, proferida en el expediente de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0550-2007, donde la actora era Carmen Rátiva de Espinosa contra el Municipio de Floridablanca (Santander).

¹⁰² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁰³ Actora: Matilde Hernández de García. Demandado: Municipio de Floridablanca (Santander).

¹⁰⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁰⁵ Sentencia de segunda instancia de la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 16 de febrero de 2012, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, proferida en el expediente de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 1767-2010, donde la actora era Amada Julio Moguea contra el Municipio de San Onofre (Sucre).

¹⁰⁶ 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.

Gómez Aranguren, expediente 2483-10¹⁰⁷. Se argumentó: (i) Que de la redacción del artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁰⁸, especialmente del inciso 2 y del párrafo 2, se desprende que a los maestros oficiales *“nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1° de enero de 1990, quedaron comprendidos dentro las regulaciones de carácter salarial y prestacional de los demás servidores públicos, que se encuentran consignados entre otros, en los Decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978”*; (ii) Que este listado de decretos que regulan la situación salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, contenido en el inciso 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁰⁹, *“no debe tenerse como taxativo”*, y en esa medida, se entiende que el legislador se estaba refiriendo a todas las normas que comprenden el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, incluido el Decreto Ley 1042 de 1978¹¹⁰ que contempla la prima de servicios; y (iii) Que en tal virtud, demostrada la calidad de docente oficial de la demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978¹¹¹, así como a la reliquidación de sus cesantías con la inclusión de este concepto.

4.6. La Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la temática objeto de la presente litis, en la Sentencia de tutela T-1066, con ponencia del 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 párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹¹². Se argumentó en el fallo lo siguiente:

- Que más allá del sentido administrativo de muchas de las disposiciones de la Ley 91 de 1989¹¹³, en ella se incluyeron también diversas normas relativas a

¹⁰⁷ Sentencia de segunda instancia de la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 22 de marzo de 2012, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proferida en el expediente de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2483-10, donde la actora era Teresa Hermencia Bautista Román contra el Municipio de Floridablanca (Santander).

¹⁰⁸ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁰⁹ Ib.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Ib.

¹¹² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹¹³ Ib.

las prestaciones de que son titulares los docentes estatales, dentro de las cuales se cuenta el aludido artículo 15, aplicado por el Tribunal accionado para reconocer el pago de la prima de servicios a docentes oficiales. En este sentido, acerca del alcance de la Ley 91 de 1989¹¹⁴, y en particular del artículo 15, expuso la Corte que en sentencia C-506 de 2006,¹¹⁵ se dejó claro el contenido prestacional de dicha Ley, y de su artículo 15, para lo cual se dispuso “*consecuencialmente*” la creación del FOMAG. Dijo entonces la Corte, que la Ley 91 de 1989¹¹⁶ es un conjunto de normas expedido con el fin de definir el régimen prestacional de los docentes estatales (nacionales, nacionalizados y territoriales) para lo cual dispuso la creación de un Fondo unificado nacional, y no lo contrario; y

- Que la motivación de las providencias judiciales controvertidas, así como la interpretación y aplicación del derecho legislado que en ellas efectuó el Tribunal Administrativo del Quindío, no son irrazonables, caprichosas, ni arbitrarias. En ellas no se decide con base en una norma “*indiscutiblemente inaplicable*”, impertinente, derogada o declarada inconstitucional. Tampoco en las decisiones controvertidas se hace una interpretación fuera del margen de interpretación razonable reconocido a los jueces y tribunales en su labor de impartir justicia. Y por lo tanto no debe dar lugar a la configuración de un defecto sustantivo, como causal específica que lleve a invalidar las decisiones del Tribunal accionado.

Resalta la Sala, 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.*”

5.- Aplicación de las reglas y métodos de interpretación de la ley para la solución del caso.-

En armonía con los antecedentes descritos en la parte primera de esta providencia y con el propósito de resolver los cargos de la demanda, se hace necesario presentar los argumentos expuestos en ánimo de prosperar la obtención de la

¹¹⁴ Ib.

¹¹⁵ En esa oportunidad se demandaron algunas expresiones de los artículos 2 y 15 de la Ley mencionada.

¹¹⁶ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

prima de servicios y los que se expresan para su no reconocimiento esgrimidos por las partes, los intervinientes y el Ministerio Público, así como los criterios expuestos en los antecedentes jurisprudenciales citados; todo de ello en los siguientes términos:

5.1.- Argumentos a favor del reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales.

a. Que la Ley 91 de 1989¹¹⁷, artículo 15, parágrafo 2, al mencionar la prima de servicios como una de las prestaciones que continuará a cargo de la Nación, textualmente crea, reconoce o extiende a la planta docente oficial, dicho emolumento creado por el Decreto Ley 1042 de 1978¹¹⁸ para los empleados públicos del orden nacional.¹¹⁹

b. Que la intención o voluntad del legislador ordinario al expedir la Ley 91 de 1989¹²⁰, además, de crear el FOMAG, era la de equiparar el régimen salarial y prestacional de todos los docentes oficiales al de los empleados públicos del orden nacional, a quienes el Decreto Ley 1042 de 1978¹²¹, en su artículo 42, les reconoció la prima de servicios; por lo que, pese a que el artículo 104 de dicho Decreto Ley exceptúa de su aplicación a los maestros públicos, con la expedición de la Ley 91 de 1989¹²², que ordene aplicárseles el régimen de los empleados públicos del orden nacional, los docentes oficiales también son beneficiarios de las prestaciones contempladas en el Decreto Ley 1042 de 1978¹²³, como la prima de servicios.¹²⁴

c. Que la negativa de las entidades accionadas de reconocer la prima de servicios a los docentes oficiales, invocando la exclusión estipulada en el artículo 104

¹¹⁷ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ Argumento esgrimido por la parte demandante, FECODE y SINDODIC; así mismo, contenido en la sentencias de 16 de febrero de 2012 y 22 de marzo de 2012 del Consejo de Estado y 6 de diciembre de 2012.

¹²⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹²¹ 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.

¹²² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹²³ 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.

¹²⁴ Argumento expuesto por FECODE y SINDODIC.

ibídem, vulnera su derecho a la igualdad¹²⁵, puesto que la generalidad de los servidores públicos sí la tiene reconocida.¹²⁶

d). Que los docentes nacionalizados, antes territoriales, tienen derecho a la prima de servicios, puesto que el Decreto Ley 1919 de 2002¹²⁷, que modifica el Decreto Reglamentario 2712 de 1999¹²⁸, extendió a los empleados públicos del orden territorial el régimen de los del orden nacional, a quienes, los Decretos Ley 1042¹²⁹ y 1045¹³⁰ de 1978, les concedió la aludida prima.¹³¹

5.2. Argumentos para no reconocer la prima de servicios a los docentes oficiales.-

a). Que el Decreto Ley 1042 de 1978¹³², en su artículo 104, excluyó expresamente a los docentes oficiales de su aplicación, por lo que no tienen derecho a la prima de servicios creada en el artículo 48 de dicho estatuto.¹³³

b). Que la Ley 91 de 1989¹³⁴, en ninguno de sus apartes crea, reconoce o extiende a favor de los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978¹³⁵ para los empleados públicos del orden nacional.¹³⁶

¹²⁵ Contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991.

¹²⁶ Argumento expuesto por la parte demandada, FECODE y SINDODIC.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ Por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ 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.

¹³¹ Argumento contenido en la sentencia de 25 de marzo de 2010, ponente Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 63001233100020030112501(0620-09).

¹³² 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.

¹³³ Argumento expuesto por el Departamento de Boyacá, el Departamento Administrativo de la Función Pública y los Ministerios de Educación y Hacienda.

¹³⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ Argumento expuesto por el Departamento de Boyacá, el Departamento Administrativo de la Función Pública y los Ministerios de Educación y Hacienda; y contenido en las sentencias de 15 de junio y 7 de diciembre de 2012 del Consejo de Estado.

c). Que la intención o voluntad del legislador al expedir la Ley 91 de 1989¹³⁷, no era la de crear o reconocer la prima de servicios a favor de los docentes oficiales, sino la de unificar su régimen a partir de 1990, por lo que la interpretación correcta del párrafo 2 del artículo 15 de dicha norma, es la de respetar los derechos adquiridos de los maestros nacionalizados, antes territoriales, a quienes las entidades territoriales a las que pertenecían les reconocieron dicho beneficio.¹³⁸

d). Que los docentes oficiales del país sólo tienen derecho a la prima de servicios, a partir de 2014, fecha desde la cual el Gobierno Nacional se las reconoció a través del Decreto 1545 de 2013¹³⁹.¹⁴⁰

Vistos puntualmente los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de la prima de servicio a favor de los docentes oficiales, se advierte que los cargos de la demanda se resuelven al determinar el correcto sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para lo cual la Sala se auxiliará de las reglas y métodos de interpretación de la ley, así:

5.3.- Aplicación de los métodos de interpretación histórico y teleológico (finalista) para determinar la voluntad o intención del legislador al tramitar la Ley 91 de 1989.

A continuación acude la Sala reconocer el contexto histórico en el que se expidió la norma. Para ello se procede a consultar la voluntad real del Legislador, a partir de lo consignado, entre otras fuentes, en las actas de los debates surtidos en el seno del Congreso de la República.¹⁴¹

¹³⁷ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹³⁸ Argumento expuesto por el Departamento de Boyacá y el Ministerio de Educación.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ Argumento esgrimido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y los Ministerios de Educación y Hacienda.

¹⁴¹ En el texto EL NUEVO GOBIERNO COSTITUCIONAL, editado por la Universidad del Rosario en 2003, los profesores Rodolfo Arango y Carlos Molina, citando al tratadista francés Paul Amsélek y su texto de 1995 *Interpretation et droit*, señalan que “según la teoría moderna de la interpretación, la intervención judicial tiene por principal objetivo el descubrimiento de la intención del legislador, esto es, el sentido que le imprime a la norma. El sentido que se busca es aquel que quiso darle el legislador a la ley en la época en que la adoptó. (...). Nos preguntamos entonces en derecho constitucional colombiano ¿Quién posee el monopolio del sentido de la ley: el legislador, que hace la norma, o el juez constitucional, que la revisa? (...). Si al legislador le corresponde crear el sentido de la ley, correspondería al intérprete, una vez identifique dicho sentido, tratar de recomendar su perfeccionamiento. (...). Por ello (...) el texto debe ser mirado en su contexto de elaboración, más no en el de su aplicación porque sobrepasa la misma competencia del intérprete. (...). Aquí es donde reside el meollo del problema de la libertad que tiene el intérprete de los textos: saber quedarse en los límites de su competencia sin invadir la del autor del texto (...). Cualesquiera que sean los métodos o las técnicas utilizadas, el intérprete deberá siempre tener presente tres parámetros que coartan su libertad de interpretación: el principio de separación de poderes, el principio de la

El ordenamiento jurídico colombiano tradicionalmente ha tenido como criterio de interpretación normativa, el recurso de indagar por la voluntad del legislador o el espíritu o racionalidad de la ley¹⁴², así por ejemplo, el artículo 27, inciso 2, del Código Civil, señala que *“se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”*; y en el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, se señala, que *“los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”*.¹⁴³

Entonces, dice la exposición de motivos del proyecto de ley No. 49 de 1989, *“por el cual se crea el Fondo Nacional de Prestación del Magisterio”*, que luego sería la Ley 91 de 1989¹⁴⁴, lo siguiente:

“Durante la etapa electoral, el Presidente Virgilio Barco, se propuso incluir dentro del programa de Gobierno, las acciones necesarias para poner en marcha un estudio con miras a lograr, una solución realista al problema que afecta a los maestros en el pago de sus prestaciones sociales.

Es así como en 1986, por petición de la Presidencia de la República, la Previsora SA Compañía de Seguros, adelantó un estudio para diagnosticar las causas que habían originado el problema. Los resultados arrojados sirvieron de base para conciliar formulas capaces de responder en forma razonable y dar una solución definitiva sin detrimento de las conquistas o derechos laborales de los docentes y que permita aplicar estrategia financieras capaces de responder a las erogaciones que pudieran resultar exigibles a corto plazo, así como sentar bases sólidas para enfrentar en el

supremacía legislativa y el principio de la mesura o del autocontrol que guía todo trabajo de interpretación.”. (Negritas fuera de texto).

¹⁴² Al respecto, CALVO, Manuel, LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: GENEALOGÍA DE UNA FICCION HERMENEUTICA, Revista DOXA, 1986.

¹⁴³ Al respecto se resalta, que la Corte Constitucional, en varias oportunidades ha reconocido la voluntad del legislador o espíritu de la norma, como criterio de interpretación y aplicación de la ley, así se expuso en las sentencias C-281 de 2004, C-551 de 2003, C-760 de 2001, C-093 de 2001, C-1011 de 2008, C-536 de 1997, C-511 de 1994, entre otras. El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la aplicación de este criterio de interpretación normativa, así por ejemplo, en fallo de 2 de octubre de 2014, proferido en el expediente 11001-33-31-019-2007-00735-01-(AP)REV, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, citando el texto de 2005 LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO (Ed. Palestra de Lima), de Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, se dijo: *“Para su determinación se puede apelar, entre otras cosas, a la voluntad del órgano de producción normativa expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos, a los considerandos del texto normativo, e incluso a las disposiciones legales que expresan los respectivos objetivos. (...) La jurisprudencia constitucional ha señalado la trascendencia de este criterio en la interpretación constitucional, esto explica la frecuencia con la que se utiliza, tanto para definir el alcance de las disposiciones constitucionales, como el de las normas que son objeto de control.”*. Este criterio de interpretación normativa también fue expuesto en los fallos de 21 de octubre de 2010, expediente 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), M.P.: Alfonso Vargas Rincón; de 29 de junio de 2011, expediente 25000-23-25-000-2007-01039-01(1751-09), M.P.: Gustavo Gómez Aranguren; y de 2 de marzo de 2001, expediente 11001-03-24-000-1999-5830-01(5830), M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otros.

¹⁴⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

largo plazo las proyecciones de los costos arrojados por los estudios.

Diagnóstico de la situación

De 1973 para atrás la educación primaria y secundaria era un servicio público a cargos de las entidades territoriales, coexistían en el sector 22 regímenes departamentales diferentes, otros para las intendencias y comisarías, un régimen híbrido para los territorios de misiones sujetos a concordato y otro régimen para el Distrito Especial. Por separado la Nación también contaba con su propio régimen en los planteles atendidos por docentes nombrados directamente por el Ministerio.

Como puede observarse, la situación del Magisterio en materia salarial y prestacional, revestía un desorden y una complejidad enormes, donde las diferencias de remuneración alcanzaban extremos tales que, por ejemplo, profesionales del mismo rango que laboraban en el Distrito Especial, recibían un 40% más que sus colegas que estaban ubicados en otros territorios del país. Algo similar sucedía en materia de prestaciones. Algunas entidades las concedían ilimitadamente como una forma de compensar los sueldos bajos, mientras que otras entidades, solamente otorgaban las mínimas legales.

Antes esta situación se vislumbra entonces la conveniencia de nacionalizar la educación como una forma de dar solución a este grave problema. Se expide entonces la Ley 43 de 1975, “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, se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. En consecuencia, los gastos que demandaban y sufragaban las entidades territoriales pasaron a cargo de la Nación.

Igualmente las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos nacionalizados, que se hubieren causado hasta el momento y que venían perteneciendo a las respectivas Cajas de Previsión Social pasaron a cargo de la Nación.

La ley trajo como consecuencia que por una parte, se descargaba a las entidades territoriales de los altos costos financieros que les representaba el Magisterio y de otra, concedió facultades extraordinarias al Gobierno para establecer el régimen. No obstante la aparente claridad de lo dispuesto por la ley se generaron interpretaciones encontradas sobre el régimen aplicable al periodo de 1976 a 1981, durante el cual la Nación y las entidades territoriales compartían el pago de las prestaciones del Magisterio, según el proceso gradual de la participación de los costos ordenado en el artículo 3 o el tratamiento que debía darse a las diferencias del régimen prestacional entre la Nación y las entidades territoriales.

La Nación asumió la prestación del servicio público de la educación primaria y secundaria sin el cumplimiento del procedimiento previsto, lo cual ocasionó dificultades para realizar los pagos a los docentes y atender oportunamente las obligaciones prestacionales que ello implicaba.

Solución al problema

Con este proyecto pretendemos definir de una vez por todas las responsabilidades en materia salarial y prestacional, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones existentes y futuras.

Con el ánimo de poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios medico asistencias del personal docente y administrativo oficial del país, de crear un mecanismo ágil y eficaz para efectuar tales pagos y de garantizar el buen manejo de los dineros recaudados a través de un Fondo Especial, el Gobierno Nacional pone en consideración el presente proyecto de ley, “por el cual se crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”. El proyecto contiene variables jurídicas, económicas y administrativos elementos sin cuya interrelación sería imposible consolidar la solución esperada.

Jurídica y doctrinariamente se deberán mantener los regímenes que han sido reconocidos y legitimados en cada entidad territorial para aquellos docentes que fueron contratados bajo las circunstancias laborales enunciadas. Lo anterior conlleva a dejar claro que a partir del 1 de enero de 1990, quienes se vinculen en calidad de docentes al sector educativo nacional estarán cobijados por el régimen establecido para los empleados nacionales.

Para poder atender de manera eficiente y oportuna las prestaciones que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley y con el objeto de contar con un instrumento moderno, ágil y exclusivamente dedicado a esta tarea se propone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con independencia patrimonial y contable, el cual será manejado por una entidad fiduciaria estatal. La independencia patrimonial y contable garantiza una posibilidad de fiscalización permanente sobre las fuentes y el uso exclusivo de los recursos para atender las prestaciones sociales del Magisterio.

El Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley”.

En la ponencia para primer debate¹⁴⁵, se subrayó nuevamente la necesidad de resolver las dificultades que se presentaban por la diversidad de regímenes prestacionales existentes, la falta de claridad que existía en relación con las cuantías que la Nación y entes territoriales debían aportar para cancelar los pasivos y la ausencia de un instrumento de unificación del sistema normativo que permitiera asumir el pago efectivo de las prestaciones sociales del magisterio.

Al respecto, se señaló:

“El Presidente Barco ha manifestado desde antes del inicio de su Gobierno, la seria intención de entrar a resolver el problema de la diversidad de

¹⁴⁵ Gacetas del Congreso Nos. 103 y 108 de 1989.

regímenes laborales aplicables al Magisterio, de la falta de claridad relacionada con las cuantías que la Nación y las entidades territoriales deben aportar para cancelar los pasivos exigibles y contingentes a su favor y de la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo y se haga cargo de pagarle las prestaciones, las cesantías y de asumir los riesgos de salud y también los económicos. Además de otros aspectos, puede afirmarse que el proyecto consta de dos básicos: la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990.

La unificación del régimen laboral de los docentes es relativa. El pliego de modificaciones se ajusta a la proposición del Gobierno, que consiste en respetar las normas vigentes en las entidades territoriales para los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y para quienes ingresen con posterioridad a esta fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.”

Finalmente, en la ponencia para segundo debate ante la Cámara de Representantes¹⁴⁶, se reiteró:

“Durante catorce años, Gobierno y Magisterio han venido tratando de encontrar una salida a la causa de constantes conflictos y reclamaciones por parte del gremio, debido al no pago de sus prestaciones sociales y definición de un régimen unificado para el personal docente colombiano. El Ministerio de Educación Nacional presentó a consideración del Congreso un proyecto de ley mediante el cual se crea el Fondo de Prestaciones del Magisterio colombiano para dar cumplimiento al compromiso del Presidente Virgilio Barco de resolver los problemas de falta de claridad sobre el régimen de prestaciones de los maestros y sobre la carencia de mecanismos administrativos y financieros que garantizarán el pago oportuno de las mismas a los maestros. El proyecto busca dar una solución definitiva, sin detrimento de las conquistas o derechos laborales de los docentes, que permita aplicar estrategias financieras sólidas para responder de manera adecuada y oportuna a todos los docentes en el pago de sus prestaciones sociales. Esta iniciativa responde a la meta que se impuso el actual Gobierno de entrar a resolver en forma definitiva el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio, de la falta de claridad relacionada con las cuantías que la Nación y las entidades territoriales deben aportar para cancelar los pasivos exigibles a su favor y que la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo y se haga cargo de cancelar las prestaciones a los maestros.”

De la lectura de la exposición de motivos y de las ponencias para primer y segundo debate, la Sala reconoce en primer lugar, la preocupación del Gobierno Nacional de ese entonces, por unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales dada la existencia de diversas reglamentaciones para cada entidad territorial, lo que generaba diferencias en las remuneraciones dependiendo del municipio o departamento al cual estuviera adscrito el maestro oficial.

¹⁴⁶ Gaceta del Congreso No. 164 del 12 de diciembre de 1989.

También dan cuenta los antecedentes legislativos de la Ley 91 de 1989, que para solucionar este complejo problema, por iniciativa del Ejecutivo, el Congreso de la República expidió la Ley 43 de 1975¹⁴⁷, por medio de la cual se ordenó la nacionalización de la educación, proceso que consistió en trasladar de manera gradual a la Nación todos los costos que genera el servicio educativo, entre ellos, el pago de salarios y prestaciones sociales¹⁴⁸.

La exposición de motivos y las ponencias para primer y segundo debate, también ponen de presente, que luego de la expedición de la Ley 43 de 1975 se generó confusión por *“interpretaciones encontradas”*, debido a que la Nación y las entidades territoriales aún *“compartían el pago de las prestaciones del Magisterio”*, en atención a que el artículo 3¹⁴⁹ de dicha ley estableció que el proceso de nacionalización sería *“gradual”* y, en consideración, a las complejidades que suponía *“el tratamiento que debía darse a las diferencias del régimen prestacional entre la Nación y las entidades territoriales.”*

Entonces, con la intención de *“definir de una vez por todas las responsabilidades en materia salarial y prestacional”* entre la Nación y las entidades territoriales, nuevamente por iniciativa del Gobierno Nacional, se tramita la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el FOMAG, el cual es pensado como un *“mecanismo ágil y eficaz”* para *“poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente.”*

La ponencia para primer debate deja claro además, que el propósito de esta ley no es sólo la creación de un fondo que dote de agilidad y eficiencia el pago de salarios y prestaciones a los docentes oficiales, sino que, en aras de *“resolver el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio (...) y de la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo”*, la intención

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ El artículo 1 de la Ley 43 de 1975, señala, que *“La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.”*

¹⁴⁹ El cual dispuso lo siguiente: *“Artículo 3. A partir del 1º de enero y hasta el 31 de diciembre de 1976, la Nación pagará el veinte por ciento (20%) de los gastos de funcionamiento (personal) de la educación a que se refiere el artículo primero, conforme a los presupuestos respectivos del año de 1975; y así sucesivamente en cada vigencia subsiguiente, aumentará en un veinte por ciento (20%) su aporte a dichos gastos, hasta llegar a absorber el ciento por ciento (100%) de los mismos en 1980 (de 1976 a 1980)”*.

también era la *“definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990”*, pero respetando *“las normas vigentes en las entidades territoriales para los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y para quienes ingresen con posterioridad a esa fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.”*

Tal y como se lee en la exposición de motivos de la ley bajo estudio y en las ponencias para primer y segundo debate, la meta principal del legislador de 1989 fue la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1990, para lo cual propuso, que a partir de ese momento, además de crear el FOMAG para centralizar la administración de los recursos destinados al pago sus prestaciones sociales, se unificara el régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros, que por disposición de las entidades territoriales a las que se encontraban adscritos, les habían sido reconocidas algunas prestaciones adicionales a las mínimas legales.

En la exposición de motivos y las ponencias para primer y segundo debate no se abordó el tema referido a la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional, como tampoco se hizo referencia al artículo 104 de dicha normativa, que de manera expresa excluyó a los docentes públicos de su aplicación.

En tal virtud, los antecedentes legislativos de la Ley 91 de 1989 consultados por la Sala, no permiten concluir que la intención o voluntad del legislador de ese entonces era la de crear la referida prima a favor de los docentes oficiales, pues, teniendo en cuenta que para el momento de la discusión y aprobación de dicha norma se encontraba vigente la exclusión contenida en el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, tendría que haberse formulado de manera clara y expresa el propósito de su creación o reconocimiento.

Ahora bien, dentro del contexto histórico revisado por la sala, se encuentra el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013¹⁵⁰, en donde se crea la prima de servicios a

¹⁵⁰ 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.

favor de los docentes oficiales a partir del año 2014¹⁵¹.

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 no es válida la argumentación expuesta por FECODE y SINDODIC tendiente a afirmar que como la voluntad del legislador de 1989 era equiparar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales al de los empleados públicos del orden nacional, se entiende reconocida a su favor la prima de servicios creada en el Decreto 1042 de 1978 a favor de estos últimos.

Las anteriores consideraciones, realizadas con ocasión de la aplicación del método de interpretación histórico y teleológico para interpretar la Ley 91 de 1989, permiten desestimar el argumento jurisprudencial según el cual, todos los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, tienen derecho a la prima de servicios, en aplicación del Decreto Ley 1919 de 2002¹⁵² 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 1989¹⁵³, 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

¹⁵¹ 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.”

¹⁵² 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.

¹⁵³ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

beneficios del Decreto Ley 1042 de 1978¹⁵⁴, 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.

5.4.- Método de interpretación sistemático o por contexto.

La Sala hará una breve descripción del método sistemático de interpretación legal, el cual considera a la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece, es decir, que supone una lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta.

Es del caso precisar, que el Código Civil, adoptado como legislación permanente por virtud de la Ley 57 de 1887, se refiere a éste método en su artículo 30 así:

“Artículo 30. Interpretación por contexto. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Este método se hace necesario al caso en concreto, puesto que, del contenido normativo de la Ley 91 de 1989, en especial de sus artículos 2 y 15, se aprecia como presupuesto de su aplicación la existencia de otras 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 1913¹⁵⁵, 116 de 1928¹⁵⁶ y 37 de 1933¹⁵⁷, así como los Decretos 3135 de 1968¹⁵⁸, 1848 de 1969¹⁵⁹, 1045 de 1978¹⁶⁰ y 2277 de 1979¹⁶¹.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”, antes referenciado.

Procede la Sala entonces a realizar una enunciación general pero integral de cada uno de estas normativas:

- La 114 de 1913¹⁶², crea una pensión de jubilación vitalicia a favor de los “maestros de escuelas primarias oficiales” que cuenten con 50 años de edad y demuestren 20 años de servicio.
- La Ley 116 de 1928¹⁶³, dispone entre otras, un aumento para las pensiones de los “maestros de escuelas” y determina el régimen pensional aplicable a los “profesores de las Escuelas Normales”.
- La Ley 37 de 1933¹⁶⁴, establece, entre otras, un aumento en las pensiones de los “maestros de escuela” les hace extensivo el régimen de estos a los “maestros de establecimientos de enseñanza secundaria.”
- El Decreto 3135 de 1968¹⁶⁵, establece el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, precisando que devengarán las siguientes prestaciones: vacaciones, prima de navidad, auxilio funerario, asistencia médica, auxilio por enfermedad, auxilio de maternidad, subsidio familiar y pensión de retiro por vejez.
- El Decreto 1848 de 1969¹⁶⁶, reglamenta y desarrolla cada uno de los aspectos de que trata el Decreto 3135 de 1968 antes referenciado.
- El Decreto 1045 de 1978¹⁶⁷, fija las reglas principales para el reconocimiento de las prestaciones establecidas en el Decreto 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos del orden nacional.
- El Decreto 2277 de 1979¹⁶⁸, regula lo atinente al ejercicio de la profesión docente, en aspectos tales como, provisión de las vacantes, nombramientos, escalafón, ascenso y régimen disciplinario de los docentes.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

¹⁶² Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, antes referenciado.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

Al efectuar una lectura integral y detallada de las normas expresamente enunciadas en la Ley 91 de 1989, en ninguna de ellas se crea la prima de servicios a los docentes oficiales.

Anota la Sala, que hay otras normas no citadas en la ley 91 de 1989 que también regulan aspectos relacionado con el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales o el servicio público de educación en general, sobre las cuales se desarrolla el mismo ejercicio de revisión, tales como las Leyes 60 de 1993¹⁶⁹, 115 de 1994¹⁷⁰, 715 de 2001¹⁷¹, 812 de 2003¹⁷², 1650 de 2013¹⁷³, y de los Decretos 1272 de 2002¹⁷⁴ y entre otros, así:

- La Ley 60 de 1993¹⁷⁵, realiza la distribución de competencias y de recursos entre la Nación y las entidades territoriales en lo que tiene que ver con los sectores de educación, salud, agua potable, vivienda y agropecuario.
- La Ley 115 de 1994¹⁷⁶, o ley general de educación, regula el marco general de prestación del servicio educativo en todos su niveles por la Nación y los particulares, precisando aspectos como definición de competencias y funciones, currículos obligatorios, definición de los niveles educativos, duración de las jornadas, sistemas de información, mecanismos de evaluación de los docentes, condiciones de ingreso y ascenso de los docentes, educación para adultos, etnoeducación, educación campesina y rural, entre otras.
- La Ley 715 de 2001¹⁷⁷, crea el sistema general de prestaciones, a partir del cual se distribuyen desde la Nación hacia las entidades territoriales los recursos para atender sectores como educación y salud.

¹⁶⁹ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹⁷⁰ Por la cual se expide la Ley General de Educación.

¹⁷¹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

¹⁷² Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario, que en el artículo 81, alude al régimen prestacional de los docentes oficiales.

¹⁷³ Por la cual se reforma parcialmente la Ley 115 de 1994, antes referenciada.

¹⁷⁴ Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

¹⁷⁵ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹⁷⁶ Por la cual se expide la Ley General de Educación.

¹⁷⁷ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

- La Ley 812 de 2003¹⁷⁸, contiene el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2003-2006, que en materia de educación consagra políticas orientadas a aumentar cobertura y calidad, así como fija recursos para ser transferidos a las entidades territoriales para que cancelen sus deudas laborales con los educadores.
- La Ley 1650 de 2013¹⁷⁹, reforma parcialmente la Ley 115 de 1994, en lo atinente a las condiciones de prestación del servicio educativo por parte de la Nación y los particulares.
- El Decreto Ley 1272 de 2002¹⁸⁰, consagra el estatuto de carrera de los docentes, el cual propende por su profesionalización y precisa aspectos tales como ingreso, ascenso y retiro, mecanismos de provisión de cargos, evaluación docente, etcétera.
- El Decreto 1545 de 19 de julio de 2013¹⁸¹, establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, sin distinción alguna, a partir de 2014, en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual y a partir del año 2015, por valor de 15 días.

La lectura integral de estas disposiciones muestra que en ellas no se crea o extiende a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos del orden nacional; como sí lo hace el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013¹⁸², 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, a partir de 2014.

En ese orden de ideas, la tesis de la actora, secundada por FECODE y SINDODIC, según la cual, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 crea o extiende a los docentes oficiales la prima de servicios, no se evidencia a través del entorno legislativo que rodeó la expedición de la norma tanto antes de su vigencia como con posterioridad a ella o que permita de la lectura de las mismas, adjudicarle un

¹⁷⁸ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario, que en el artículo 81, alude al régimen prestacional de los docentes oficiales.

¹⁷⁹ Por la cual se reforma parcialmente la Ley 115 de 1994, antes referenciada.

¹⁸⁰ Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

¹⁸¹ 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.

¹⁸² 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.

supuesto de hecho o una consecuencia jurídica¹⁸³, para reconocer el referido beneficio a los docentes oficiales.

Visto que interpretaciones históricas, teleológicas y sistemáticas de la Ley 91 de 1989 conducen a una solución desfavorable al reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, para la Sala resulta necesario revisar el contenido normativo del artículo 15 de la ley en cita a la luz del método gramatical o literal, con el objeto de lograr una comprensión completa del asunto sometido a consideración de la Sala, objeto de esta sentencia de unificación.

5.5.- Aplicación del método de interpretación gramatical o literal.

Partiendo del deber de sometimiento de los jueces a la ley conforme lo establece el artículo 230 constitucional al señalar que estos *“en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”* y, que para la correcta aplicación de esta, muchas veces se hace necesario interpretarla, se revisa lo que los artículos 28 y 29 del Código Civil, definen sobre la interpretación gramatical:

“Artículo 27. Interpretación gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Artículo 28. Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Artículo 29. Palabras técnicas. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso”.

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 1989¹⁸⁴:

“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

¹⁸³ La conceptualización del *“supuesto de hecho”* como uno de los pilares de la estructura de la norma jurídica, ha sido propia de la disciplina de la Teoría y/o Filosofía del Derecho, y en especial de autores tales como Kelsen en su famoso libro *“Teoría Pura del Derecho”*, Hart con su texto *“El Concepto de Derecho”*, Austin con su obra *“The Province of Jurisprudence Determined”*, y Bobbio con su libro *“Teoría General del Derecho”*, entre otros. Para los efectos esta providencia, y a partir de los conceptos desarrollados por los autores mencionados, por *“supuesto de hecho”* entendemos toda aquella realidad, circunstancias o situaciones, que están descritas en la previsión de las normas jurídicas como condición para que se dé la consecuencia en estas establecida.

¹⁸⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

3. Cesantías:

A.- Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a 1 mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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 1975¹⁸⁵, regularon de distinta manera el asunto atinente a los salarios y prestaciones sociales de los docentes oficiales, por lo que en varios departamentos y municipios, antes de la expedición de dicha norma, los maestros oficiales devengaban emolumentos adicionales a los mínimos legales. Lo cual responde a la voluntad o intención del legislador de garantizar el respeto por los derechos adquiridos de los docentes nacionalizados que venían devengando emolumentos salariales y prestacionales adicionales a los mínimos legales, reconocidos por normas territoriales.

¹⁸⁵ 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.

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 párrafo 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 párrafo 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 Española¹⁸⁶, alude a “*seguir haciendo lo comenzado*”.

Teniendo como punto de referencia esta definición, se analiza el párrafo 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 1975¹⁸⁷, entre ellas la prima de servicio; interpretación que se encuentra acorde con el contenido de los antecedentes legislativos y judiciales estudiados.

¹⁸⁶ <http://dle.rae.es/?id=AVlj6Y4>.

¹⁸⁷ 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.

Pero además de la interpretación de dicho párrafo a partir del significado de las expresiones que lo integran, es necesario analizarlo a la luz del Decreto Ley 1042 de 1978¹⁸⁸, cuyo artículo 104 excluye de manera expresa a los docentes de la aplicación 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.

No sería necesario realizar análisis adicionales, pues, para la Sala existe claridad en torno al correcto entendimiento o interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁸⁹, de no ser porque la actora alegó la vulneración de su derecho a la igualdad y FECODE y SINDODIC en sus intervenciones invocaron la aplicación de los principios constitucionales de favorabilidad y no regresividad (progresividad), aspectos que serán tratados a partir de una interpretación de la norma ibídem conforme a la Constitución Política.

5.6.- Aplicación del método de interpretación conforme a la Constitución.

En virtud del artículo 4 de la Constitución Política, la interpretación de las normas

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de *interpretación conforme a la Constitución*, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política. Es así como se debe acudir a los preceptos constitucionales que mejor doten de sentido las disposiciones bajo estudio, con miras a extraer su significado.

La Sala se propone entonces, recurrir a los preceptos constitucionales que se relacionan directamente con el tema bajo estudio, como lo son los de igualdad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y no regresividad, contenidos en los artículos 13 y 53 de la Constitución, que a continuación se transcriben en sus apartes pertinentes:

Artículo 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

“Artículo 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”

a. Improcedencia de aplicar un juicio o test de igualdad respecto de

regímenes salariales y prestacionales disímiles.

En el caso particular de los diferentes regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha subrayado la improcedencia general del juicio o test de igualdad entre ellos. Esto en consideración a que no son equiparables y que responden a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, de las condiciones en que prestan sus servicios.

Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313 de 2003¹⁹⁰, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278 de 2002, “*por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*”, para el caso de determinados maestros oficiales, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior. En esa oportunidad, la Corte recopiló el precedente aplicable al asunto objeto de estudio y planteó los siguientes argumentos que, por su importancia en el asunto de la referencia, la Sala considera pertinente transcribir *in extenso*:

“En este orden de ideas la Corte ha aceptado que en materia laboral puedan existir regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad¹⁹¹.”

Así, como lo ha señalado igualmente la Corporación, desde antiguo existen en el sector público, distintos estatutos especiales que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, que presentan en cada caso características peculiares y un sistema de auxilios y reconocimientos particulares¹⁹².”

Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

(...)

Así, dado que el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, la Corte ha concluido que no resulta posible establecer en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior.

¹⁹⁰ Con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹¹ Sentencia C-65 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹⁹² Sentencia C-995 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Ha de tenerse en cuenta además, como también ya lo ha señalado la Corte, que si cada régimen especial es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

“Si cada uno de estos regímenes especiales es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, se encuentra que los beneficios particulares contemplados en cada uno de ellos, no pueden ser examinados aisladamente, fuera del contexto del régimen especial, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales.

El juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, la cual no se presenta en el caso bajo examen, pues diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, que hacen que cada beneficio en particular no pueda ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

En relación con lo anterior, es decir con la necesidad de aplicar íntegramente los regímenes laborales especiales, la jurisprudencia ha hecho ver, adicionalmente, que la circunstancia de que en uno de ellos se consagren ciertos beneficios, que no son reconocidos en otros, usualmente se ve compensada por el hecho de que respecto de otra prestación, puede suceder lo contrario.

Así ha dicho que “teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.”¹⁹³

Por ello, las personas “vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general”¹⁹⁴. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.”¹⁹⁵ Adicionalmente, la existencia de los diferentes regímenes existentes, los cuales, como se dijo, deben ser aplicados integralmente, encuentra su justificación en diversas circunstancias constitucionalmente válidas.

Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho: “En tal virtud, dicha regulación ha obedecido a diferentes motivos, como son: las distintas naturaleza y

¹⁹³ En un sentido similar, ver sentencia C-598 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 8.

¹⁹⁴ Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes. Fundamento Jurídico No 7.

¹⁹⁵ Sentencia C-080 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, el otorgamiento de especiales beneficios a ciertos sectores de empleados, en razón de la naturaleza de la labor que desempeñan, las limitaciones presupuestales, la necesidad de organizar y poner en funcionamiento o fortalecer cajas de previsión social encargadas del pago de las prestaciones de los servidores públicos, etc.” Antes bien, la presencia de multiplicidad de regímenes laborales dentro del sector público, llevan a la conclusión contraria: la de estar frente a situaciones distintas que imposibilitan adelantar un juicio de igualdad entre los distintos beneficios particulares que se reconocen en uno y otro régimen.¹⁹⁶

En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

Así por ejemplo, en el caso de los beneficios en materia de seguridad social la Corte ha precisado¹⁹⁷ que dada la complejidad de los sistemas prestacionales y la interdependencia de las prerrogativas por ellos conferidas, un trato diferenciado en ese campo resulta discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable solo si el conjunto del sistema - no apenas uno de sus elementos integrantes-, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario; así entonces, si una desmejora sólo se evidencia en un aspecto puntual del régimen, en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir por ello trato discriminatorio; en estos casos deberá estudiarse -conclusión a la que se llega después de analizar el sistema en su conjunto- si la desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo¹⁹⁸.

Al respecto la Corte además ha hecho énfasis en que sólo si una prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico¹⁹⁹. Circunstancia que sin embargo solamente podría darse (i) si la prestación es verdaderamente autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (ii) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (iii) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente²⁰⁰.

¹⁹⁶ Sentencia C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹⁷ Al respecto ver entre otras las sentencias C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-385 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1032 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹⁸ Ver la Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se señala : “la singularidad y autonomía que caracterizan a estos regímenes excepcionales, sumado a la diversidad de prestaciones que los integran, han llevado a la Corte Constitucional a considerar que, en principio, “no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.”.

¹⁹⁹ Sentencia C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁰⁰ Sentencia C-890 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha sentencia se señaló lo siguiente “‘Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al

La comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario”.

Agrega la Sala, que la exclusión de los docentes del radio de aplicación del Decreto 1042 de 1978, y por ende de los beneficios en él consagrados, según la estipulación contenida en su artículo 104, fue estudiado y declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-566 de 1997, bajo los parámetros de un test de igualdad. Dijo entonces la Corte, que

“...la norma demandada, en cuanto ordena excluir al personal docente de los organismos de la Rama Ejecutiva de la aplicación del régimen salarial general de los empleados públicos, persigue el respeto de ciertas conquistas laborales de este sector de trabajadores, que se erigen en derechos adquiridos, aparte de reconocer que las peculiaridades del ejercicio de la docencia ameritan la consagración de un estatuto laboral, salarial y prestacional adecuado a las particularidades de este servicio. (...).El caso que plantea el demandante es el del juego de dos disposiciones cuya aplicación conjunta impide el reconocimiento del recargo salarial por el hecho de trabajar en el horario nocturno de manera ordinaria. Esta situación para la Corte no resulta violatoria del principio de igualdad, ya que encuentra justificación en el hecho de que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los trabajadores del sector privado, en cumplimiento de las normas legales que regulan su actividad laboral, agotan diariamente una jornada de trabajo que excede ampliamente en duración a aquella que por su parte cumplen los educadores al servicio del Estado. De esta manera, la supuesta discriminación resulta ser del todo aparente, ya que la situación jurídica de una y otra categoría de trabajadores es substancialmente diferente, por lo cual no admite la aplicación de un idéntico tratamiento jurídico. (...).La razón de ser de la norma que consagra el recargo salarial por el trabajo ordinario nocturno es, como se ha dicho, el exceso de cuidado y energía que implica para el ser humano trabajar habitualmente en estas condiciones, circunstancia que no se encuentra en el caso de los maestros que laboran ordinariamente de noche en turnos que no exceden de cuatro o cinco horas diarias, usualmente comprendidas entre las seis de la tarde y las diez de la noche. (...). De otro lado, la distinta duración de las jornadas en uno y otro sector se justifica por razones de diferencia en el servicio que se presta en uno y otro caso, lo cual no es menester entrar a analizar”.

usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente. En el mismo sentido ver la sentencia C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Así mismo, en sentencia C-402 de 2013, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “*del orden nacional*” contenida en varios apartes del Decreto Ley 1042 de 1978²⁰¹, argumentando que:

“... la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario”.

Resumiendo lo dicho por la jurisprudencia constitucional, la sola existencia de diversos regímenes laborales y prestacionales no viola per se el derecho a la igualdad, ello en atención a las características peculiares de cada uno de ellos, por lo que la comparación entre estos regímenes distintos no resulta conducente porque se partiría de supuestos de hecho que no son idénticos, lo que imposibilita el juicio o test de igualdad.

En este caso, la demandante asegura que la administración le prodiga un trato desigual, puesto que, a la generalidad de los empleados públicos les es reconocida la prima de servicios, no así a los docentes oficiales, como ella.

Ello significa, que con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima aludida, la actora considera que a su situación prestacional le debe ser aplicada, en virtud de su derecho a la igualdad, la normatividad que regula la materia para los empleados públicos del orden nacional, contenida en el Decreto Ley 1042 de 1978²⁰² y, para los empleados públicos del orden territorial en el Decreto Ley 1919 de 2002.

²⁰¹ 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.

²⁰² 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.

Así las cosas, a partir del criterio fijado por la jurisprudencia constitucional y teniendo en cuenta que la comparación propuesta por la demandante es entre los docentes oficiales y la generalidad de los empleados públicos, no es posible realizar un juicio o test de igualdad, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no tiene vocación de prosperidad.

b). Improcedencia de aplicar el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos.

La Corte Constitucional ha entendido que el principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos es un mecanismo de protección a los trabajadores. En la sentencia C-023 de 1994²⁰³, dijo al respecto que:

“Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que debe haber condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. No se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se tornan en irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, y nunca renunciable. Porque para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo.

El Estado Social de Derecho, que tiene como fin servir a la comunidad, no puede tolerar que el derecho al trabajo -que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer. Como, por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, como se ha dicho, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser”.

²⁰³ Con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, que resolvió favorablemente una Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 39 (parcial) y 40 del Decreto 1647 de 1991. (“Por el cual se establece el régimen de personal, de carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de gestión tributaria y se dictan otras disposiciones”); las cuales contemplaban la modalidad de retiro denominada desvinculación con indemnización.

Por otra parte, en la sentencia T-166 de 1997²⁰⁴ dijo lo siguiente:

“La garantía constitucional estriba en hacer efectivas las de orden legal que favorecen al trabajador, quien, indefenso ante el poder del patrono y en razón de sus apremiantes necesidades, podría consentir de manera forzada en renunciar a sus prerrogativas y derechos a trueque del beneficio de un pago pronto que lo saque de apuros.

Es ante esas perspectivas que el Constituyente y el legislador quitan todo valor jurídico a las renunciaciones que provengan del trabajador y que recaigan sobre beneficios legales mínimos, con lo cual se afirma el carácter imperativo de las normas que los consagran y la defensa, a cargo del Estado Social de Derecho, de la parte más débil en la relación contractual”.

En resumen, este principio refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria. Ese atributo de *irrenunciabilidad* está concebido precisamente como una protección al trabajador, activo o retirado, que, de no tener dicha garantía, podría ponerla en riesgo ante una presión económica coyuntural o una proveniente de su empleador.

Las interpretaciones que hasta ahora se han realizado del artículo 15 de la Ley 91 de 1989²⁰⁵, a partir de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, según las cuales, la norma no cita ni reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978²⁰⁶ 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.

c). Improcedencia de aplicar el principio constitucional de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, en beneficio de la demandante.

²⁰⁴ Con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, que se ocupó de estudiar una acción de tutela interpuesta por una persona de la tercera edad despedida por un empleador particular sin cancelarle los salarios ni prestaciones correspondientes.

²⁰⁵ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²⁰⁶ 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.

En lo concerniente al principio denominado situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la Corte Constitucional resumió su doctrina en la sentencia T-981 de 2012²⁰⁷, en la que dijo:

“El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”²⁰⁸

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto²⁰⁹”.

Descendiendo a la materia objeto de estudio, reitera la Sala que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989²¹⁰ 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.

²⁰⁷ Con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, en la que se estudió una acción de tutela interpuesta por una ciudadana a quien, encontrándose en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le negaron una pensión de jubilación. El problema jurídico planteado por la Corte fue el siguiente: “Debe esta Sala de Revisión determinar si los derechos al debido proceso y a la seguridad social de la señora Leonor Murcia Figueroa, fueron vulnerados por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al revocar el fallo del Juzgado 9 Laboral del Circuito de esa ciudad, y no otorgarle la pensión de vejez de acuerdo el régimen de transición, anotando que tiene “*un tiempo superior a los 20 años de servicio*” y en la actualidad cuenta con más de 55 años de edad. Para ello, serán analizados los siguientes temas: i) la improcedencia general de la acción de tutela para controvertir providencias judiciales; ii) el derecho fundamental a la seguridad social, su protección por medio de la acción de tutela, y procedencia de ésta en la reclamación de una pensión de vejez; iii) los requisitos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tomando como régimen anterior aplicable la Ley 71 de 1988; iv) el principio de favorabilidad; y v) finalmente, será decidido el caso concreto”.

²⁰⁸ T-290 de marzo 31 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰⁹ T-545 de mayo 28 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynnett, T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

²¹⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En relación con la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989²¹¹ 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 1989²¹², 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.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra acreditado el elemento de la duda que permita elegir de entre varias interpretaciones la más favorable al trabajador, como lo solicita FECODE y SINDODIC en sus intervenciones, puesto que, la aplicación de los diversos métodos de hermenéutica jurídica permiten arribar a la conclusión según la cual el artículo 15 de la Ley 91 de 1989²¹³ no reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios.

d). Sobre la no regresividad de los derechos sociales.

El principio de no regresividad de los derechos sociales ha sido entendido como el corolario del principio de progresividad en tales derechos. En efecto, si se considera que los Estados tienen el deber evolucionar de manera progresiva hacia la plena vigencia de los derechos sociales tal como lo señalan las obligaciones del Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha de deducirse que las autoridades de un Estado no pueden disminuir ni alterar el nivel de protección de un derecho social que ya se ha consolidado en la normatividad vigente.

El tema de la regresividad de los derechos sociales ha sido analizado en nuestra jurisprudencia constitucional bajo 3 perspectivas diferentes: una primera posición, defiende la posibilidad de que el legislador modifique o reemplace a su arbitrio cualquier disposición relacionada con estos derechos, aún en el sentido de reducir

²¹¹ Ib

²¹² Ib.

²¹³ Ib.

el contenido protegido²¹⁴; una segunda postura propugna el no retroceso o disminución de los derechos sociales²¹⁵ y finalmente, una tesis intermedia que establece que por regla general, los derechos sociales una vez reconocidos por el ordenamiento jurídico, no podrían, en principio, ser disminuidos o recortados, a menos que las autoridades justifiquen razonadamente esa regresión.

En este orden de ideas, para poder determinar si una norma es o no regresiva en materia de un derecho particular, se impone precisar la existencia previa de una disposición normativa que consagre el respectivo derecho. En el asunto bajo examen, antes de la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013²¹⁶, con efectos a partir de 2014, no existía norma alguna que en nuestro ordenamiento jurídico haya creado o reconocido la prima de servicios para los docentes oficiales, motivo por el cual la Sala considera improcedente aplicar, en el presente caso, el principio de no regresividad de los derechos sociales, como lo solicita FECODE y SINDODIC.

Lo anterior no significa, que los docentes nacionalizados, antes territoriales, que vienen devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la que estaban adscritos la creó a través de una norma de carácter territorial expedida antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989²¹⁷, no la sigan percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador plasmada en el artículo 15 de la aludida ley, consistía en respetar los derechos adquiridos de los maestros que estuvieran en la situación descrita.

6.- Reglas jurisprudenciales 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.

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales

²¹⁴ Dentro de esta posición se pueden consultar las sentencias C-168 de 1995 y C-781 de 2003.

²¹⁵ En esta tesis militan las sentencias C-1165 de 2000 y C-1433 de 2000.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el referido asunto:

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.

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 2013²¹⁸, 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.

Habiendo precisado, con el auxilio de los métodos de interpretación legal aplicados a la Ley 91 de 1989, las reglas jurisprudenciales que en lo sucesivo deberán tenerse en cuenta por esta jurisdicción al resolver controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, procede la Sala a realizar el estudio del caso en concreto.

7.- Caso concreto.

Recapitula la Sala, que la actora alega fundamentalmente que, en su condición de docente oficial nacionalizada, tiene derecho a la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978²¹⁹ para los empleados públicos del orden nacional, desde la fecha de su vinculación, es decir, 11 de agosto de 1983, por cuanto, pese a que el artículo 104 de dicha norma expresamente excluye de su aplicación a los docentes oficiales, en su criterio, la Ley 91 de 1989²²⁰, artículo 15, párrafo 2, les extendió o reconoció el referido beneficio.

Para demostrar su condición de docente nacionalizada, la accionante aportó con la demanda, el original del documento denominado "*formato único para la expedición de certificado de historia laboral*", expedido por el FOMAG²²¹, en el que se lee que la señora Nubia Yomar Plazas Gómez es docente oficial nacionalizada de primaria, nombrada en propiedad por el Departamento de Boyacá, desde el 11

²¹⁸ 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.

²¹⁹ 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.

²²⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²²¹ Fls. 25-27 del cuaderno 2º del expediente.

de agosto de 1983, e inscrita en el grado 14 del escalafón. Así mismo, adjuntó el original del “*certificado de salarios y devengados*”, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá,²²² en el que consta que durante el tiempo que ha estado laborando como docente nacionalizada, además de la asignación básica, ha devengado, el auxilio de transporte, la bonificación por difícil acceso y las primas de grado, rural, vacaciones, alimentación y navidad.

Valorada la prueba documental aportada por la actora, la Sala encuentra acreditada su condición de docente nacionalizada vinculada por el Departamento de Boyacá desde el 11 de agosto de 1983. En ese orden de ideas, la demandante se ubica bajo el primer supuesto regulado por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989,²²³ que hace referencia a los docentes nacionalizados vinculados antes de la expedición de dicha norma, esto es, 31 de diciembre de 1989, a quienes, de acuerdo con la disposición normativa en comento, en materia salarial y prestacional se les aplica el régimen “*que han venido gozando en cada entidad territorial.*”

Ahora bien, en observancia de las reglas jurisprudenciales fijadas para resolver este tipo de controversias, obtenidas luego de aplicar los métodos de interpretación legal a la Ley 91 de 1989²²⁴, la actora tendría derecho a la prima de servicios por el tiempo reclamado si lograra acreditar que el Departamento de Boyacá, a través de ordenanza vigente a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, hubiese creado dicho factor de salario en favor de su planta docente.

Revisada en su integridad la prueba documental aportada por la demandante, no encuentra la Sala demostrado en el expediente, que en el Departamento de Boyacá, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, estuviera vigente norma territorial alguna que haya creado a favor de su planta docente oficial la prima de servicios y, mucho menos, que la actora la haya devengado en algún momento, por lo que no tiene derecho a su reconocimiento por el tiempo reclamado.

En ese orden de ideas, la actora solo tiene derecho al reconocimiento y pago de la

²²² Fls. 28-75 del cuaderno 2º del expediente.

²²³ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²²⁴ Ib.

prima de servicios, en los términos del Decreto 1545 de 2013,²²⁵ es decir, 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.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, se confirmará en todas sus partes la sentencia de primera instancia de 21 de febrero de 2014, proferida por el Juzgado 10 Administrativo Oral de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora Nubia Yomar Plazas Gómez, orientada a obtener el reconocimiento y pago de la prima de servicios durante el tiempo que ha laborado como docente oficial, es decir, desde el 11 de agosto de 1983.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con las controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, en el entendido que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no crea dicho factor de salario a su favor, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia. En consecuencia:

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de 21 de febrero de 2014, proferida por el Juzgado 10 Administrativo Oral de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada, a través de apoderada judicial, por la señora Nubia Yomar Plazas Gómez.

TERCERO. Por Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación, devolver el expediente de la referencia al Tribunal Administrativo de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

²²⁵ 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.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sesión de la fecha, por los Consejeros:

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Presidenta

GERARDO ARENAS MONSALVE

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Relatoria JORM