



Concepto Sala de Consulta C.E. 1459 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS14592002

DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO - Excepciones a la prohibición

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa. b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública; c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional, d) Los honorarios percibidos por concepto de hora - cátedra e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud; f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas; g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados

DOCENTES - Prohibición de percibir doble asignación del tesoro: Regímenes para docentes. Desarrollo normativo / INCOMPATIBILIDAD DE DOCENTE - Decreto ley 1278 de 2002 / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO- Regímenes para docentes. Alcance de la prohibición

Es necesario precisar, en esta oportunidad, que el concepto 1305 fue emitido por esta Sala el 23 de noviembre de 2000, esto es, antes de expedirse el decreto ley 1278 de 2002 el cual, consagra como incompatibilidades el ejercicio de cargos en el sector educativo estatal con "a) El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido; b) El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares". En estas condiciones, a la luz de la normatividad vigente en la actualidad se puede hablar de dos regímenes para docentes en materia de la prohibición de que trata el artículo 128 constitucional, a saber: 1) las incompatibilidades de los docentes del sector educativo estatal, a quienes se les aplica el decreto 1278 de 2002, esto es, a los vinculados a partir de su vigencia y a los asimilados que opten por ello (artículos 2° y 65), quienes no pueden simultáneamente desempeñar cualquier otro cargo o servicio público retribuido, ni gozar de pensión de jubilación, vejez, gracia o similares. 2) Los docentes vinculados antes de la vigencia del decreto 1278, inscritos en el escalafón docente de conformidad con el decreto 2277 de 1979, quienes están amparados en esta materia por el régimen anterior y a quienes deben aplicarse las excepciones contenidas en el artículo 19 de la ley 4ª. de 1992, en específico la contenida en el literal g.) cuyo sentido y alcance fue precisado por esta Sala en el pronunciamiento traído a colación (Concepto 1305/00), siempre que no opten por la asimilación, caso en el cual se sujetarán al régimen del decreto 1278, pues la renuncia al cargo coloca al docente en las previsiones del artículo 2°.

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Afiliación de docentes vinculados a entidades territoriales. Ley 715 de 2001 / DOCENTES - Afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de los vinculados a entidades territoriales. Ley 715 de 2001.

La ley 715 no derogó ninguna disposición de la ley 91 de 1989 y por lo demás no se encuentra que sea contraria a la previsión de esta contenida en el artículo 4°, según el cual deben afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio todos los docentes vinculados con posterioridad a su promulgación. La derogatoria del artículo 6° de la ley 60 de 1993, para nada afecta a esta disposición y, por lo tanto, se estima que a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001 los docentes que vinculen las entidades territoriales deben seguir afiliándose al mismo. pues, no hay disposición que disponga cosa distinta, ni mucho menos, que atribuya las competencias de aquél a otras autoridades. Cualquier discusión al respecto la resuelve el parágrafo 5° del artículo 2° de la ley 549 de 1999, según el cual "los docentes a cargo de los municipios, departamentos y distritos deberán estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos previstos en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994", precepto que funda el mandato de la afiliación no sólo en la ley 60 derogada.

RÉGIMEN PRESTACIONAL - Marco normativo. Docentes vinculados a entidades territoriales a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001 / DOCENTES - Régimen prestacional de los vinculados a entidades territoriales a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001. Marco normativo

Ya ha quedado establecido que con la ley 715 las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales y, por tanto, los docentes que en ella laboran vinculados a partir de su vigencia, tendrán condición de servidores públicos territoriales y su régimen prestacional corresponderá por tanto al propio de éstos. Cuestión diferente es la que acontece con los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 715, evento ante el cual tendrá que tenerse en cuenta para establecer su régimen prestacional, si se está frente a docentes nacionales, nacionalizados, y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, en donde habrán de seguirse las reglas establecidas en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, y quienes por lo demás mantienen su régimen siempre y cuando no opten por la asimilación a la que se hizo alusión anteriormente. El artículo 115 de la Ley 115 de 1994, aclaró que el régimen prestacional de los educadores estatales "...es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.", disposición que debe entenderse modificada en cuanto toca con la ley 60 de 1993, la cual, como quedó visto, fue derogada por la ley 715. De todo lo anterior se deduce que los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia del decreto 1278 de 2002 mantienen el régimen prestacional que los cobijaba a tal fecha, siempre que no opten por la asimilación. Los docentes que se vinculen a partir de la publicación del decreto - 20 de junio de 2002 - estarán sujetos al régimen prestacional propio de las entidades territoriales, hasta tanto el gobierno nacional, en ejercicio de las facultades contenidas en la ley 4ª de 1992, establezca la escala única de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados. Finalmente, en virtud del régimen establecido hacia el futuro en el decreto 1278, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá las prestaciones establecidas en el artículo 15 de la ley 91 de 1989 a quienes tenía vinculación, en las condiciones allí señaladas, antes de su vigencia y, el propio de las entidades territoriales, a quienes se vincularon con posterioridad al mismo, con cargo al sistema general de participaciones previsto en la ley 715.

Ver arts. 4, 5 y 15, Ley 91 de 1989 , Ver art. 19, Ley 4 de 1992 , Ver art. 6, Ley 60 de 1993 , Ver la Ley 115 de 1994 , Ver art. 2, parágrafo 5, Ley 549 de 1999 , Ver art. 113, Ley 715 de 2001 , Ver el Decreto Nacional 1278 de 2002

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente:

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Bogotá D.C., 29 de agosto de 2002

Radicación número: 1459

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: DOCENTES. Compatibilidad asignaciones provenientes del Tesoro Público y afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001. Régimen prestacional de los docentes de las entidades territoriales.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a la Sala la siguiente consulta:

"1.- A partir de la vigencia de la ley 715 de 2001, los docentes pueden acumular dos asignaciones provenientes del Tesoro Público? En qué casos, ello es posible?

2.- A partir de la vigencia de la ley 715 de 2001 los docentes que vinculen las entidades territoriales deben afiliarse al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio?

3.- Cuál es el régimen prestacional de los docentes de las entidades territoriales: el previsto en normas de orden territorial o el contemplado en las normas legales?"

Luego de hacer referencia a los artículos 4°, 5° y 15 de la ley 91 de 1989, 19 de la ley 4ª de 1992, 5° del decreto 224 de 1972, 6° de la ley 60 de 1993 y 113 de la ley 715 de 2001, que derogó la ley 60 de 1993, señala el señor Ministro que se han presentado dudas sobre los siguientes aspectos:

"En la medida en que la ley 60 de 1993 había indicado que las prestaciones previstas por la ley 91 de 1989 eran compatibles con pensiones o cualesquiera clase de remuneraciones, y que dicha norma fue derogada por la ley 715 de 2001, cabe preguntarse si actualmente es posible para los docentes recibir una asignación y una pensión o acumular dos o más pensiones, cuando una de ellas no es pensión gracia.

Así mismo, se ha discutido cuál es el tratamiento que debe darse a la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, puesto que la ley que lo creó previó la afiliación al mismo de los docentes nacionales y nacionalizados y, a su vez la ley 60 de 1993, dispuso que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial

Igualmente se ha discutido dentro del marco de la ley 60 de 1993, cuál era el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial, por cuanto tanto bajo la Constitución Política de 1886, como bajo la actual Carta, el régimen prestacional de los servidores públicos es de resorte exclusivo del legislador, por lo cual no cabría aplicar en materia prestacional un régimen distinto al legal aplicable en la respectiva entidad territorial. Así mismo, se ha planteado la inquietud acerca de cuál es el régimen prestacional aplicable a partir de la expedición de la ley 715 de 2001."

La Sala considera

Son tres los puntos que ha de tratar la Sala en la presente consulta, a saber: compatibilidades de los docentes en materia de percepción de asignaciones provenientes del tesoro público, afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de docentes vinculados a entidades territoriales - a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001 - y régimen prestacional de éstos.

Excepciones para docentes a la prohibición contenida en el artículo 128 constitucional.

El artículo 128 de la Constitución Política contempla la prohibición, de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes.

Dicho precepto constitucional fue desarrollado, entre otras disposiciones, por la ley 4ª de 1992, la que en su artículo 19 dispuso:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones las siguientes asignaciones:

Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa.

Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

Las percibidas por concepto de sustitución pensional,

Los honorarios percibidos por concepto de hora - cátedra

Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados."

En la actualidad, el artículo 37.c) del decreto 1278 de 2002 Estatuto de Profesionalización Docente, expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 111 de la ley 715 de 2001 - reconoce a los servidores públicos, docentes y directivos docentes el derecho a "permanecer en los cargos y funciones mientras su trabajo y conducta sean enteramente satisfactorios y realizados conforme a las normas vigentes, no hayan llegado a la edad de retiro forzoso o no se den las demás circunstancias previstas en la ley y en este decreto"; el artículo 42.k) *ibídem* les prohíbe "desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado"; y, el artículo 45 *ibídem* precisa que "además de las establecidas en la Constitución y en las leyes para todos los servidores públicos, el ejercicio de cargos en el sector educativo estatal es incompatible con : a) El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido; b) El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares." . Según lo establece el artículo 2º del decreto 1278 la normas de dicho estatuto se aplican a quienes se vinculen a partir de su vigencia para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quines sean asimilados. En cuanto a la asimilación los artículos 65 y 66 *ibídem* establecen:

"Artículo 65. Asimilación. Los educadores con título profesional inscritos en el escalafón docente de conformidad con el decreto-ley 2277 de 1979 y vinculados en propiedad a un cargo docente o directivo docente estatal, podrán asimilarse al nuevo escalafón si se someten a la misma evaluación de desempeño y de competencias realizadas para superar el período de prueba aplicadas a los educadores que poseen su misma formación profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de este decreto.

Los educadores que quieran asimilarse al nuevo escalafón y obtengan calificación satisfactoria en esta prueba, serán inscritos en el nuevo escalafón en el grado que les corresponda de conformidad con la formación que acrediten de acuerdo con el artículo 20 de este decreto, y serán ubicados en el primer nivel salarial de dicho grado, debiendo superar las otras evaluaciones y tiempos para cambiar de nivel salarial.

Artículo 66. Consecuencias de la asimilación. Para ser asimilado al nuevo escalafón docente se requiere renunciar al cargo anterior y ser nombrado de nuevo.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento para la asimilación, una vez se provean en propiedad los cargos que hoy están siendo provistos por contrato de prestación de servicios o en provisionalidad. En todo caso, las asimilaciones procederán cuando las entidades territoriales tengan las disponibilidades presupuestales para atender las erogaciones que de ello se derive."

Ahora, la Sala en la Consulta 1305 de 2000 precisó su posición doctrinaria, en relación con la compatibilidad para percibir simultáneamente pensión como docente y sueldo, en particular frente al sentido y alcance del artículo 19.g) de la ley 4ª de 1992, así:

"Esta Sala, en consulta de 8 de agosto de 1995, Rad. 712. se refirió a los alcances de este literal, en relación con la pensión gracia en los siguientes términos:

¿El caso consultado se refiere a un derecho de carácter laboral radicado en cabeza de un servidor oficial docente, que por razón de haber cumplido una serie de exigencias previstas en la Constitución y las leyes de la República, adquirió su derecho a la pensión y simultáneamente recibe otra asignación del tesoro público. Hallándose en tal situación entró en vigencia la ley 4ª de 1992, que prohíbe, por regla general, recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, pero que exceptúa a los servidores oficiales docentes que se hallan pensionados, lo que quiere decir que estos funcionarios pueden recibir, además de su pensión, otra asignación del tesoro público.

Consecuencialmente la excepción prevista por el literal g) del artículo 19 de la ley 4ª de 1992 no es aplicable a los funcionarios oficiales docentes que no hubieren reunido la totalidad de los requisitos que prescribía la ley para obtener el derecho a la pensión en el momento en que entró en vigencia la ley 4ª por cuanto los alcances del literal g) son claros en su texto; además, porque atendiendo principios de hermenéutica las excepciones previstas en normas jurídicas no son extensibles a casos semejantes, por analogía.

¿Siendo ello así, los docentes que no reunían los requisitos legales indispensables para obtener el reconocimiento de la pensión al entrar en vigencia la ley 4ª de 1992, no pueden recibir dos asignaciones del tesoro público, aunque una de éstas tenga el carácter de pensión?

Teniendo en cuenta este antecedente, así como la legislación expedida con posterioridad a la ley 4ª de 1992, la Sala considera que si bien es cierto ella estableció, como criterio para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores aludidos, el respeto a los derechos adquiridos por los servidores del Estado - tanto de régimen general "como de los regímenes especiales como era natural -, también lo es que el literal g) no estableció una excepción a la prohibición, atendiendo un criterio subjetivo, derivado de la locución "benefician a los servidores oficiales docentes pensionados", sino uno de carácter objetivo supeditado a la expresión "exceptúanse las siguientes asignaciones", que remite a las disposiciones de la legislación anterior que consagraban las excepciones ya mencionadas, esto es, la compatibilidad de devengar pensión y sueldo, o dos pensiones - ordinaria y gracia -.

Así, las locuciones citadas entre comillas se remiten a las normas que beneficiaban a los docentes pensionados, es decir, aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público, y no a los docentes que se hallaban pensionados al momento de la vigencia de la ley 4ª de 1992, pues la excepción apunta es a las "asignaciones" y no a los sujetos "docentes pensionados".

De esta manera, un docente se beneficia de la excepción dicha, cuando al cumplir las exigencias legales accede a la pensión y simultáneamente tiene la posibilidad jurídica de devengar sueldo u otra pensión, en los términos ya señalados.

y excluye cualquier aplicación analógica, pues resulta adecuado que las excepciones a la prohibición contenida en el artículo 128 constitucional, sean reguladas por la ley marco del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la rama ejecutiva nacional - 4ª de 1992 -.

8. El artículo 6º, inciso tercero, de la ley 60 de 1993 reafirmó la compatibilidad mencionada, en los siguientes términos :

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. (Se destaca)

El régimen prestacional está detallado en el numeral 5º de éste concepto y la compatibilidad, reiterada por este precepto, tiene el alcance anotado, esto es, entre pensiones - ordinaria y de gracia - y entre pensión y sueldo, lo cual se desprende del aparte resaltado en negrilla.

11. Los decretos que contemplan la remuneración del Escalafón Nacional Docente y por los cuales se dictan otras disposiciones salariales del sector educativo nacional, invariablemente incluyen la siguiente norma:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las asignaciones de que trata el artículo decimonoveno de la ley 4ª de 1992. La remisión de tales decretos a las excepciones previstas en la ley 4ª de 1992, se explica en cuanto regula la materia salarial de los docentes escalafonados, y su alcance es el señalado en el numeral 7º de este concepto.

De todo lo expuesto se desprende que la evolución normativa guardó plena coherencia en materia de las compatibilidades antedichas, y que los decretos reglamentarios de la ley marco salarial, están en armonía con lo dispuesto por el legislador."

Es necesario precisar, en esta oportunidad, que el concepto 1305 fue emitido por esta Sala el 23 de noviembre de 2000, esto es, antes de expedirse el decreto ley 1278 de 2002 el cual, según se vio, consagra como incompatibilidades el ejercicio de cargos en el sector educativo estatal con "a) El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido; b) El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares".

En estas condiciones, a la luz de la normatividad vigente en la actualidad se puede hablar de dos regímenes para docentes en materia de la prohibición de que trata el artículo 128 constitucional, a saber: 1) las incompatibilidades de los docentes del sector educativo estatal, a quienes se les aplica el decreto 1278 de 2002, esto es, a los vinculados a partir de su vigencia y a los asimilados que opten por ello (artículos 2º y 65), quienes no pueden simultáneamente desempeñar cualquier otro cargo o servicio público retribuido, ni gozar de pensión de jubilación, vejez, gracia o similares. 2) Los docentes vinculados antes de la vigencia del decreto 1278, inscritos en el escalafón docente de conformidad con el decreto 2277 de 1979, quienes están amparados en esta materia por el régimen anterior y a quienes deben aplicarse las excepciones contenidas en el artículo 19 de la ley 4ª. de 1992, en específico la contenida en el literal g.) cuyo sentido y alcance fue precisado por esta Sala en el pronunciamiento traído a colación, siempre que no opten por la asimilación, caso en el cual se sujetarán al régimen del decreto 1278, pues la renuncia al cargo coloca al docente en las previsiones del artículo 2º.

II.- Afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de docentes vinculados a entidades territoriales, a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001.

La ley 39 de 1903 dispuso que la instrucción primaria sería costeadada con fondos públicos y estaría a cargo y bajo la dirección inmediata de los gobiernos departamentales; que la instrucción secundaria estaría a cargo de la Nación e inspeccionada por el poder ejecutivo y que la instrucción industrial y profesional serían costeadas por la Nación o por los Departamentos (artículos 3, 4 y 5)

Más adelante, la ley 91 del 11 de junio de 1938 autorizó al Gobierno para celebrar contratos de nacionalización de institutos de enseñanza secundaria departamentales o municipales, o que sean establecimientos públicos.

La ley 43 de 1975, nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980.

La ley 91 de 1989, creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable estadística, sin personería jurídica (art. 3º). El artículo 4º dispuso:

"El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley, siempre con observancia del artículo 2º y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación (...) El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica."

En cuanto a los objetivos del Fondo, el artículo 5º ibídem, precisó:

"1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo directivo del Fondo.

3.- Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso

de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.

4.- Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los documentos de los docentes.

5.- Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones."

De esta manera, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se creó para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y de los vinculados con posterioridad a su promulgación.

A su turno, el inciso 3° del artículo 6° de la ley 60 de 1993 - a partir de la cual se habla de docentes con cargo al situado fiscal y docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales - dispuso:

"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a la plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial."

La ley 60 de 1993 fue derogada por la ley 715 de 2001 (artículo 113), por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros

El título II de esta ley se ocupa del sector educación. El artículo 9°, define la institución educativa como "... un conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media." Y precisa : "Las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales. // Parágrafo 1°. Por motivos de utilidad pública o interés social, las instituciones educativas departamentales que funcionen en los distritos o municipios certificados serán administradas por los distritos y municipios certificados (...) Parágrafo 3°. Los Establecimientos Públicos educativos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto nacional, serán traspasados con los recursos a las respectivas entidades territoriales, conservando su autonomía administrativa."

A su vez, el artículo 15 *ibídem*, establece que "Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades: 15.1. Pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales.

En cuanto a la administración de los recursos, el artículo 18 *ibídem* dispone: "Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. // Parágrafo 1°. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. // Parágrafo 2°. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet; serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo."

El artículo 23 *ibídem* contempla que "Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular o contratar docentes, directivos docentes, ni empleados administrativos, con recursos diferentes de los del Sistema General de Participaciones, sin contar con los ingresos corrientes de libre destinación necesarios para financiar sus salarios y los demás gastos inherentes a la nómina incluidas las prestaciones sociales, en el corto, mediano y largo plazo. En ningún caso los docentes, directivos docentes y los administrativos vinculados o contratados con recursos propios podrán ser financiados con cargo al Sistema General de Participaciones, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil, disciplinaria y fiscal de quienes ordenen y ejecuten la vinculación o contratación. // En ningún caso la Nación cubrirá gastos por personal docente, directivos docentes ni funcionarios administrativos del sector educativo, distintos a los autorizados en la presente ley." . En armonía con esta última disposición, el artículo 101, señala que : " Salvo las excepciones establecidas en la presente ley, la Nación no podrá administrar plantas de personal o tener instituciones para prestar los servicios asignados en la presente ley a los departamentos, distritos y municipios. Las existentes deberán transferirse a la entidad donde se presta el servicio."

En lo que toca con la determinación del costo de la prestación del servicio, el artículo 36 estatuye que : "(...) tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1° de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones."

De esta manera se tiene que con la ley 715 de 2001, las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales; así, los departamentos, los distritos y los municipios certificados prestan el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, y éstos últimos administran el personal docente y administrativo de los planteles educativos. Con los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones, administrados por los departamentos, los distritos y los municipios certificados, se financia la prestación del servicio educativo en cuanto al pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales. Sin embargo, por mandato de los parágrafos 1 y 2 del

artículo 18, "Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones" y, "los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo."

La ley 715 no derogó ninguna disposición de la ley 91 de 1989 y por lo demás no se encuentra que sea contraria a la previsión de esta contenida en el artículo 4º, según el cual deben afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio todos los docentes vinculados con posterioridad a su promulgación. La derogatoria del artículo 6º de la ley 60 de 1993, para nada afecta a esta disposición y, por lo tanto, se estima que a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001 los docentes que vinculen las entidades territoriales deben seguir afiliándose al mismo. pues, no hay disposición que disponga cosa distinta, ni mucho menos, que atribuya las competencias de aquél a otras autoridades. Cualquier discusión al respecto la resuelve el parágrafo 5º del artículo 2º de la ley 549 de 1999, según el cual "los docentes a cargo de los municipios, departamentos y distritos deberán estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos previstos en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994", precepto que funda el mandato de la afiliación no sólo en la ley 60 derogada.

III. Régimen prestacional de los docentes vinculados a entidades territoriales a partir de la vigencia de la ley 715 de 2001.

Según lo ha precisado esta Sala en varias consultas, entre ellas en la 1393 de 2002, de conformidad con el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, "El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes - nacional, seccional o local - , bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que, en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogársela."

Ya ha quedado establecido que con la ley 715 las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales y, por tanto, los docentes que en ella laboran vinculados a partir de su vigencia, tendrán condición de servidores públicos territoriales y su régimen prestacional corresponderá por tanto al propio de éstos.

Cuestión diferente es la que acontece con los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 715, evento ante el cual tendrá que tenerse en cuenta para establecer su régimen prestacional, si se está frente a docentes nacionales, nacionalizados, y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, en donde habrán de seguirse las reglas establecidas en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, y quienes por lo demás mantienen su régimen siempre y cuando no opten por la asimilación a la que se hizo alusión anteriormente.

El artículo 115 de la Ley 115 de 1994, aclaró que el régimen prestacional de los educadores estatales "...es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.", disposición que debe entenderse modificada en cuanto toca con la ley 60 de 1993, la cual, como quedó visto, fue derogada por la ley 715.

Ha reiterado esta Sala en varias oportunidades, que el régimen prestacional de los docentes territoriales está contenido, entre otras disposiciones, en las leyes 6ª de 1945, 65 de 1946, 4ª de 1966, 5ª de 1969 y 33 de 1985 y los decretos 1600 de 1945, 2767 de 1945, 1160 de 1947, 1743 de 1966, 643 de 1967. Así, en consulta 374 de 1990, se dijo con relación a este punto:

de conformidad con la Constitución Nacional debe ser de carácter legal, y por esta razón, en virtud de la ley 6ª de 1945 correspondió al establecido para los empleados del orden nacional. Según esta ley y los decretos 1600 y 2767 del mismo año, las entidades territoriales debían reconocer a sus empleados y obreros la totalidad de las prestaciones señaladas para los empleados y obreros de la Nación, salvo que la entidad probare estar comprendida en uno de los casos de excepción. De esta manera, los empleados y trabajadores oficiales de las entidades territoriales fueron quedando sometidos a las prestaciones reconocidas por la Nación a sus servidores, y señaladas en la legislación preexistente a los decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978 que constituyen el estatuto de prestaciones económicas y sociales de los empleados públicos del orden nacional, exclusivamente. A partir de la expedición de estas últimas normas se separaron los regímenes prestacionales, quedando vigente toda la legislación anterior para los empleados de los órdenes departamental, intendencial, comisarial y municipal, tales como las leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966, 5ª de 1969 y los decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947. Conjunto normativo que, a falta de legislación especial, fue siempre aplicado al personal docente; y que debe seguir aplicándose, con la debida armonía en relación con las reglas especiales dictadas para los docentes con posterioridad al fenómeno de la nacionalización de la enseñanza oficial, primaria y secundaria."

Debe tenerse presente además que la ley 100 de 1993, creó el sistema de seguridad social integral y en su artículo 279 expresamente exceptuó de su aplicación a los educadores oficiales afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

El artículo 21 de la ley 715 de 2001 reitera lo establecido anteriormente en el sentido de que el régimen prestacional de los docentes no puede ser fijado por los entes territoriales, así :

"Los departamentos, distritos y municipios no podrán autorizar plantas de personal docente o administrativo a cargo del Sistema General de Participaciones, que superen el monto de los recursos de éste.(...) Con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones no se podrán crear prestaciones ni bonificaciones por parte de las entidades territoriales. (...) Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.//A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta."

De todo lo anterior se deduce que los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia del decreto 1278 de 2002 mantienen el régimen prestacional que los cobijaba a tal fecha, siempre que no opten por la asimilación. Los docentes que se vinculen a partir de la publicación

del decreto - 20 de junio de 2002 - estarán sujetos al régimen prestacional propio de las entidades territoriales, hasta tanto el gobierno nacional, en ejercicio de las facultades contenidas en la ley 4ª de 1992, establezca la escala única de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados (art. 46 del decreto 1278).

Finalmente, en virtud del régimen establecido hacia el futuro en el decreto 1278, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá las prestaciones establecidas en el artículo 15 de la ley 91 de 1989 a quienes tenía vinculación, en las condiciones allí señaladas, antes de su vigencia y, el propio de las entidades territoriales, a quienes se vincularon con posterioridad al mismo, con cargo al sistema general de participaciones previsto en la ley 715.

La Sala responde:

1.- A la luz de la normatividad vigente en la actualidad existen dos regímenes para docentes en materia de la prohibición de que trata el artículo 128 constitucional, a saber: 1) las incompatibilidades de los docentes del sector educativo estatal, a quienes se les aplica el decreto 1278 de 2002, esto es, a los vinculados a partir de su vigencia y a los asimilados que opten por ello (artículos 2° y 65), quienes no pueden simultáneamente desempeñar cualquier otro cargo o servicio público retribuido, ni gozar de pensión de jubilación, vejez, gracia o similares. 2) Los docentes vinculados antes de la vigencia del decreto 1278, inscritos en el escalafón docente de conformidad con el decreto 2277 de 1979, quienes están amparados en esta materia por el régimen anterior y a quienes deben aplicarse las excepciones contenidas en el artículo 19 de la ley 4ª. de 1992, en específico la contenida en el literal g.) cuyo sentido y alcance fue precisado por esta Sala en el pronunciamiento traído a colación.

2.- A partir de la vigencia de la ley 715 los docentes que vinculen las entidades territoriales deben seguir afiliándose al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Los docentes vinculados antes de la vigencia del decreto 1278 de 2002 mantienen el régimen prestacional establecido a su favor a tal fecha en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre que no opten por la asimilación. El de los que se vincularon con posterioridad es el correspondiente a las entidades territoriales, hasta tanto se expida por el gobierno nacional el decreto que contemple la escala única de salarios y el régimen prestacional respectivos, en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 12 de la ley 4a de 1992, en concordancia con el artículo 46 del decreto 1278 de 2002.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CESAR HOYOS SALAZAR

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Presidente de la Sala

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2022-12-05 14:00:06