

CIRCULAR N. 001

FECHA: 02 DE ENERO DE 2013

PARA: DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES

DE: SUBSECRETARÍA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA

ASUNTO: RECONOCIMIENTO Y PAGO PRIMA DE SERVICIO

Reciban todos un cordial saludo. Teniendo en cuenta la gran cantidad de solicitudes de reconocimiento y pago de la Prima de servicios con retroactividad que se han venido recibiendo en esta Secretaría, este despacho resolvió elevar consulta al Ministerio de Educación Nacional sobre el particular, toda vez que los recursos recibidos por el Departamento del Atlántico para atender los aspectos salariales de los docentes, directivos docentes y administrativos, provienen de dicha entidad.

Mediante el oficio No.2012EF68579 del 23 de octubre de 2012, el MEN nos informa que se encuentra en espera de los resultados de la solicitud de revisión que presentó dicha entidad ante la Corte Constitucional, sobre los fallos proferidos dentro de la acción de tutela No.2011-01690 presentada por el Municipio de Armenia en contra de Tribunal Superior de Quindío al considerar que se había incurrido en una vía de hecho y que una vez se reciba la respuesta, estará informando a las entidades territoriales sobre dichos resultados a fin de que se tomen las acciones pertinentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Secretaría de Educación del Atlántico hace saber a todos los docentes y directivos docentes que se está a la espera de la comunicación que envíe el Ministerio de Educación Nacional sobre el proceder ante las reclamaciones de reconocimiento y pago de la Prima de servicios con retroactividad, teniendo en cuenta que es esa entidad es quien autoriza y proporciona los recursos a esta Secretaría para realizar este tipo de reconocimientos.

Atentamente,



ELIANA AVILÉZ BARROS

Subsecretaría Administrativa y Financiera

Proyectó: Lilia Guerrero D.

V.B: Neil Badran

Bogotá D.C.,

Doctor

CARLOS JAVIER PRASCA MUÑOZ

SECRETARIO DE EDUCACION DEL ATLÁNTICO

Calle 40 No. 45-46, Edificio Gobernación, piso 2,
Barranquilla (Atlántico)

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL 23-10-2012 03:42:22
Al Contestar Cite este Nro.: 2012EE68579 O 1 Fol:1 Anex:0
Origen: Sd:10093 - OFICINA ASESORA JURIDICA / SANDRA LILI
Destino: PARTICULAR / CARLOS JAVIER PRASCA MUÑOZ
Asunto: 2012ER99057
Observ.: DCE

REF: Su solicitud No. 2012ER99057 sobre reclamaciones por prima de servicios.

Respetado doctor:

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

CONSULTA

"...emitir concepto sobre la procedencia del reconocimiento y pago de la "PRIMA DE SERVICIOS" a que hace mención el parágrafo 2 del punto 4, artículo 15 de la Ley 91 de 1989 para los funcionarios Docentes y Directivos Docentes..."

NORMAS RELACIONADAS Y RESPUESTA:

En relación a su oficio, es necesario aclarar que esta entidad en cumplimiento de algunas de sus funciones como lo es "*el velar por el cumplimiento de la Ley y los reglamentos que rigen al Sector y sus actividades*"¹, ha verificado la situación que se presenta con la motivación y fallos proferidos por los distintos despachos judiciales, respecto a la prima de servicios que el personal docente solicita.

Dicho estudio, parte tanto de las normas que regulan el régimen laboral de los docentes, como de la jurisprudencia que se ha dictado en la materia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado y que negaba la aplicación al personal docente de la prima de servicios y la bonificación por recreación contenidos en el Decreto 1042 de 1978.

¹ Numeral 6, Artículo 2 Decreto 5012 de 2009.

En el anterior entendido, esta Oficina consideró que al haber incurrido en una vía de hecho los reconocimientos efectuados por algunos despachos de Armenia y Quindío, y con el objeto de evitar la indebida aplicación de las normas y los perjuicios que esto generen, máxime cuando existe fallos en distintos sentidos sobre el mismo tema, se debía proceder a recurrir a la Corte Constitucional para que resolviera el problema planteado.

Lo anterior como medio de defensa de los recursos del sector educativo y de la legalidad de los actos y reconocimientos que se deban efectuar en materia salarial y prestacional, los cuales no pueden ir en contra del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia vinculante.

Así las cosas, el Ministerio se encuentra en espera de los resultados de la solicitud de revisión radicada por esta entidad ante la Corte Constitucional sobre los fallos proferidos dentro de la acción de tutela No. 2011-01690, presentada por el Municipio de Armenia en contra del Tribunal Superior del Quindío al considerar que se había incurrido en una vía de hecho.

Dicha solicitud fue aceptada y escogida para revisión por parte de la Corte Constitucional el 26 de Julio de 2012 y asignada para reparto al Magistrado Humberto Sierra Porto el 10 de agosto del presente año, sin que hasta la fecha exista decisión sobre el tema. Por lo anterior, continuaremos el seguimiento del caso, en espera de la decisión de la Corte Constitucional, informando de la importancia y urgencia de la solución en este tema.

Este Ministerio por su parte, estará informando a las entidades territoriales sobre los resultados de la solicitud de revisión presentada y de la cual se adjunta copia para su conocimiento, con el propósito de evitar que se tomen decisiones contrarias a las indicaciones previstas por las altas cortes.

Ahora bien en cuanto al párrafo segundo del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es necesario realizar las siguientes aclaraciones:

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

Calle 43 No. 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.

PBX: (057) (1) 222 2800 - Fax 222 4953

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



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

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

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

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

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

En consideración con lo anterior, se analizará el párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989 que al tenor establece: "*Parágrafo 2º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que **continuarán a cargo de***

Calle 43 No. 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.

PBX: (057) (1) 222 2800 - Fax 222 4953

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

la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones."

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

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

Ahora bien, adicionalmente a lo expuesto en párrafos anteriores sobre el sentido del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es necesario aclarar cuál es la aplicación de la norma al establecer que el "*Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.*" (Se resalta)

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

Calle 43 No. 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.

PBX: (057) (1) 222 2800 - Fax 222 4953

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

Para mayor claridad, remitámonos al Diccionario de la Lengua Española, sobre el significado de la palabra continuar, en donde encontramos que significa "*proseguir lo comenzado, durar, permanecer, seguir, extenderse*"².

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

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

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

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

² Diccionario de la Real Academia Española, http://lema.rae.es/drae/~val_continuara

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

Debiendo entonces recordarse que las excepciones son de naturaleza restrictiva sin que pueda dárseles interpretación extensiva por vía administrativa o jurisprudencial y si lo pretendido es, aplicar el artículo 59 del decreto 1042 de 1978 que crea la prima de servicios, a esta clase de servidores, por el principio de la inescindibilidad de la ley³ así mismo debe darse aplicación al artículo 104 que los excluye.

Así las cosas, la prima de servicios para el personal docente y directivo docente 1) no ha sido creada por la Ley 91 de 1989. Cuando la norma habla de continuar, hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgados con fundamento en disposición normativa previa, 2) la Ley 91 de 1989 en su parágrafo segundo, hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo que, de lo anteriormente expuesto bien puede deducirse que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas (las del parágrafo segundo del artículo 15) y hace referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley; sin que pueda afirmarse que la prima de servicios ha sido creada por la ley 91 de 1989 en favor de los docentes estatales, dado que dicha norma sólo hace alusión a aquellos que obligatoriamente son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; 3) en cumplimiento a lo señalado en el artículo 10º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido del deber de aplicación uniforme de las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos; sólo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas con cargo a la nación y en virtud de la nacionalización de la educación, en aquellos casos en que la prima de servicios les hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la ley 91 de 1989, en aplicación al principio establecido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia sobre derechos adquiridos, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para los funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de Abril de 2010, M.P.

De la misma manera, para su conocimiento se adjunta la respuesta enviada a la Federación Nacional de Educadores – FECODE-, sobre el tema de la referencia.

³ En virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

ANEXO

1. Copia de la solicitud de revisión radicada ante la Corte Constitucional sobre los fallos proferidos dentro de la acción de tutela No. 2011-01690, interpuesta por el Municipio de Armenia.
2. Copia de la respuesta enviada a la Federación Nacional de Educadores – FECODE con cordis 2012EE52396.

Atentamente,



SANDRA LILIANA ROYA BLANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Rad. 2012ER99057
Preparó: DCE