
Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación interna: 2379 - Aclaración 2302

Número Único: 11001-03-06000-2018-00092-00

Referencia: Primas extralegales creadas por las entidades territoriales.

La señora Ministra de Educación Nacional solicita una aclaración del concepto 2302 emitido por la Sala el 28 de febrero de 2017.

I. ANTECEDENTES

Explica la Ministra que el despacho a su cargo acogió lo dicho en el concepto 2302 de 2017, y a través de la Dirección de Fortalecimiento a la Gestión Territorial y de la Subdirección de Monitoreo y Control se ha advertido a las entidades territoriales que *“no es posible la cancelación de primas extralegales con recursos del Estado, y especialmente con recursos del Sistema General de Participaciones por tratarse de conceptos salariales y prestacionales que carecen de amparo constitucional y legal”*

Finalmente anota que la Procuraduría General de la Nación, por inconformidad de FECODE, pidió al Ministerio que se elevara una solicitud de aclaración del concepto en razón a que existe duda sobre la procedencia de aplicar la Ley 91 de 1989, en particular el parágrafo del artículo 2 y el numeral 1 del artículo 15.

Posteriormente la señora Viceministra de Educación Prescolar, Básica y Media, la señora Secretaria General y el Asesor Jurídico del Ministerio de Educación informan que la solicitud se motiva en la situación creada por la sentencia dictada el 14 de marzo de 2013 por el Tribunal Administrativo del Cesar en la que se declaró la nulidad del Acuerdo 13 de 1983 expedido por el Concejo Municipal de Valledupar, por medio del cual se creó una prima de antigüedad, pero que también ordenó el pago de las primas que fueron reconocidas antes del fallo.

Considera el Ministerio que en casos como ese, pese a existir una orden judicial, debe evaluarse si debe ser atendida en la medida que carece de fundamento legal.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“4.1 En lo que tiene que ver con aquellos casos en que se ordenó continuar pagando la prima extralegal no obstante la declaratoria de nulidad del acto que la declaró:

4.1.1. ¿Puede hablarse de derechos adquiridos, cuando una autoridad judicial declara nulo el acto de creación de una prima, por no haber sido expedida por autoridad competente para ello y ordena continuar pagándola a quienes venían recibéndola?

4.1.2. De ser negativa la primera respuesta, considerando que las denominadas “primas extralegales” no generan derechos adquiridos y no deberían ser reconocidas por el Estado ¿Bajo qué mecanismo podrá inaplicarse una orden judicial ejecutoriada, en la que se declaró la nulidad del acto que crea una prima extralegal, pero que a su vez ordena que se continúe pagando la prestación?

De ser afirmativa la primera respuesta, teniendo en cuenta que tanto los recursos del SGP, como los del PGN e incluso los recursos propios de cada entidad, son en últimas, recursos del Estado ¿Cuál sería la fuente de financiación?

4.1.3. De acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Estado por intermedio de la Sala que usted preside, advirtiendo la responsabilidad disciplinaria y fiscal que puede generarse con ocasión de la administración y ejecución de recursos públicos ¿Cuál sería el correcto proceder de una entidad de la rama ejecutiva en los casos en que el reconocimiento o la orden de pago de una prima extralegal se origine por fallo judicial?

4.1.4. Con fundamento en las respuestas anteriores, ¿A cargo de quien estaría el pago de intereses generados sobre la deuda si la entidad territorial dilata el aporte de los documentos requeridos o si la Nación tarda en validar la deuda? ¿En qué casos debe ser indexada la deuda?

4.2. En lo que tiene que ver con la consulta de la Procuraduría General de la Nación:

4.2.1. Sobre una norma declarada exequible por la Honorable Corte Constitucional, ¿Se puede aplicar en casos específicos, por parte de una autoridad administrativa, la instrucción definida como Excepción de Inconstitucionalidad?

En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿Se podría aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre la Ley 91 de 1989 que es la que ordena que las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial al

momento de la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975 y para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989?

4.2.2. En atención a la vigencia y al contenido normativo de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989, ¿Deben las autoridades administrativas continuar realizando el pago de las llamadas primas extralegales de las que vienen gozando algunos docentes nacionalizados que prestan sus servicios a distintas entidades territoriales?

4.2.3. Teniendo en cuenta que los Arts 2 y 15 de la Ley 91/89 citados por la Procuraduría, refieren exclusivamente lo relativo a prestaciones sociales y económicas, ¿Resultaría necesario definir en cada prima extralegal si se trata de un factor prestacional o salarial, para determinar o no su pago?

II. CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) inhibición para contestar las preguntas 4.1 a 4.1.4., ii) la excepción de inconstitucionalidad, iii) la Ley 91 de 1989, iv) no hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución, y v) la Ley 91 de 1989 no establece como derecho adquirido continuar con el pago de primas extralegales creadas por las entidades territoriales.

A. Inhibición para contestar las preguntas 4.1 a 4.1.4

La Contraloría General de la República interpuso recurso extraordinario de revisión contra el numeral tercero de la sentencia del 14 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por cuanto a pesar de que dispuso la nulidad del Acuerdo 13 de 1983 expedido por el Concejo Municipal de Valledupar -que creó la prima de antigüedad para los empleados municipales- también dispuso que se continúe con su pago.

Revisada la página Web de la Rama Judicial, módulo consulta de procesos, se advierte que en efecto se encuentra en trámite el recurso extraordinario de revisión ante la Sección Segunda de esta Corporación, con la radicación 11001032500020180053000.

Al respecto la Sala ha entendido de manera reiterada que no es procedente pronunciarse sobre materias que están sometidas a decisión jurisdiccional, bien sea que se trate de materias idénticas, ora que resulten sustancialmente conexas con la que se ha puesto a su consideración.

En efecto, se ha sostenido que la función consultiva no puede ejercerse sobre controversias que se encuentran pendientes de ser resueltas judicialmente por haberse iniciado un proceso para su definición.

Así las cosas, y en vista de las decisiones judiciales pendientes sobre los efectos de la nulidad del Acuerdo 13 de 1983 expedido por el Concejo de Valledupar, la Sala se declara inhibida para responder las preguntas 4.1 a 4.1.4.

B. La excepción de inconstitucionalidad

Es menester garantizar en todo momento que el contenido y fuerza obligatoria de la Constitución no sean alterados por normas de inferior categoría.¹

De allí la existencia del principio de supremacía constitucional que implica que toda actuación que se adelante dentro del Estado de Derecho está sometida al orden jurídico y específicamente a la Constitución, la cual sirve de sustento a dicho orden. *“La Constitución no sólo es norma, sino la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior”*², de donde se sigue también su aplicación directa.

El mencionado principio también supone que la Constitución establece el sistema de fuentes del derecho y, por lo mismo, es la *norma normarum*³. *“(…) En aquellos sistemas con constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y la legislación ordinaria; y luego entre la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior (…)”*⁴.

Ha dicho esta Sala⁵ que es consecuencia inevitable de la aplicación directa de la Constitución como norma de normas la hipótesis prevista en el artículo 4 Superior⁶, en el sentido de que ante la existencia de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es la denominada excepción de inconstitucionalidad⁷.

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2193 del 2 de octubre de 2014.

² García de Enterría, Eduardo. La constitución como Norma. Madrid. Editorial Civitas, 1985. Páginas 49 -50.

³ Ibídem.

⁴ Parejo Alfonso, Luciano. El concepto del derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Editorial Jurídica Venezolana, 2009. Segunda Edición, página 28.

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1956 del 10 de septiembre 2009.

⁶ Cuyo antecedente directo es el artículo 40 del acto legislativo 3 de 1910 (el cual quedó ubicado en la compilación constitucional de 1.945 en el artículo 215 de la Constitución Política, lugar en el que se mantuvo hasta la derogatoria de la Constitución de 1886), cuyo texto era el siguiente: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”*.

⁷ Para algunos autores de derecho constitucional, la mencionada excepción es una forma de control de constitucionalidad concreto y difuso. Cfr., HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución. Bogotá. Editorial Legis, 2001. Primera Edición, páginas 57 y s.s.

La excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

“En el sentido jurídico que aquí busca relieves, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe (...)”⁸.

Esta exigencia se explica porque como ha dicho el mismo tribunal, la excepción de inconstitucionalidad, que busca preservar la supremacía de la norma superior, implica a su vez el sacrificio de otros principios constitucionales, como la presunción de constitucionalidad⁹ de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y del deber de obediencia de unas y otras por parte de todas las autoridades (arts. 6 y 121 C.P); por tanto, su invocación requiere argumentos de plena evidencia de incompatibilidad que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse en un caso concreto de normas de inferior jerarquía a la Constitución.¹⁰

También ha dicho esta Sala que, evidenciada la incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y deja de ser una simple posibilidad discrecional del operador jurídico.¹¹

No obstante, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la imposibilidad que en principio existe de aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha sido objeto de control abstracto de constitucionalidad y se declara exequible. Al respecto ha dicho:

*“En efecto, en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia -dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas-, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución. Y, entonces, si ya por vía general, obligatoria y **erga omnes** se ha dicho por quien tiene la autoridad para hacerlo que la disposición no quebranta principio ni precepto alguno de la Carta*

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C – 600 de octubre 21 de 1998.

⁹ Corte Constitucional, sentencias T-1015 de 2005 , C-803 de 2006. T-808 de 2007 y T-389 de 2009.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1956 de 2009.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1999 de 2010.

Política, carecería de todo fundamento jurídico la actitud del servidor público que, sobre la base de una discrepancia con la Constitución -encontrada por él pero no por el Juez de Constitucionalidad- pretendiera dejar de aplicar la norma legal que lo obliga en un proceso, actuación o asunto concreto.”¹²

C. Ley 91 de 1989

Esta ley, “[p]or la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en lo que a la consulta se refiere, establece:

“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 de 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 1o. 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.

¹² Corte Constitucional. Sentencias C-600 de 1998 y T-704 de 2012.

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 hicieren 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.” (Resalta la Sala)

“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 1o. de enero de 1990, para efecto 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. (...)” (Subraya fuera del texto)

El articulado corresponde al proyecto de ley número 49 de 1989 de iniciativa gubernamental, y en cuya exposición de motivos puede leerse:

“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 las prestaciones sociales. Los resultados arrojados sirvieron como base para conciliar formulas capaces de responder en forma razonable y dar una solución definitiva, sin detrimento de las conquistas y derechos laborales de los docentes y que permita aplicar estrategias financieras capaces de responder a las erogaciones que pudieran resultar exigibles (...)”

Con este proyecto pretendemos definir, de una vez por todas, las responsabilidades en material 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 médico asistenciales 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 pone en consideración el presente proyecto de ley (...) 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 anunciadas. Lo anterior conlleva a dejar en 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 instrumentos 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 serán manejado...”

En la ponencia para primer debate se dijo:¹³

“El Presidente Barco ha manifestado desde ante del inicio de su Gobierno, la seria intención de entrar a resolver 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 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....”

En la ponencia para segundo debate se explicó¹⁴:

“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

¹³ Gacetas del Congreso Nos. 103 y 108 de 1989.

¹⁴ Gaceta del Congreso No. 164 del 12 de diciembre de 1989.

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.”

Al respecto, en la sentencia C-506 de 2006¹⁵ la Corte Constitucional ha anotado:

“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.¹⁶

También ha dicho la Corte, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad en contra “del artículo 2, parágrafo, parcial y 15 numeral 1 inciso 2, numeral 2 “A” parcial y numeral 2 “B”, parcial, de la Ley 91 de 1989”, lo siguiente:

“Las anteriores razones permiten concluir a la Corte que las expresiones acusadas no vulneran los principios y derechos señalados por el actor. El legislador al regular,

¹⁵ Resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, parágrafo, parcial y 15, numeral 1, inciso 2 y numeral 2 “B”, parcial, de la Ley 91 de 1989.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 2006.

en ejercicio del margen de configuración normativa, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados persiguiendo otorgar la claridad necesaria y definir un régimen laboral único a través de la creación de un Fondo especial, atendió los mandatos constitucionales al mantener, en relación con las situaciones acaecidas hasta la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989, los regímenes establecidos en relación con los docentes nacionales. Y, respecto a las situaciones de los docentes nacionales a partir de la vigencia de la presente ley y que se vinculen con posterioridad a la misma, como en relación con las pensiones de los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, refirió al régimen aplicable por la entrada en vigencia de la Ley, sin vulnerar los derechos adquiridos, el derecho al pago oportuno y reajuste periódico de pensiones y la favorabilidad laboral, el derecho a la seguridad social y el derecho a la igualdad.”

Para efectos de claridad es menester precisar que la sentencia C-506 de 2006 se refiere a la pensión gracia, lo que es un asunto diferente al que es objeto del presente concepto, como se aprecia en el siguiente aparte referido al problema jurídico del que se ocupó la providencia:

“La Corte debe examinar si las expresiones acusadas, como lo señala el actor, violan i) el principio de unidad de materia al presentarse una incongruencia normativa ya que las normas demandas 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.” (Resalta la Sala)

Se trae a colación la Ley 91 de 1989 toda vez que según se manifiesta en la solicitud de aclaración del concepto 2302 de 2017, los artículos 2 y 15 transcritos reconocen como derechos adquiridos el reconocimiento y el pago de primas extralegales a los docentes nacionalizados, de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial al momento de la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, y a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989.

Lo anterior impone que se analice si efectivamente se puede considerar que las primas extralegales creadas en las circunstancias antes anotadas, constituyen derechos adquiridos.

D. No hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución

El artículo 58 de la Constitución establece:

“Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.”
(Subraya la Sala)

Se observa entonces, que si los derechos deben respetar las leyes civiles para que puedan ser considerados como adquiridos, mal podrían entonces ser garantizados aquellos que contrarían la Constitución Política en cuanto que es norma fundante del ordenamiento.

No puede afirmarse que una situación jurídica subjetiva se ha consolidado y que ha ingresado definitivamente al patrimonio de una persona, cuando ha sido creada con desconocimiento del régimen constitucional y legal que imperaba al momento de su definición, pues carece de un justo título.

En este punto es contundente el artículo de la Ley 4 de 1992:

“Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.”

Por otra parte, es abundante la jurisprudencia en la que el Consejo de Estado ha explicado que las prestaciones y asignaciones salariales creadas a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 por las autoridades territoriales son contrarias al ordenamiento jurídico.¹⁷

También y de manera insistente, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha enfatizado en la improcedencia de reconocer derechos adquiridos en los casos de prestaciones y salarios creados por las entidades territoriales:

Por ejemplo, en sentencia del 15 de abril de 2010, ¹⁸la Sección Segunda Subsección “B” acotó:

“Para la Subsección resulta manifiestamente improcedente la inclusión de estos factores salariales y prestacionales porque, simplemente, se crearon sin competencia para ello, lo cual no comporta derecho adquirido y no puede formar parte de las asignaciones de los empleados del ente territorial acusado.

Como ya se indicó arriba, la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador y no, a las corporaciones públicas territoriales ni a las autoridades de otros ordenes, las que, además, tienen prohibido arrogársela.

En consecuencia, esta Corporación no puede ordenar el reconocimiento de elementos constitutivos de salarios y prestaciones extralegales aludidas porque se soportan en Ordenanzas, en Decretos inconstitucionales e ilegales, en “Acuerdos Laborales” y una serie de normatividad espuria que no puede producir efectos jurídicos en la actualidad y, por supuesto, esta clase de prestaciones no pueden ser objeto de reconocimiento en la medida en que ni siquiera comportan un derecho adquirido.

No resulta procedente alegar la existencia de derechos adquiridos en contra de la Constitución y de la Ley y no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía de competencia para expedirlas.”

Igualmente, en sentencia del 27 de agosto de 2012¹⁹, la Sección Segunda Subsección A de la Corporación explicó:

“Estos actos departamentales fueron expedidos, según su texto, en uso de las facultades legales y las que al Gobernador le confiere el artículo 12 de la Ordenanza

¹⁷ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 8 de septiembre de 2016. Radicación 2014-00018, Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2016. Radicado 2004-03001, Subsección B. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicado 2010 – 02266.

¹⁸ Radicación: 2006-00127.

¹⁹ Radicación 2002-01697.

001 de Diciembre de 1980. Como puede observarse, la Asamblea Departamental carecía de facultad para la creación de la mal llamada prima semestral y que realmente corresponde a la prima de servicio, pues para el año en que se expidió dicho acto, 1985, como se reseñó en precedencia el único órgano competente para fijar el régimen salarial de los empleados públicos era y lo sigue siendo el Congreso.

Por su parte, el Gobernador al emitir el Decreto 402 señaló además que las facultades para crear la prima se las otorgó la Asamblea en el Acto No. 001 de Diciembre de 1980. Pero, si la Asamblea departamental no tiene desde el Acto legislativo 1 de 1968 facultad para fijar régimen salarial alguno, ¿cómo puede estar delegando está facultad en el máximo órgano departamental?

De esta manera, queda claro que los actos departamentales de los cuales se pretende derivar el derecho económico reclamado, fueron expedidos por fuera del ámbito de competencia constitucional que a las Corporaciones administrativas se le otorgan en los artículos 300.7 y 313.6 superiores, para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de orden seccional y local. Facultad que comprende únicamente la de establecer en forma numérica y sistemática, tablas salariales por grados, en las que se consignan la asignación o remuneración básica mensual, teniendo en cuenta la clasificación y niveles de los diferentes empleos.

Así las cosas, y como la actora soporta su reclamo salarial en actos departamentales que, como quedó visto, fueron expedidos por fuera de la órbita de competencia de la Asamblea y el gobierno departamental, que no están facultados para crear rubros salariales, para la Sala es claro que de tales actos no se pueden derivar los derechos peticionados, máxime cuando es obligación del juez contencioso en eventos como este, hacer uso de la figura contenida en el artículo 4º superior que le permite, cuando observa incompatibilidad entre un acto o norma y la Constitución, inaplicar el acto que para el caso concreto se sometió a su conocimiento.

Lo hasta aquí analizado permite concluir a la Sala que la decisión de primera instancia debe confirmarse, en cuanto es ostensible la incompatibilidad entre los mandatos superiores y los actos departamentales creadores de las primas semestral (que realmente corresponde a la prima de servicio) y de antigüedad cuyo reconocimiento pretende la demandante.

Por otra parte, el argumento que la recurrente trae como sustento del recurso, relativo a que con el no pago de los derechos económicos que a título de primas reclama, se está desconociendo el mandato constitucional que consagra el respeto de los derechos adquiridos, esto es, el artículo 58 superior, no puede aceptarse, porque no estamos en presencia de una situación individual y subjetiva que tenga el carácter de derecho adquirido, es decir, consolidada, definitiva y que ha entrado al patrimonio de una persona, y que por lo mismo no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Ello porque, como quedó visto, su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias.”

Es más, muy recientemente, el 12 de abril de 2018, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación declaró la nulidad de las ordenanzas 34 de 1973, 033 de 1974, 31 de 1975, del artículo 1 de la Ordenanza 17 de 1981 expedidas por la Asamblea Departamental de Antioquia y de los numerales 4 y 5 del artículo 1 del Decreto 001 Bis de 1981 proferido por el Gobernador del Departamento de Antioquia que establecían y regulaban la Prima de Vida Cara y la Prima de Clima.

Dice el referido fallo:

“Posteriormente, el Acto Legislativo 1 de 1968 indicó que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso en el orden nacional , por las Asambleas en el Departamental y por los Concejos en el local , y las de emolumentos, serían fijadas por el presidente de la República y el gobernador, respectivamente. Además, modificó el artículo 76 de la Constitución Política, y en el numeral 9 decretó que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional fuera de competencia única y exclusiva del Congreso.

Como se observa, con la expedición del Acto Legislativo señalado, ocurrió una modificación en las competencias para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos, sin embargo, en el sector territorial las Asambleas conservaron la competencia de fijar «las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de los empleos».

De lo anterior, se colige que en vigencia de la Carta Política de 1886 las entidades territoriales tuvieron competencia para fijar las escalas salariales de los empleados públicos del nivel departamental, hasta la expedición de la reforma constitucional de 1968, con la cual fue radicada la competencia definitivamente en el Congreso de la República y dejó claro que la competencia para instituir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos era del legislador, razón suficiente para decretar la nulidad de los actos administrativos objeto de censura .

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Antioquia hizo una interpretación de los artículos 76 numeral 9, 187 numeral 5 y 197 numeral 3 de la Constitución de 1886, de acuerdo con la cual, tanto el Congreso como las Asambleas y los Concejos al estar habilitados para fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos podían fijar los emolumentos del respectivo nivel, ello por cuanto, la aludida norma constitucional no consagró de manera expresa la facultad para fijar el régimen salarial de los servidores públicos en cabeza del Congreso, sino que solamente le atribuyó la función de establecer escalas de remuneración, con lo cual no se puede entender que se le confirió al Legislador una potestad privativa en esa materia, situación que lo llevó a concluir que los órganos de elección popular departamentales y municipales tenían una competencia concurrente con el gobernador para determinar el salario de los empleados territoriales y, por ende, estaban autorizados para crear factores salariales.

Frente al particular, es relevante señalar que tal y como lo puso de relieve el agente del Ministerio Público, la fijación de las escalas de remuneración no conlleva la

atribución de crear factores salariales, y menos aún en materia docente, en donde se destaca que, como consecuencia del proceso de nacionalización del servicio educativo estatal adelantado por la Ley 43 de 1975, el Congreso le confirió precisas facultades al presidente de la República para establecer el régimen salarial y de prestaciones sociales de dicho personal y más adelante, lo hizo nuevamente a través de la Ley 5 de 1978 y como resultado de ello, se emitió el Decreto 715 de 1978, en el que expresamente dictó:

«Artículo 11. De la prohibición de modificar el régimen salarial y prestacional. El régimen de remuneración y el correspondiente a prestaciones sociales del personal docente a que se refiere el presente decreto no podrá ser modificado por las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales, del Distrito Especial de Bogotá, ni por las juntas administradoras de los fondos educativos regionales.»

La anterior previsión se reprodujo en los decretos subsiguientes que fijaron las asignaciones correspondientes a los distintos grados del Escalafón docente, expedidos en ejercicio de precisas facultades otorgadas por el Congreso de la República, Decreto 2933 de 1978, Decreto 386 de 1980, Decreto 269 de 1982, Decreto 294 de 1983, Decreto 456 de 1984, Decreto 134 de 1985, Decreto 111 de 1986, Decreto 199 de 1987, Decreto 125 de 1988, Decreto 44 de 1989, Decreto 74 de 1990 y el Decreto 111 de 1991, con lo cual no queda duda de que las autoridades departamentales no podían modificar el régimen de asignaciones establecido por la norma con fuerza de ley y menos aún crear factores salariales adicionales.

Así las cosas, surge aún más evidente la ilegalidad de la Ordenanza 17 de 1981 cuando reafirmó el derecho a la prima de vida cara y a las bonificaciones de que tratan los numerales 3 y 6 del Decreto 001 Bis de 1981, cuando existían disposiciones que en forma expresa limitaban tal proceder.

En conclusión: La Asamblea Departamental de Antioquia no tenía competencia para ordenar el pago de una prima de vida cara para los servidores públicos de dicho departamento, a través de las Ordenanzas 034 de 1973, 033 de 1974, 31 de 1975 y 17 de 1981, como tampoco la tenía el gobernador de Antioquia para expedir los numerales 3, 5 y 6 del artículo 1 del Decreto 001 Bis del 7 de enero de 1981 a través de los cuales estableció una prima de clima y otras bonificaciones en favor de los docentes del ente territorial, pues de conformidad con la reforma introducida por el Acto Legislativo 1 de 1968 a la Constitución Política de 1886, las autoridades administrativas del orden territorial no estaban habilitadas para crear factores salariales ni prestacionales, dado que aquella estaba atribuida, de manera privativa, en el Congreso de la República.”

E. La Ley 91 de 1989 no establece como derecho adquirido continuar con el pago de primas extralegales creadas por las entidades territoriales

Según se dice en la consulta, FECODE considera que los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989 permiten que se continúe con el pago de primas extralegales a los docentes nacionalizados.

En lo que respecta, dicha normativa prevé:

“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 de 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 1o. 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 hicieren 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.” (Resalta la Sala)

“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 1o. de enero de 1990, para efecto 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. (...)” (Subraya fuera del texto)

Si se lee con atención, la normativa transcrita se limita a establecer que:

- i) A los docentes nacionalizados se les siga “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, las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989.
- ii) Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 “mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes”.

Quiere ello decir que se les respeta sus derechos prestacionales en la medida que hayan sido adquiridos conforme a la Constitución y la ley, lo que no ocurre en los casos de las primas extralegales creadas por las entidades territoriales a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968.

Bien lo explica el concepto 2302:

“i) Primas extralegales creadas para los docentes antes del Acto Legislativo 01 de 1968

Como se explicó, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968, tanto la ley como la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocían la competencia de las asambleas departamentales para crear asignaciones salariales de los empleados de sus departamentos.

En tal virtud dichas asignaciones son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación que las devenguen, hasta cuando se produzca su retiro.

Ahora bien, por ser emolumentos creados con amparo constitucional y legal, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con el Presupuesto General de la Nación previa validación y certificación del Ministerio de Educación Nacional.

ii) Primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991

Para este período la jurisprudencia de la Sección Segunda y la doctrina de esta Sala del Consejo de Estado han concluido al unísono que es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales, pero no para crear derechos de tal entidad.

En consecuencia, las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para el operador jurídico, en este caso la Administración, la obligación de inaplicarlas por inconstitucionales.

Entonces, sin asomo de duda es menester acudir a la excepción de inconstitucionalidad y ante la incompatibilidad de las ordenanzas con la norma de normas, debe prevalecer la supremacía constitucional.

No sobra advertir que el Decreto 2277 de 1979 “[p]or el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, se limitó a establecer el escalafón y de ninguna manera autorizaba a las asambleas para crear asignaciones laborales.

En suma, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales a partir del Acto Legislativo 1 de 1968 no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y legal.

iii) Primas extralegales creadas para los docentes después de la Constitución Política de 1991

La Constitución establece una competencia concurrente para establecer el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, pues el Congreso de la República señala los parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar los límites máximos en los salarios, mientras que las asambleas y los concejos fijan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias.

Ha dicho la jurisprudencia que la facultad constitucional otorgada a las asambleas para fijar las escalas de remuneración es de índole eminentemente técnica y no comprende la competencia para crear salarios o factores salariales, y se limita a la agrupación y clasificación de empleos del nivel departamental, y que no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior.²⁰

Así las cosas, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales en vigencia de la Constitución de 1991 tampoco pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y deberá aplicarse la excepción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968 y aun hoy bajo la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe."

Entonces, mal puede interpretarse que la Ley 91 de 1989 protege como derechos adquiridos aquellas prestaciones extralegales pese a ser manifiestamente contrarias a la Constitución.

La supremacía constitucional es un imperativo y cualquier interpretación que avale la validez de su evidente contradicción debe ser descartada por llevar al absurdo; por tanto no pueden ser garantizadas aquellas situaciones que contrarían la Constitución Política en cuanto que es norma fundante del ordenamiento.

En este punto, la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación CE-SUJ2-001-16 dictada el 14 de abril de 2016, condiciona el reconocimiento del derecho al pago de prestaciones extralegales de origen territorial, a que la creación esté de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal.

Dice el importante fallo:

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

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2012 Radicación 2008-00551 y Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación 2003-01721.

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.” (Resalta la Sala)

En tal virtud, solamente se adquirió el derecho al pago de aquellas primas extralegales creadas antes del Acto Legislativo 01 de 1968, pues son las únicas ajustadas a derecho y por lo tanto podrán ser percibidas por los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, hasta cuando se produzca su retiro.

Finalmente, debe anotarse que no es procedente diferenciar si las primas extralegales se refieren a prestaciones o salarios para determinar si se pagan o no aquellas creadas por las entidades territoriales después del Acto Legislativo 01 de 1968.

A este respecto la jurisprudencia de la Corporación ha sido clara en afirmar que a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 las entidades territoriales no pueden crear ni salarios ni prestaciones, pues la competencia para instituir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es del legislador.²¹

III. La Sala RESPONDE:

4.1 En lo que tiene que ver con aquellos casos en que se ordenó continuar pagando la prima extralegal no obstante la declaratoria de nulidad del acto que la declaró:

4.1.1. ¿Puede hablarse de derechos adquiridos, cuando una autoridad judicial declara nulo el acto de creación de una prima, por no haber sido expedida por

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 12 de abril de 2018 Radicación acumulados 1231-2014- 0091-2012 y Sección Segunda Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación 2005-00351.

autoridad competente para ello y ordena continuar pagándola a quienes venían recibiendo?

4.1.2. De ser negativa la primera respuesta, considerando que las denominadas “primas extralegales” no generan derechos adquiridos y no deberían ser reconocidas por el Estado ¿Bajo qué mecanismo podrá inaplicarse una orden judicial ejecutoriada, en la que se declaró la nulidad del acto que crea una prima extralegal, pero que a su vez ordena que se continúe pagando la prestación?

De ser afirmativa la primera respuesta, teniendo en cuenta que tanto los recursos del SGP, como los del PGN e incluso los recursos propios de cada entidad, son en últimas, recursos del Estado ¿Cuál sería la fuente de financiación?

4.1.3. De acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Estado por intermedio de la Sala que usted preside, advirtiendo la responsabilidad disciplinaria y fiscal que puede generarse con ocasión de la administración y ejecución de recursos públicos ¿Cuál sería el correcto proceder de una entidad de la rama ejecutiva en los casos en que el reconocimiento o la orden de pago de una prima extralegal se origine por fallo judicial?

4.1.4. Con fundamento en las respuestas anteriores, ¿A cargo de quien estaría el pago de intereses generados sobre la deuda si la entidad territorial dilata el aporte de los documentos requeridos o si la Nación tarda en validar la deuda? ¿En qué casos debe ser indexada la deuda?

Debido a la unidad temática de las preguntas 4.1.a 4.1.4, se responde:

Se encuentra en trámite en esta Corporación un recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Contraloría General de la República contra el numeral tercero de la sentencia del 14 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por cuanto a pesar de que dispuso la nulidad del Acuerdo 13 de 1983 expedido por el Concejo Municipal de Valledupar -que creó la prima de antigüedad para los empleados municipales- también dispuso que se continúe con su pago.

Así las cosas, y en vista de la decisión judicial pendiente, la Sala se declara inhibida para responder las preguntas 4.1 a 4.1.4.

4.2. En lo que tiene que ver con la consulta de la Procuraduría General de la Nación:

4.2.1. Sobre una norma declarada exequible por la Honorable Corte Constitucional, ¿Se puede aplicar en casos específicos, por parte de una autoridad administrativa, la instrucción definida como Excepción de Inconstitucionalidad?

En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿Se podría aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre la Ley 91 de 1989 que es la que ordena que las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial al momento de la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975 y para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989?

En principio no se puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha sido objeto de control abstracto de constitucionalidad y se declara exequible.

Empero, si la Corte Constitucional declara en la sentencia que sus efectos son relativos, podría aplicarse la excepción aludida pero por aspectos y consideraciones diferentes a los analizados en el fallo.

Para el caso de la consulta se anota que la sentencia C-506 de 2006 proferida por la Corte Constitucional que declaró exequibles los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989 se refiere a la pensión gracia, materia diferente a la que se trata en este concepto.

4.2.2. En atención a la vigencia y al contenido normativo de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989, ¿Deben las autoridades administrativas continuar realizando el pago de las llamadas primas extralegales de las que vienen gozando algunos docentes nacionalizados que prestan sus servicios a distintas entidades territoriales?

La Ley 91 de 1989 no establece que se deba continuar con el pago de primas extralegales creadas por las entidades territoriales en favor de docentes nacionalizados.

Solo aquellas creadas antes del Acto Legislativo 01 de 1968 son ajustadas a derecho y por lo tanto podrán ser pagadas a los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, hasta cuando se produzca su retiro.

4.2.3. Teniendo en cuenta que los Arts 2 y 15 de la Ley 91/89 citados por la Procuraduría, refieren exclusivamente lo relativo a prestaciones sociales y económicas, ¿Resultaría necesario definir en cada prima extralegal si se trata de un factor prestacional o salarial, para determinar o no su pago?

No es ajustado a derecho que se continúe con el pago de primas extralegales salvo las creadas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968, y no hace diferencia el que se consideren factor prestacional o salarial, pues es claro que desde dicha reforma constitucional la competencia para instituir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es del legislador

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala