



00038  
CIRCULAR No. \_\_\_\_\_ DE 2012

PARA: DIRECTIVOS DOCENTES Y DOCENTES DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA.

DE: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BARRANQUILLA.

ASUNTO: RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE SERVICIOS.

FECHA: 26 DE DICIEMBRE DE 2012.

Cordial saludo;

Para atender las peticiones presentadas por los docentes y directivos docentes del Distrito ante esta Secretaría relacionadas con el reconocimiento y pago de la Prima de Servicios, y fundamentándonos en las consideraciones consignadas por el Ministerio de Educación Nacional en el oficio No. 2012EE73527, en respuesta a la consulta realizada por esta Secretaría, damos respuesta a sus requerimientos teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado 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 3 de la Ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria el sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato o como servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

La Ley 6 de 1945 crea las primeras prestaciones sociales tanto para trabajadores estatales como particulares. En su artículo 22, consagraba que teniendo en cuenta la condición económica de los departamentos, intendencias, comisarias o municipios, se señalaría por medio de decreto las prestaciones que hubiese que pagar a dichos funcionarios. Es así, como el Decreto 2767 dispuso en el artículo 1 que los trabajadores de las citadas entidades tendrían derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, otorgadas para los empleados y obreros nacionales, dándoles así mismo en el artículo 10 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 constituyan, las respectivas gobernaciones, intendencias, comisarias o municipios, responderían de las prestaciones sociales de sus trabajadores con cargo a su propio peculio.

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

En consideración con lo anterior, se analizará el párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989 que al tenor establece: *"Párrafo 2º- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones."*

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

Con la ley 60 de 1993, se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias, estableciendo ésta norma que el régimen Prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados, que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones sería el reconocido por la ley 91 de 1989. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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 párrafo 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, a 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."*

Tal como se ha destacado en el presente concepto, el artículo referenciado en ningún momento está creando una prima de servicios para el personal docente, sino que establece la continuación del reconocimiento de dichos conceptos a cargo de la nación, en virtud de la nacionalización de la educación, y no del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del



Magisterio. Precisamente, el hecho de hablar en el citado párrafo de "continuación" del pago de las prestaciones relacionadas, hace evidente que la protección de la norma es en relación con un emolumento que ya existía y no como se ha interpretado, la creación de uno nuevo.

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

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

Así las cosas, del contenido del párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, claramente se determinan las obligaciones de cada una de las partes, responsabilidades que se limitan a aquellos emolumentos que ya existían y que por 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 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 estableciera en otras disposiciones. "...b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.", literal que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-566 de 1997, teniendo como sustento los siguientes argumentos:

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



*los derechos adquiridos conforme a leyes anteriores".*

Debiendo entonces recordarse que las excepciones son de naturaleza restrictiva sin que pueda dárseles interpretación extensiva por vía administrativa o jurisprudencial y si lo pretendido es aplicar el artículo 59 del decreto 1042 de 1978 que crea la prima de servicios, a esta clase de servidores, por el principio de la inescindibilidad de la ley 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 haya 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 a 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.

Con fundamento en lo antes expuesto, ésta Secretaría se permite comunicarles que no resulta procedente el reconocimiento y pago de la Prima de Servicios a favor de los docentes y directivos docentes distritales.

Cordialmente,

JOSE CARLOS HERRERA REYES  
Secretario de Educación Distrital

Vo. Bo. Ginna Robles Caviedes – Jefe Gestión Administrativa Docente.   
Revisó: Estefanía Vargas Lafaurie-Asesora Jurídica externa.  
Preparó: Yadira Quiroz Butrón-Profesional Universitario.