



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., siete (07) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Expediente: 11001032500020160048700 (2220-2016)
Medio de control: Nulidad
Demandante: Carlos Mauricio Celis Herrera
Demandados: Nación / Ministerio de Educación Nacional /
 Ministerio de Hacienda y Crédito Público /
 Departamento Administrativo de la Función
 Pública (DAFP)

La Sala conoce el presente asunto¹ para proferir sentencia de única instancia.

I. LA DEMANDA

Se trata del medio de control de Nulidad, promovido por el señor Carlos Mauricio Celis Herrera, con el propósito de obtener la anulación parcial del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1545 de 2013, expedido por el señor Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Educación Nacional y Hacienda Crédito Público y del Director del DAFP, «*por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media*».

A continuación se transcribe el artículo acusado, subrayando los apartes normativos impugnados:

«ARTÍCULO 1. Prima de servicios. Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan:

1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.

2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de

¹ Con informe de la Secretaría de 8 de abril de 2019, visible a fl. 286 del expediente.

la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

PARÁGRAFO. *La prima de servicios que se establece en el presente Decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.»*

II. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las expresiones del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1545 de 2013,² son las que señalan, que para los docentes y directivos docentes del sector oficial, la prima de servicios sería cancelada, a partir del 2014, en cuantía equivalente a 7 días de remuneración mensual, para dicha anualidad, y que a partir de 2015, en cuantía equivalente a 15 días de remuneración mensual.

En criterio del demandante, los apartes normativos cuestionados: (i) desconocen el derecho a la igualdad (ii) vulneran los artículo 58 y 1.º de los Decretos 1042 de 1978³ y 1919 de 2002;⁴ y (iii) trasgreden el principio de progresividad; como pasa a explicarse.

2.1. Vulneración del derecho a la igualdad, porque según la parte demandante, el artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1545 de 2013,⁵ discrimina a los docentes y a los directivos docentes oficiales, frente a los servidores públicos del orden nacional, porque, mientras estos últimos tienen derecho a la prima de servicios en cuantía de 15 días de remuneración, aquellos solo perciben la mencionada prestación a partir de 2014, y en dicha anualidad, en cuantía de 7 días de remuneración mensual, y a partir de 2015, en cuantía de 15 días de remuneración.

2.2. Violación normativa, pues para el accionante, al establecer que para los docentes y directivos docentes del sector público, la prima de servicio sería cancelada en cuantía equivalente a 7 días de remuneración mensual en 2014, y que a partir de 2015, 15 días de remuneración mensual, la norma impugnada contraría al artículo 58 del

² Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media..

³ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁴ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

⁵ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media..

Decreto 1042 de 1978,⁶ porque este último establece que los funcionarios públicos del orden nacional tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a 15 días de remuneración; así como el artículo 1.º del Decreto 1919 de 2002,⁷ debido a que este consagra que los empleados públicos del orden territorial, gozarán del régimen de prestaciones sociales de los servidores públicos del orden nacional.

2.3. Desconocimiento del principio de progresividad, porque para el demandante, el reconocimiento de la prima de servicios otorgado a los docentes y directivos docentes oficiales, para el año 2014, no podía ser inferior al de los empleados públicos, máxime cuando ha sido el resultado de una lucha constante de este sector para lograr el reconocimiento de sus derechos laborales mínimos.

III. OPOSICIÓN A LA DEMANDA⁸

Para oponerse a la demanda y defender la presunción de legalidad del artículo 1.º del Decreto 1545 de 2013⁹, acudieron al presente proceso el Ministerio de Educación Nacional,¹⁰ el Departamento Administrativo de la Función Pública –DAFP-¹¹ y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹²

Los argumentos expuestos por quienes intervinieron en defensa de la legalidad de la disposición normativa acusada, son los siguientes:

- ❖ Que el Decreto 1042 de 1978¹³ excluyó expresamente de su aplicación al personal docente, pues este tiene un régimen especial que contempla sus propias condiciones laborales por disposición legal y constitucional.
- ❖ Que la Corte Constitucional ha señalado que no se puede adelantar un juicio de igualdad respecto de los empleados públicos que pertenecen al régimen general frente a los que

⁶ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

⁸ En este apartado, la Sala presenta un resumen de los argumentos expuestos por las entidades públicas y los intervinientes que concurrieron al proceso a defender la legalidad de la norma demandada.

⁹ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

¹⁰ Folios 124 a 136

¹¹ Folios 141 a 144

¹² Folios 164 a 172

¹³ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

hacen parte de un régimen especial, como los docentes, porque se trata de regímenes salariales y prestacionales diferentes.

- ❖ Que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se pueda configurar la regresión respecto de un derecho, éste debe existir previamente. Por lo cual en el *sub judice*, no se desconoció el principio de progresividad o no regresividad, ya que la prima de servicios para docentes oficiales no existía antes de la expedición del decreto acusado.
- ❖ Que no se vulneró el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 superior, toda vez que a través de la disposición acusada se les reconoció a los docentes oficiales una prestación que previamente no tenían el derecho a recibir.
- ❖ Que el reconocimiento de una prima de servicios en la cuantía de 7 días no atenta contra el desempeño de la profesión docente, ni contra las condiciones justas y dignas que se les debe garantizar, porque por el contrario, con el reconocimiento de la prima de servicio lo que se hizo fue garantizarles el régimen especial al cual pertenecen y reconocérseles mejores condiciones laborales a las que tenían derecho.
- ❖ Que el Decreto 1545 de 2013¹⁴ es el resultado final del proceso de negociación colectiva adelantado FECODE y el Gobierno Nacional, en virtud del pliego de peticiones presentado por dicha organización sindical el día 20 de marzo de 2013, consagrado en el Acta Final de Acuerdos de 21 de mayo de 2013, en la que se acordó que la prima de servicios para los docentes se pagaría en una cuantía de 7 de remuneración para el año 2014, y 15 días del año 2015 en adelante.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, a través de su «*Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado*»,¹⁵ solicitó¹⁶ a esta Corporación denegar las pretensiones de la demanda.

En lo que tiene que ver con el supuesto desconocimiento del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, señaló que no se configura tal vulneración, puesto que no es posible aplicar el test de igualdad frente al caso de la prima de servicios para docentes y para los empleados públicos, ya que los docentes tienen un

¹⁴ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

¹⁵ Doctora Diana Marina Vélez Velázquez.

¹⁶ A través de concepto de No. 064 de 4 de abril de 2019, visible a fls.279 a 285

régimen especial y, en tal medida, las situaciones no son ni fáctica ni jurídicamente comparables.

En cuanto a la aludida trasgresión del principio de progresividad y prohibición de regresividad, consideró que este reparo tampoco tiene vocación de prosperidad. Al respecto, explicó que la prima de servicios para los docentes y directivos docentes oficiales no existía con anterioridad a la expedición del Decreto 1545 de 2013,¹⁷ por lo que no se puede considerar que la norma demandada es regresiva, máxime cuando ante la ausencia de su reconocimiento legal, el Gobierno Nacional a través de la norma acusada, estableció dicho emolumento a favor de este personal.

Respecto del desconocimiento del derecho al trabajo y a la vida digna de los docentes, la PGN indicó que al ser un nuevo derecho que el Gobierno Nacional le otorgó a este gremio, no es cierto que se afectaron sus condiciones laborales o de vida, sino que por el contrario, se mejoraron.

V.- CONSIDERACIONES

Los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por los intervinientes en defensa de la legalidad del decreto parcialmente acusado, así como los razonamientos del Ministerio Público, muestran a esta Corporación que el problema jurídico principal a resolverse en este proceso, es el siguiente:

- Determinar si el Gobierno Nacional, al establecer en el Decreto 1545 de 2013¹⁸ que para los docentes y directivos docentes oficiales, el pago correspondiente a la prima de servicios para el año 2014 sería de 7 días de remuneración, desconoció el derecho a la igualdad de estos servidores públicos.

A partir del problema jurídico principal planteado, la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos asociados:

- ❖ Señalar si como consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional trasgredió la normativa que regula la prima de servicio para los servidores públicos, contenida entre otras, en los Decretos 1042 de 1978¹⁹ y 1919 de 2002.²⁰

¹⁷ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

¹⁸ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media..

¹⁹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

- ❖ Determinar si la disposición normativa acusada desconoció el principio de progresividad o no regresividad, pues reconoció la prima de servicios para los docentes y directivos docentes oficiales, en una cuantía de 7 días de remuneración para el año 2014.

5.1.- ESTUDIO y RESOLUCIÓN DEL CASO

Para efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará los siguientes puntos: (i) la normativa que regula lo relacionado con la «prima de servicios» para los servidores públicos; (ii) la normativa que regula lo relacionado con la «prima de servicios» para los docentes y directivos docentes oficiales; (iii) jurisprudencia constitucional sobre la exclusión del personal docente de la aplicación del Decreto 1042 de 1978;²¹ (iv) sentencia de unificación del Consejo de Estado, sobre el reconocimiento de la prima de servicios para los docentes oficiales; (v) el derecho a la igualdad de los docentes oficiales frente a los empleados públicos señalados en el artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978;²² y (vi) el principio de progresividad o no regresividad.

5.1.1. Regulación de la «prima de servicios» de los empleados públicos

La prima de servicio fue creada mediante el Decreto 1042 de 1978,²³ expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª de 1978, para los empleados públicos del orden nacional, excluyendo de forma expresa al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, conforme a las limitaciones que trae norma en cuanto a su aplicación, como pasa a explicarse.

De conformidad con el artículo 1.º, este decreto se aplicaría «a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden

²⁰ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.”

²¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

²² Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

²³ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

nacional», y en su artículo 58 creó la prima de servicio, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 58. La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.»

El decreto ibídem en su artículo 104, excluyó de sus destinatarios a las siguientes personas:

«ARTÍCULO 104. De las excepciones a la aplicación de este decreto. Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:

a) *A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.*

b) *Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.*

c) *A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72.*

d) *Al personal de las fuerzas militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto-Ley 540 de 1977.*

e) *El personal de la policía nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.*

f) *A los empleados del sector técnico-aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.*

g) *A los empleados del Departamento Nacional de Planeación.*

h) *Al personal carcelario y penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989.»*

De acuerdo con lo expuesto, el Decreto 1042 de 1978²⁴ de su aplicación al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva,

²⁴ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades

entre los que se incluye a los docentes y directivos docentes oficiales y aquellos del orden territorial.

5.1.2. Regulación de la prima de servicios para los docentes y directivos docentes oficiales.

Una vez estudiada la regulación de la prima de servicio para la generalidad de los empleados públicos, la Sala encuentra pertinente estudiar el reconocimiento de esta prestación para el caso específico de los docentes y directivos docentes oficiales.

En este punto, cabe precisar que los entes territoriales antes del proceso de nacionalización ordenado por la Ley 43 de 1975,²⁵ podían reconocer a los docentes oficiales emolumentos adicionales a los mínimos legales, como por ejemplo, la prima de servicios.

Atendiendo a lo anterior, se tiene que el legislador, a través de la Ley 91 de 1989,²⁶ pretendió equiparar el régimen salarial y prestacional de todos los docentes oficiales al de los empleados públicos del orden nacional. Para el efecto, en el artículo 1.º de la mencionada ley, diferenció entre el personal docente, en razón de su vinculación, así:

«Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

***Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

***Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

***Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.»*

En atención a lo anterior, la ley previó en su artículo 15, que «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». Mientras que en el párrafo 2.º

administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

²⁵ por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

²⁶ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

ibídem, estableció que el pago de estos emolumentos adicionales, reconocidos por la Nación como entidad nominadora en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, continuarían a su cargo.

Posteriormente, encuentra la Sala que el legislador, a través de la Ley 4ª de 1992,²⁷ autorizó que «El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos» allí contenidos, determinara el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, la Rama Judicial, el Congreso Nacional, el Ministerio Público, La Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral, la Contraloría General de la República y los miembros de la Fuerza Pública, así como que fijara el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales.

En desarrollo de la mencionada ley marco,²⁸ el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1919 de 2002,²⁹ que dispuso en su artículo 1.º que a partir de su vigencia, «*todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional*». Mientras que en el artículo 4.º, indicó que el régimen de prestaciones mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las mencionadas entidades, sería, igualmente, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Entonces, de acuerdo con el decreto *ejusdem* a todos los servidores públicos vinculados a las instituciones de Educación Primaria, Secundaria y Media Vocacional, se les extendió la aplicación del régimen de los servidores del orden nacional, contenido en el Decreto 1042 de 1978,³⁰ el cual, en sus artículos 1.º y 104, excluyó a los

²⁷ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

²⁸ Ley 4ª de 1992 «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.»

²⁹ «Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.»

³⁰ «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades

docentes. En consecuencia, se entiende que el Decreto 1919 de 2002,³¹ tampoco confiere a los docentes oficiales la mencionada prima de servicios.

Ahora bien, encuentra esta Sala que a través del Decreto 1545 de 2013³² el Gobierno Nacional, en desarrollo de las reglas generales contenidas en la Ley 4ª de 1992³³ y en cumplimiento del «Acuerdo Décimo» alcanzado con FECODE como consecuencia del Pliego de Solicitudes presentado por esta organización sindical ante el Ministerio de Educación el 20 de marzo de 2013, estableció la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Para el efecto, en el artículo 1.º del mencionado decreto, se dispuso que esta prima sería cancelada a partir del año 2014, por las respectivas entidades dentro de los primeros 15 días del mes de julio, de la siguiente forma:

1. Para el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.
2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

En el año 2014, el Ejecutivo expidió el Decreto 2351 de 20 de noviembre,³⁴ mediante el cual dispuso que a partir del año 2015, los siguientes empleados públicos tendrían derecho a la prima de servicio contemplada en el Decreto 1042 de 1978,³⁵ así:

«ARTÍCULO 1º. Todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las

administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones».

³¹ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.”

³² Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

³³ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³⁴ Por el cual se regula la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial”.

³⁵ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho, a partir de, 2015, a percibir la prima de servicios de que trata el Decreto Ley 1042 de 1978 en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan.

PARÁGRAFO. *El personal docente se registrará en materia de prima de servicios por lo consagrado en el Decreto 1545 de 2013 y en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.»*

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en las sentencias C-566 de 1997 y C-402 de 2013, declaró la exequibilidad de la exclusión de los docentes de la aplicación del Decreto 1042 de 1978,³⁶ como se pasa a exponer.

En un primer momento, en el fallo C-566 de 1997 la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada por el señor Luis Horacio Muñoz Criollo, en contra del literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978,³⁷ que reza:

«Artículo 104. De las excepciones a la aplicación de este Decreto. *Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:*

a) A los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. (...)»

El actor considera que la disposición normativa acusada es vulneratoria de los artículos 13 y 53 de la Constitución, que consagran el derecho a la igualdad y al trabajo respectivamente, pues su aplicación frente al artículo 34 del mismo decreto excluye al personal docente de la Administración del beneficio de obtener el pago de un recargo en la remuneración del trabajo ordinario nocturno.

Así las cosas, la Corte Constitucional procedió a realizar un análisis de la norma demandada en relación con el principio de igualdad, para determinar si la aplicación específica del literal b) del artículo 104 del

³⁶ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

³⁷ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1042 de 1978,³⁸ en relación con el artículo 34 del mismo decreto, propicia un desmejoramiento en las condiciones laborales de los servidores del Estado sujetos al régimen especial docente, al no permitir que su trabajo ordinario nocturno sea remunerado con el recargo adicional que se reconoce en cambio a los servidores públicos que laboran en estas circunstancias. Sobre el particular, señaló:

«3.1. Justificación de la existencia de estatutos laborales especiales

Como ya lo ha dejado sentado esta Corporación,³⁹ 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".

En efecto, las normas especiales en materia laboral contenidas en el decreto 2277 de 1979 y en la ley 4a de 1992, corresponden a conquistas laborales de este sector de trabajadores, que la legislación posterior, -entre ella el decreto en el cual se inscribe la norma demandada - no podía desconocer sin vulnerar derechos adquiridos y, de contera, el artículo 58 de la Carta Política.

Por ello, en términos generales, 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. Desde este punto de vista, la norma demandada, considerada aisladamente, se ajusta a la Constitución.

3.2. Aplicación de la norma demandada en relación con el artículo 34 del mismo decreto.

No obstante lo afirmado respecto de la constitucionalidad de los regímenes laborales especiales, en ciertas circunstancias, como la que ahora ocupa la atención de la Corte, la aplicación del régimen especial permite que los trabajadores cobijados por él, bajo ciertos

³⁸ "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones".

³⁹ Cf. Sent C-461 de 1995 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

aspectos, puedan ver aparentemente desmejorada su situación en comparación con la de las personas sometidas al régimen general.

Establecer si esta desmejora es real o si tan sólo es aparente y si vulnera la Constitución, supone para la Corte determinar si esta diferencia de tratamiento puede estar de alguna manera justificada y resultar proporcionada frente a los principios y normas constitucionales. (...)

Desde hace muchos años, las reglas técnicas del derecho del trabajo han establecido una clara división entre los conceptos de trabajo diurno y trabajo nocturno. Esta división se ha consagrado con el objeto de beneficiar a los trabajadores nocturnos, elevando la remuneración de su trabajo en atención al exceso de cuidado y energía que implica para el ser humano, y constituye, por así decirlo, uno de los principios básicos del derecho laboral en la actualidad.

Entre nosotros la legislación laboral, desde la ley 6a de 1945, incorporó esta diferencia, y partir de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, se ha establecido que el trabajo diurno es el que se presta entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde, al paso que el nocturno es el que se lleva a cabo entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana del día siguiente. Igual consideración consagra el régimen salarial de los empleados públicos, justamente en el artículo 34 mencionado.

Así pues, de conformidad con esos estatutos, toda hora de trabajo laborada desde las 6 de la tarde en adelante y hasta las 6 de la madrugada, es trabajo nocturno y merece una remuneración suplementaria.

Ahora bien, el trabajo nocturno puede ser ordinario o extraordinario. En el segundo caso se lleva a cabo a continuación de la jornada ordinaria diurna esto es, sin solución de continuidad con respecto a ella. Por el contrario, el trabajo ordinario nocturno se desempeña dentro del horario de las 6 de la tarde a las 6 de la mañana, pero no a continuación de la jornada ordinaria diurna. Uno y otro caso implican para el patrono el reconocer al trabajador un recargo en la remuneración, que es superior en el trabajo extraordinario nocturno.

El caso que plantea el demandante es el del juego de dos disposiciones cuya aplicación conjunta impide el reconocimiento del recargo salarial por el hecho de trabajar en el horario nocturno de manera ordinaria. Esta situación para la Corte no resulta violatoria del principio de igualdad, ya que encuentra justificación en el hecho de que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los trabajadores del sector privado, en cumplimiento de las normas legales que regulan su actividad laboral, agotan diariamente una jornada de trabajo que excede ampliamente en duración a aquella que por su parte cumplen los educadores al servicio del Estado.

De esta manera, la supuesta discriminación resulta ser del todo aparente, ya que la situación jurídica de una y otra categoría de trabajadores es substancialmente diferente, por lo cual no admite la aplicación de un idéntico tratamiento jurídico.

Resulta entonces obvio que las normas demandadas no propician desconocimiento alguno del artículo 53 constitucional que señala que las leyes que profiera el legislador en materia laboral deberán tener en cuenta, entre otros, el principio de “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo...” Antes bien, dicho principio se ve consultado al aplicar conjuntamente los artículos 104 y 34 del decreto 1042 de 1978, pues el juego de las dos disposiciones, contrariamente a lo que se alega en la demanda, conduce a remunerar de manera proporcional un trabajo que ostenta una “calidad” especial, cual es el de los servidores del Estado que ordinariamente trabajan de noche, y a no reconocer la misma remuneración a los maestros que laboran para el Estado también en el turno de la noche, pero cumpliendo con una jornada substancialmente menor.» (Subraya la Sala)

La providencia en cita muestra que para la Corte, la existencia de regímenes laborales especiales, como el de los docentes, está justificada y por lo tanto, debido a las condiciones en que prestan sus servicios, no les es aplicable la misma normativa que a los demás servidores públicos.

Posteriormente, en la sentencia C-402 de 2013,⁴⁰ el tribunal constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada por el señor Jairo Villegas Arbeláez, contra las siguientes expresiones contenidas en varios de los artículos del Decreto 1042 de 1978,⁴¹ por las que se limita la aplicación de dicho decreto a los empleados públicos «del orden nacional»:

- «1. “del orden nacional”, contenida en el artículo 1°.
2. “a quienes se aplica este Decreto”, contenida en el artículo 31.
3. “para los funcionarios a que se refiere el artículo 1°” y “de los enumerados en el artículo 1° de este Decreto”, contenidas en el artículo 45.
4. “por la ley”, prevista en el artículo 46.
5. “a que se refiere el artículo 1° del presente Decreto”, prevista en el artículo 50.
6. “señaladas en el artículo 1° de este Decreto”, indicada en el artículo 51.
7. “Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto”, contenida en el artículo 58.

⁴⁰ Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

⁴¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

8. *“a que se refiere el presente decreto”, prevista en el artículo 62.»*

Así las cosas, el demandante explicó que las expresiones acusadas son inconstitucionales pues según el literal e) del artículo 150-19 C.P., el Gobierno Nacional tiene la competencia exclusiva y excluyente para fijar el régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva en el orden territorial. Además, en su criterio las normas parcialmente demandadas son discriminatorias respecto de los servidores públicos adscritos al orden territorial, pues el régimen salarial contenido en el Decreto 1042 de 1978⁴² excluye a estos servidores cuando por expreso mandato superior deben estar regulados por el mismo régimen salarial y prestacional que los servidores públicos del orden nacional.

Para resolver los cargos propuestos, la Corte Constitucional formuló los siguientes problemas jurídicos:

«4.1 ¿La previsión constitucional contenida en el literal e) del artículo 150-19 C.P. debe interpretarse de modo tal que el Gobierno Nacional tenga la competencia exclusiva y excluyente para fijar el régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva en el orden territorial?»

4.2. En caso que la respuesta al interior interrogante sea afirmativa, ¿incurre en un tratamiento discriminatorio y un desconocimiento de las competencias del Gobierno sobre la materia, la previsión legal que delimita determinados emolumentos salariales a favor de los servidores públicos adscritos a entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con exclusión de los empleados del Estado del nivel territorial?»

En lo que respecta al primer problema jurídico planteado, la Corte precisó que su jurisprudencia se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de existencia de una concurrencia de competencias entre el Congreso, el Gobierno y las entidades territoriales, respecto a la fijación del régimen salarial de los servidores públicos adscritos a estas últimas.

Así, el tribunal constitucional señaló que las normas adoptadas por el Legislativo y el Gobierno Nacional constituyen el marco de referencia vinculante a los concejos y asambleas, respecto del ejercicio de la competencia para la definición de escalas salariales y que existe una relación de jerarquía identificable entre los preceptos de orden nacional, que son expresión del contenido y alcance del principio de Estado unitario, y la organización particular de la estructura de las

⁴² Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

administraciones locales y la previsión de sus escalas de remuneración, donde se concreta la autonomía de los poderes territoriales. De lo anterior, la Corte concluyó que «el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial».

El segundo problema jurídico a resolver no fue estudiado de fondo, pues no prosperó el primer problema jurídico materia de la decisión. No obstante, la Corte realizó un recuento jurisprudencial sobre la procedencia de adelantar un juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles, como los son los de los servidores públicos del nivel central y territorial.

Sobre el particular, señaló, que pueden existir «regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad».⁴³ Agregó, que como factores de diferenciación de los servidores públicos, se encuentran los requerimientos específicos de la entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o si se trata de empleos del orden nacional o territorial:

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

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de "(i) "con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas",⁴⁴ toda vez que "la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se

⁴³ Sentencia C-654 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

*encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.*⁴⁵⁴⁶

Por ende, para que un juicio de igualdad en el escenario planteado sea posible, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto y que, a su vez, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de los presupuestos para la conformación del tertium comparationis, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.»⁴⁷ (Subraya la Sala)

De lo expuesto se concluye que la exclusión de la aplicación del Decreto 1042 de 1978,⁴⁸ contenida en sus artículos 1.º y 104, fue avalada por la Corte Constitucional bajo el argumento de que no es posible comparar, a través de un juicio de igualdad, a los docentes y directivos docentes frente a los demás servidores públicos, pues los primeros gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

5.1.4. Ausencia de cosa juzgada constitucional

Según la Corte Constitucional, la cosa juzgada constitucional «es una institución jurídico procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política (...) mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas.»⁴⁹ De tal forma que, para este Tribunal, «cuando se configura la cosa juzgada surge una prohibición, de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto».⁵⁰

Para efectos de determinar si en este caso se configuró o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional respecto del artículo 1.º del Decreto 1545 de 2013 en relación con lo estudiado en las sentencias C-566 de 1997 y C-402-2013, procede la Sala a hacer un recuento de lo estudiado en cada caso:

- ❖ En el presente caso se pide la «*anulación parcial*» del artículo 1.º del Decreto 1545 de 2013, en lo que se refiere a que para el año

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-101/11.

⁴⁷ C-402 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

⁴⁸ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁴⁹ Sentencia C-774 de 2001. También en ese sentido, las sentencias C-030 de 2003, C-1122 de 2004, C-990 de 2004, C-533 de 2005, C-211 de 2007, C-393 de 2011, C-468 de 2011, C-197 de 2013, C-334 de 2013 y C-532 de 2013.

⁵⁰ C-007 de 2016.

2014, la prima de servicios le sería pagada al personal docente y directivo docente, en una cuantía de 7 días de remuneración.

- ❖ La sentencia C-566 de 1997 estudió la «*constitucionalidad*» del literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, en cuanto a su aplicación en relación con el artículo 34 del mismo decreto en el que se halla inserta, esto es, el reconocimiento del pago de una remuneración adicional por trabajar en la jornada ordinaria nocturna.
- ❖ En la sentencia C-402 de 2013, la Corte analizó la «*constitucionalidad*» parcial de las expresiones contenidas en los artículos 1º, 31, 45, 46, 50, 51, 58 y 62 del Decreto 1042 de 1978, por la que se limita la aplicación de esta norma a los empleados públicos «*del orden nacional*».

Se evidencia que las normas estudiadas por la Corte Constitucional se refieren a la «*exclusión*» de los servidores públicos del orden territorial de la aplicación del Decreto 1042 de 1978, mientras que en la norma acusada en este proceso de Simple Nulidad, lo que se analiza es la legalidad de la creación de una prima de servicios para los docentes y directivos docentes oficiales, en una cuantía de 7 días de remuneración para el año 2014, cuando según el Decreto 1042 de 1978 esta corresponde a 15 días de remuneración.

Así las cosas, precisa la Sala que en esta oportunidad no se configuró la cosa juzgada constitucional respecto del artículo 1.º del Decreto 1545 de 2013 en relación con lo estudiado en las sentencias C-566 de 1997 y C-402 de 2013, toda vez que no existe identidad de objeto ni del concepto de la violación.

5.1.5. Jurisprudencia del Consejo de Estado: SUJ2-001-16 de 14 de abril de 2016

La Sección Segunda del Consejo de Estado en virtud de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho interpuesta por la señora Nubia Yomar Plazas Gómez en contra del Ministerio de Educación Nacional y del Departamento de Boyacá, profirió sentencia de unificación jurisprudencial en los términos del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, relacionada con las controversias existentes respecto al reconocimiento o no de la prima de servicios a los docentes oficiales.

La demanda presentada por la señora Plazas Gómez tenía como objeto obtener la nulidad: i) del acto administrativo ficto de 21 de diciembre de 2012, surgido del silencio administrativo negativo en que incurrió el Ministerio, al no responder su derecho de petición de 17 de diciembre de 2012, en el que solicitó el reconocimiento de la prima de

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

En sustento de sus peticiones, la parte actora sostuvo que tiene derecho a la prima de servicios creada por los artículos 42 y 58 del Decreto Ley 1042 de 1978,⁵¹ por cuanto, la Ley 91 de 1989,⁵² artículo 15, parágrafo 2, reconoció o extendió dicho emolumento a toda la planta docente oficial. Además, alega que la naturaleza de los cargos de los docentes oficiales es la misma de la de los empleados públicos, y en tal virtud, también los cobijan las disposiciones normativas contenidas en el aludido Decreto Ley 1042 de 1978,⁵³ que regula el régimen salarial de estos últimos.

A partir de lo anterior, la Sala entró a estudiar lo atinente a la cuestión de si la Ley 91 de 1989⁵⁴ extendió o no a los docentes oficiales el derecho a obtener la prima de servicios, atendiendo el siguiente problema jurídico:

«Determinar si con la expedición de la Ley 91 de 1989, que tuvo por objeto la creación del FOMAG, al ocuparse de fijar las normas prestacionales aplicables a los docentes oficiales, en la reglamentación contenida en su artículo 15, se creó o extendió a favor de los docentes oficiales, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978, que los exceptuó de su aplicación.»

Para efectos de resolver la cuestión jurídica planteada, la providencia de unificación se propuso resolver la cuestión problemática indicada a través de un ejercicio hermenéutico y secuencial, con el auxilio de las reglas y métodos de interpretación de la ley, así:

«i) empleo del método histórico de manera conjunta con el teleológico o finalista para determinar la voluntad o intención del legislador al tramitar la Ley 91 de 1989; ii) aplicación del método sistemático para establecer el contexto de regulación de las normas que regulan la materia, junto con la Ley 91 de 1989; iii) interpretación literal con miras a despejar el sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y iv) aplicación del método de interpretación de acuerdo a la Constitución.»

⁵¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

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

⁵³ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁵⁴ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En este orden, la Sala Plena del Consejo de Estado encontró:

- (i) Al emplear el «*método histórico de manera conjunta con el teleológico o finalista*» usados para determinar la voluntad o intención del legislador al tramitar la Ley 91 de 1989,⁵⁵ se encontró que los antecedentes legislativos de la mencionada norma no permiten concluir que la intención o voluntad del legislador de ese entonces era la de crear la referida prima a favor de los docentes oficiales, pues, teniendo en cuenta que para el momento de la discusión y aprobación de dicha norma se encontraba vigente la exclusión contenida en el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978,⁵⁶ tendría que haberse formulado de manera clara y expresa el propósito de su creación o reconocimiento.
- (ii) Al utilizar el «*método de interpretación sistemático o por contexto*», según el cual la norma se tiene como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece, la Sala que concluyó que la lectura integral de las disposiciones enunciadas en la Ley 91 de 1989⁵⁷ o relacionadas con ella, muestra que en ellas no se crea o extiende a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978⁵⁸ a favor de los empleados públicos del orden nacional; como sí lo hace el Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir de 2014.
- (iii) Al dar aplicación al «*método de interpretación gramatical o literal*» para efectos de estudiar el artículo 15 de la Ley 91 de 1989,⁵⁹ la Sala advirtió que en este no se señala la creación de la prima de servicios a favor de los maestros oficiales, pues, no hay expresión alguna que integre un verbo o verbos rectores que identifique el nacimiento del mencionado emolumento o del cual pueda derivarse la creación de un nuevo factor de salario para ellos.

⁵⁵ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

⁵⁶ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁵⁷ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

⁵⁸ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁵⁹ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

- (iv) Al utilizar el «*método de interpretación conforme a la Constitución*», según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política, la Sala recurrió a analizar la disposición acusada frente a los preceptos constitucionales que se relacionan directamente con el tema estudiado: igualdad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y no regresividad, contenidos en los artículos 13 y 53 de la Constitución.

Respecto del presupuesto de la igualdad, indicó que era improcedente aplicar un juicio o test de igualdad respecto de regímenes salariales y prestacionales disímiles, como el de los docentes oficiales y los demás servidores públicos.

En cuanto a la aplicación del principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, señaló que no se obliga a los maestros estatales a renunciar a dicha prima o factor salarial, puesto que con anterioridad no existía norma alguna que se las adjudicase. De igual forma, sucede respecto del principio de la situación más favorable al trabajador.

Por último, en lo que respecta a la no regresividad de los derechos sociales, aclaró que los docentes nacionalizados, antes territoriales, que vienen devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la que estaban adscritos la creó a través de una norma de carácter territorial expedida antes de la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989,⁶⁰ la seguirían recibiendo.

De este modo, la Sala observa que la Ley 91 de 1989,⁶¹ al mantener el pago de los beneficios económicos adicionales que fueron reconocidos a los maestros que se sometieron al proceso de nacionalización, lo que hizo fue respetar sus derechos adquiridos, más no extenderlos a los docentes territoriales que no surtieron dicho proceso.⁶² Por lo cual,

⁶⁰ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

⁶¹ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

⁶² Al respecto, indicó esta Corporación: « (...) *Recapitula la Sala, que la actora hace consistir su argumento principal en que el señalado párrafo 2, al indicar que el Fondo no pagaría entre otras, la prima de servicios, sino que dicho emolumento continuará a cargo de la Nación, lo crea o extiende en favor de los docentes oficiales; argumento sustancial para este estudio, que obliga a la Corporación a indagar por el significado del verbo "continuar", que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, alude a "seguir haciendo lo comenzado". Teniendo como punto de referencia esta definición, se analiza el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, encontrando que el correcto entendimiento de la disposición normativa en estudio es el que indica que las prestaciones y emolumentos que "continuarán" a cargo de la Nación, son aquellas que ya estaban reconocidas a los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, por las*

pese a que algunos docentes territoriales que posteriormente se nacionalizaron hayan recibido la prima de servicios, el legislador mantuvo su exclusión respecto del reconocimiento de la prima de servicios, de conformidad con el contenido en el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978.⁶³

Así las cosas, en virtud de lo expuesto la Sala Plena sentó las siguientes reglas jurisprudenciales en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales:

«6.1. La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.»

6.2. En aplicación de la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, la seguirán percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador, plasmada en dicha norma, consistió en respetar los derechos adquiridos de los maestros públicos que estuvieran en la situación descrita.

6.3. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario.

6.4. Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En tal virtud, los docentes oficiales

entidades territoriales a las que estaban adscritos antes del proceso de nacionalización ordenado por la Ley 43 de 1975, entre ellas la prima de servicio; interpretación que se encuentra acorde con el contenido de los antecedentes legislativos y judiciales estudiados. Pero además de la interpretación de dicho parágrafo a partir del significado de las expresiones que lo integran, es necesario analizarlo a la luz del Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye de manera expresa a los docentes de la aplicación de sus disposiciones, entre las que está el artículo 48, que crea la prima de servicios a favor de los empleados públicos del orden nacional únicamente.»

⁶³ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

6.5. Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

6.6. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013^[218], los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.»

5.1.6. Conclusiones del recuento normativo y jurisprudencial realizado.

De la revisión de los antecedentes normativos y jurisprudenciales, la Sala concluye que:

- ❖ La «prima de servicios» en un principio, fue creada por el Ejecutivo a través del Decreto 1042 de 1978,⁶⁴ como una prestación para los empleados públicos que se desempeñaran en las distintas entidades del orden de nacional, verbigracia, ministerios y superintendencias.
- ❖ El Decreto 1042 de 1978,⁶⁵ en su artículo 104, excluyó expresamente a los docentes oficiales de su aplicación, por lo que no tienen derecho a la prima de servicios creada en el artículo 58 de dicho estatuto.
- ❖ La Ley 91 de 1989,⁶⁶ en ninguno de sus apartes crea, reconoce o extiende a favor de los docentes y directivos docentes oficiales, la

⁶⁴ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁵ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁶ por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978⁶⁷ para los empleados públicos del orden nacional.

- ❖ El Decreto 1919 de 2002⁶⁸ previó que el personal administrativo de empleados públicos de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional gozaría del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, previsto en el Decreto 1042 de 1978,⁶⁹ el cual como viene expuesto, excluyó expresamente al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.
- ❖ El Decreto 1545 de 2013⁷⁰ extendió el reconocimiento y pago de la «prima de servicios» al personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir del año 2014, pero solo en cuantía de 7 días de remuneración para ese año, y a partir de 2015, en cuantía de 15 días de remuneración.
- ❖ Mediante el Decreto 2351 de 2014,⁷¹ el Ejecutivo dispuso que en lo relacionado con la «prima de servicios» para el personal docente, se aplicaría lo dispuesto en el Decreto 1545 de 2013,⁷² según el cual esta prestación se pagaría a partir del año 2015 en los mismos términos del Decreto 1042 de 1978.⁷³

Para el efecto, la Sala precisa que las normas presuntamente trasgredidas excluyeron de su aplicación al personal docente y directivo docente oficial, por lo cual no es posible predicar su desconocimiento respecto de estos trabajadores. Adicionalmente, se resalta que la prima de servicio fue creada para el mencionado personal en virtud de una negociación sindical iniciada por FECODE contra el Ministerio de Educación, en el año 2013. De tal forma, que es

⁶⁷ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.”

⁶⁹ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁰ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

⁷¹ Por el cual se regula la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial

⁷² Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

⁷³ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

un beneficio adicional que obedeció a los términos acordados entre las partes.

5.1.7. El derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

«Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

Ahora bien, en concepto de la Corte Constitucional el mandato en cita, «ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho».⁷⁴ No obstante, también, ha enfatizado que ello «no refleja la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes, al momento de verificar las situaciones, personas o grupos en comparación».⁷⁵

El mencionado tribunal ha señalado que el artículo 13 superior regula varias dimensiones del derecho a la igualdad: (i) La formal o ante la ley, que se relaciona con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto que involucre una distinción irrazonable basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien; (iii) material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.⁷⁶

Así las cosas, en los casos en que se alega que se presenta un trato diferenciado, la Corte Constitucional se ha valido del juicio o test de igualdad para determinar si este se encuentra justificado o no. Al respecto, ha considerado:

⁷⁴ Sentencia C-006 de 2017

⁷⁵ Ib.

⁷⁶ Sentencias T-629 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez; , C-394 de 2017

«Con el fin de establecer si en un caso determinado se justifica el establecimiento de diferencias entre el trato que las autoridades dan a unos y otros individuos, la Corte Constitucional ha indicado la aplicación de un test de igualdad, en virtud de que el concepto de igualdad es de carácter relativo (como en su momento lo anotó Norberto Bobbio), por lo menos en tres aspectos: los sujetos entre los cuales se quieren repartir bienes o gravámenes; esos bienes o gravámenes a repartir; y finalmente, el criterio para asignarlos.»⁷⁷

Es así como, para el Tribunal Constitucional, el juicio de igualdad o proporcionalidad comporta 3 etapas: *«(i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada».*⁷⁸

Para el caso de los diversos regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, encuentra la Sala que la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha subrayado la improcedencia general del juicio o test de igualdad entre ellos, toda vez que no son equiparables y que responden a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, de las condiciones en que prestan sus servicios. Verbigracia, en sentencia C-313 de 2003,⁷⁹ la Corte manifestó que *«la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.»* En el mismo sentido, ha expresado dicho tribunal que *«diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, que hacen que cada beneficio en particular no pueda ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad».*⁸⁰

No obstante, como se expuso en el recuento jurisprudencial realizado en precedencia, la exclusión de los docentes de la aplicación del Decreto 1042 de 1978,⁸¹ y por ende de los beneficios en él consagrados, según la estipulación contenida en su artículo 104, fue estudiada y declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-566 de 1997,⁸² bajo los parámetros de un test de igualdad.

⁷⁷ Sentencia T-789 de 2000

⁷⁸ Sentencia T-789 de 2000

⁷⁹ Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

⁸⁰ Sentencia C-995 de 2000; Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁸¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁸² Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Al respecto, en aquella oportunidad el Tribunal constitucional arguyó que la mencionada exclusión persigue el respeto de las conquistas laborales del sector docente, pues se estos tienen un estatuto laboral, salarial y prestacional adecuado a las particularidades de este servicio. En tal medida, los maestros vinculados a la Administración Pública en sus distintos niveles cuentan con un régimen laboral especial que garantiza un nivel de protección igual o superior al del régimen general que prevé el Decreto 1042 de 1978,⁸³ y por lo tanto, su exclusión de la aplicación del mismo no contraría los artículos 13 y 58 de la Constitución.

En el mismo sentido, como bien se indicó previamente, la Corte en la sentencia C-402 de 2013,⁸⁴ reiteró lo dispuesto en la sentencia C-566 de 1997, al señalar que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no es posible. Ello, por cuanto cada régimen incluye sus propias prestaciones, que no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una otros servidores públicos o trabajadores de derecho privado.

Idéntico criterio adoptó el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda de 14 de abril de 2016,⁸⁵ en la que con el auxilio de diversos métodos de interpretación se concluyó que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los diferentes regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos no son equiparables. De tal suerte, que la comparación entre estos no resulta conducente porque se partiría de supuestos de hecho que no son idénticos.

En la providencia indicada, esta Corporación estudió un caso en el que la demandante aseguró que la administración le dio un trato desigual, puesto que según su dicho, a la generalidad de los empleados públicos les es reconocida la prima de servicios, no así a los docentes oficiales, como ella. De tal forma que, en su criterio, en virtud del derecho a la igualdad, se le debía reconocer la prima de servicio a la que tienen derecho los empleados públicos señalados en el artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978.⁸⁶

⁸³ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁸⁴ Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

⁸⁵ Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado No.: CE-SUJ215001333301020130013401(3828-2014)

⁸⁶ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Atendiendo a los argumentos de la parte actora, la Sala analizó el cargo empleando del «*método de interpretación conforme a la Constitución*», según el cual de conformidad con el artículo 4.^a superior, «*la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente*». Para el efecto, la Sala recurrió a los preceptos constitucionales de igualdad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y no regresividad, contenidos en los artículos 13 y 53 de la Constitución.

A partir de lo anterior, así como de un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la Sala concluyó que era improcedente aplicar un juicio o test de igualdad respecto de regímenes salariales y prestacionales disímiles, como se propuso en la demanda, ya que «*no son equiparables y que responden a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten*». En este sentido, indicó:

«Ello significa, que con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima aludida, la actora considera que a su situación prestacional le debe ser aplicada, en virtud de su derecho a la igualdad, la normatividad que regula la materia para los empleados públicos del orden nacional, contenida en el Decreto Ley 1042 de 1978⁸⁷ y, para los empleados públicos del orden territorial en el Decreto Ley 1919 de 2002.

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

Lo expuesto muestra a la Sala que, tanto para la Corte Constitucional como para el Consejo de Estado, no existe igualdad material entre la generalidad de los servidores públicos, en especial aquellos que cobija el Decreto 1042 de 1978⁸⁸ por disposición expresa de su artículo 1.º, y los docentes y directivos docentes oficiales. Ello por cuanto son

⁸⁷ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁸⁸ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

regímenes laborales diferentes, que tienen su propia regulación en materia salarial y prestacional.

5.1.8. El principio de progresividad o «prohibición de no regresividad»

Para el actor, el Gobierno Nacional al reconocer la prima de servicios para los docentes y directivos docentes oficiales, en una cuantía de 7 días de salario para el año 2014, desconoció el mencionado principio constitucional, puesto que el Decreto 1042 de 1978⁸⁹ prevé que la prima de servicios para los empleados públicos será de 15 días de salario.

Así las cosas, se tiene que este principio y la consecuente prohibición de la regresividad respecto de los derechos sociales, económicos y culturales, se encuentran consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, que prevé que el Estado, con la participación de los particulares, «*ampliara progresivamente la cobertura de la Seguridad Social*», así como en las normas que configuran el bloque de constitucionalidad. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que «*la progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido.*»⁹⁰ Además, ha enfatizado que dicho mandato «*implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe prima facie la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso.*»⁹¹

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 14 de abril de 2016,⁹² estudió la aplicación de este principio para el caso del reconocimiento de la prima de servicios al personal docente y directivo docente oficial a partir del año 2014, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1545 de 2013,⁹³ y concluyó:

«El principio de no regresividad de los derechos sociales ha sido entendido como el corolario del principio de progresividad en tales derechos. En efecto, si se considera que los Estados tienen el deber evolucionar de manera progresiva hacia la plena vigencia de los

⁸⁹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁹⁰ Sentencia C-228 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁹¹ Sentencias C-228 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁹² Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado No.: CE-SUJ215001333301020130013401(3828-2014)

⁹³ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media..

derechos sociales tal como lo señalan las obligaciones del Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha de deducirse que las autoridades de un Estado no pueden disminuir ni alterar el nivel de protección de un derecho social que ya se ha consolidado en la normatividad vigente.

El tema de la regresividad de los derechos sociales ha sido analizado en nuestra jurisprudencia constitucional bajo 3 perspectivas diferentes: una primera posición, defiende la posibilidad de que el legislador modifique o reemplace a su arbitrio cualquier disposición relacionada con estos derechos, aún en el sentido de reducir el contenido protegido;⁹⁴ una segunda postura propugna el no retroceso o disminución de los derechos sociales⁹⁵ y finalmente, una tesis intermedia que establece que por regla general, los derechos sociales una vez reconocidos por el ordenamiento jurídico, no podrían, en principio, ser disminuidos o recortados, a menos que las autoridades justifiquen razonadamente esa regresión.

En este orden de ideas, para poder determinar si una norma es o no regresiva en materia de un derecho particular, se impone precisar la existencia previa de una disposición normativa que consagre el respectivo derecho. En el asunto bajo examen, antes de la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013,⁹⁶ con efectos a partir de 2014, no existía norma alguna que en nuestro ordenamiento jurídico haya creado o reconocido la prima de servicios para los docentes oficiales, motivo por el cual la Sala considera improcedente aplicar, en el presente caso, el principio de no regresividad de los derechos sociales; como lo solicita FECODE y SINDODIC.» (Subraya la Sala)

Lo anterior significa, que para que se pueda establecer si una disposición normativa es o no regresiva en materia de un derecho laboral, debe existir una norma previa que lo reconozca.

Para el caso de los docentes y directivos docentes oficiales, el reconocimiento de la prima de servicios obedeció al «Acuerdo Décimo» alcanzado entre la Federación Colombiana de Educadores –FECODE– y el Ministerio de Educación Nacional, como consecuencia del Pliego de Solicitudes presentado por dicha organización sindical el 20 de marzo del 2013, contenido en el «Acta Final de Acuerdos de la Negociación Colectiva Pliego de Solicitudes -FECODE» de 21 de mayo de 2013.⁹⁷ Este acuerdo se materializó con la expedición del Decreto 1545 de 2013,⁹⁸ que en su artículo 1.º contempló su pago a partir del

⁹⁴ Dentro de esta posición se pueden consultar las sentencias C-168 de 1995 y C-781 de 2003.

⁹⁵ En esta tesis militan las sentencias C-1165 de 2000 y C-1433 de 2000.

⁹⁶ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

⁹⁷ Folios 97 a 112

⁹⁸ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

año 2014 en una cuantía de 7 días de salario, y desde el año 2015 en cuantía de 15 días, conforme a lo concertado entre las partes intervinientes.

Así las cosas, encuentra la Sala que la disposición acusada no desconoció la prohibición de no regresividad en materia laboral. Ello, por cuanto no se cumplió con el primer supuesto para determinar si una norma es regresiva o no, esto es, que previamente a la expedición del Decreto 1545 de 2013⁹⁹ que se demanda, existiera una disposición normativa que reconociera a los docentes y directivos docentes oficiales el derecho a obtener la prima de servicios. Por el contrario, a través de la norma cuestionada la administración reconoció un nuevo derecho prestacional en favor de este personal, en aplicación del principio de progresividad en materia laboral.

Por lo tanto, la anulación parcial del artículo 1.º del Decreto 1545 de 2013,¹⁰⁰ en lo que tiene que ver con el reconocimiento en una cuantía de 7 días para el año 2014, al personal docente y directivo docente oficial, no prospera.

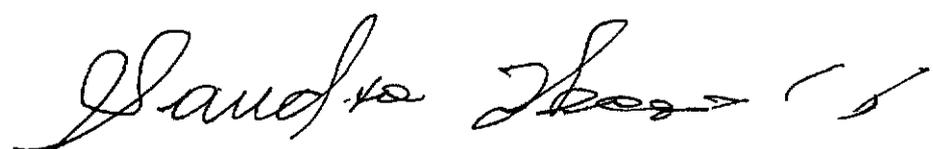
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

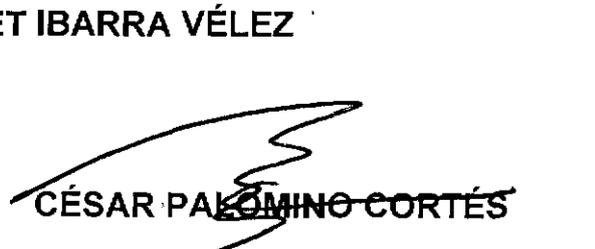
RESUELVE

ARTÍCULO ÚNICO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de Simple Nulidad presentada por el señor Carlos Mauricio Celis Herrera.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

 **CARMELO PERDOMO CUÉTER**  **CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

⁹⁹ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.
¹⁰⁰ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Proceso recibido en secretaria
27 NOV 2019
Hoy

