Función Pública

Concepto Marco 08 de 2017 Departamento Administrativo de la Función Pública

CONCEPTO MARCO Nro. 8

BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS PARA DOCENTES

El Decreto-ley 1042 de 1978 fijó normas sobre el empleo público aplicable al personal administrativo del orden nacional, "con las excepciones que se establecen más adelante" según lo señaló expresamente el artículo 1.

El artículo 42 del mencionado decreto prescribió que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, constituiría salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, señalando taxativamente los factores salariales allí indicados.

Por su parte, el artículo 104 de este decreto indicó que "las normas del presente decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:

"a)...

"b) al personal docente de los distintos organismos de la rama ejecutiva...".

Ahora bien frente al reconocimiento de la bonificación por servicios prestados para el personal docente, le manifiesto que la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional en concepto radicado con el número AC – 445345 – CORDIS – 89478, señaló lo siguiente:

"De conformidad con el Consejo de Estado en Sentencia del 2 de Noviembre de 2006, MP. Alejandro Ordoñez Maldonado, dispuso:

"...La bonificación por servicios prestados, prima de servicios y bonificación especial de recreación. Los dos primeros establecidos en los artículos 45 y 58 del Decreto Ley 1042 de 1978 y el ultimo en el artículo 3 del Decreto 451 de 1984, ninguno de ellos contemplaron tales prestaciones para los docentes nacionales, como es el caso de la actora, pues los artículos 1 y 104 del citado Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la bonificación por servicios prestados y prima de servicios prestados, que dichos factores no se aplicarían al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva a quienes, su remuneración se rige por otras normas..."

Por otro lado es necesario indicar, que el Ministerio ha tenido conocimiento de que a la fecha, en los despachos judiciales se han proferido fallos sobre el presente tema, algunos condenando al pago de la prima y otros absolviendo de dicha condena, por lo cual al no existir unidad en la interpretación judicial, tampoco es posible que se de aplicación extensiva a los fallos que condenaron al Estado, ya que la aplicación extensiva de las decisiones judiciales que se han dado, sólo son procedentes para la administración cuando se cumplan los presupuestos establecidos por la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 102 establece: aplicar "Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos".

Es así como luego de efectuar un análisis de las normas legales vigentes y de la jurisprudencia que se ha dejado indicada, dicho Ministerio concluyó que los docentes vinculados con las entidades del nivel territorial, no tienen derecho a recibir la bonificación por servicios prestados.

De otra parte, es importante recordar que la bonificación por servicios prestados es un elemento de salario que está contemplado para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto-Ley 1042 de 1978.

Por lo tanto, la competencia para su creación corresponde al Gobierno Nacional, de acuerdo a la posición reiterada de la Corte Constitucional en Sentencia C-402 del 3 de julio de 2013 ante la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 31, 45, 46, 50, 51, 58 y 62 (parciales) del Decreto-Ley 1042 de 1978, al declarar la exequibilidad de la expresión referente al "orden nacional" en ellos indicada, señalando que las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, los Gobernadores y los Alcaldes no tienen competencia para adoptar decisiones sobre el particular.

Ahora bien, sobre el reconocimiento a los educadores de la bonificación por servicios prestados creada para los empleos de orden territorial mediante el Decreto 2418 de 2015, *por el cual se regula la bonificación por servicios prestados para los empleados públicos del nivel territorial*, me permito informar lo siguiente:

En cumplimiento del Acuerdo Único Nacional suscrito en el año 2015 entre el Gobierno Nacional y las Confederaciones y Federaciones de

Sindicatos se expidió el Decreto 2418 de 2015, por el cual se regula la bonificación por servicios prestados para los empleados públicos del nivel territorial. El Acuerdo al que se llegó en este punto excluyó expresamente al personal docente de Sector Educación, quienes cuentan con un sistema especial de remuneración.

Según el campo de aplicación del mencionado decreto, y lo acordado con las organizaciones sindicales en su momento, esta bonificación por servicios prestados se reconoce a los empleados públicos del nivel territorial actualmente vinculados o que se vinculen a las entidades y organismos de la administración territorial, del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, en los términos y condiciones señalados en la citada norma.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es procedente el reconocimiento de la bonificación por servicios prestados al personal docente del orden territorial.

Por otra parte y en relación con el reconocimiento de elementos salariales es importante recordar que el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002[1]señaló que “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,... gozarán del RÉGIMEN DE PRESTACIONES SOCIALES señalado para los empleados públicos del orden nacional”, régimen que para los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1980 venía rigiendo por expresa disposición del inciso 2 del numeral 1 del artículo 15 de la ley 91 de 1989.

Es así como a través de la norma citada se extendió el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional a sus pares del orden territorial, pero dicha extensión no contemplaba el reconocimiento de elementos salariales, como la bonificación pro servicios prestados contenida en el Decreto-ley 1042 de 1978, como ya se explicó.

De acuerdo con lo señalado, el régimen salarial resulta sustancialmente diferente el régimen prestacional, de manera que no puede entenderse que la norma de remisión para uno de los regímenes resulta aplicable indistintamente para otro. Es así como el artículo 5 del Decreto-ley 1045 del 17 de junio de 1978[2,] señala como prestaciones sociales, sin perjuicio de las señaladas en normas especiales, las siguientes:

a) Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;

b) Servicio odontológico;

c) Vacaciones;

d) Prima de vacaciones;

e) Prima de navidad;

f) Auxilio por enfermedad;

g) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional;

h) Auxilio de maternidad;

i) Auxilio de cesantía;

j) Pensión vitalicia de jubilación;

l) Pensión de retiro por vejez;

m) Auxilio funerario;

n) Seguro por muerte

En consecuencia, los factores salariales establecidos en el Decreto-ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional, no son aplicables al personal docente y directivo docente por expresa exclusión del artículo 104 de la misma disposición.

Ahora bien, frente a las disposiciones que regulan el régimen salarial de los docentes del orden territorial, no puede perderse de vista que por disposición del parágrafo del artículo 175 de la Ley 115 de 1994, o ley general de educación: "*El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979, la Ley 4a de 1992 y demás normas que los modifiquen y adicionen*".

De tal manera que la Ley 4ª de 1992 señaló 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; estableciendo, en su artículo 12, que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales sería fijado por el gobierno nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en ella y que en

consecuencia, no podían las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

De otra parte, es claro que los docentes de las entidades certificadas no se encuentran en idéntica situación respecto de los empleados públicos del orden nacional, que permita brindarles el mismo tratamiento salarial y prestacional, más aún cuando éstos últimos, tampoco son destinatarios del tratamiento salarial previsto para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, pues, en virtud de lo previsto en el artículo 1 del Decreto 1919 de 2002, tales beneficios están limitados y restringidos al régimen prestacional.

Así las cosas, como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

Como apoyo a la anterior conclusión resulta necesario citar apartes de la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P.: Doctor Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07) y en la cual se señaló frente a la aplicación del principio de favorabilidad:

Esta Sala ya se había pronunciado sobre el punto en sentencia de 4 de septiembre de 2003, cuando observó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por supuesto remite en tiempo de servicio, edad y monto al régimen anterior, más en lo atinente a la liquidación optó por lo establecido en el inciso 3 ibídem por encontrar que dicho procedimiento resulta más beneficioso de aquel que emergía del régimen anterior, por lo que es evidente, que la jurisprudencia de esta Corporación no discute la posibilidad de atenuar el principio de inescindibilidad de regímenes en función de razones de favorabilidad específica, al fin y al cabo la fuente del principio en mención es la misma, es decir las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales. Claro que se trata de una flexibilidad sujeta a la aplicabilidad concurrente de las normas que constituyen o crean la circunstancia de favorabilidad, de tal modo que la inescindibilidad opera de manera plena si esta hipótesis no tiene lugar, es decir, es jurídicamente inadmisible que so pretexto de la atenuación de este principio, expuesto en función de la favorabilidad, se llegue al extremo de mezclar regímenes especiales con regímenes genéricos, cuestión que por la mera razón lógica de la estructura del régimen jurídico es inadmisible. En conclusión, la figura expuesta es un elemento más para reconocer el alcance y contenido del derecho pensional a la transición como una prerrogativa autónoma, cuya naturaleza jurídica participa de la jerarquía constitucional atribuida a la seguridad social. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Es así como el principio de favorabilidad debe ser aplicado en la medida que no resulte violatorio del principio de inescindibilidad, el cual implica la aplicación íntegra de un régimen o precepto, lo que supone la imposibilidad de acogerse a una parte de ellos despreciando la otra, o fundir normas o regímenes para obtener uno nuevo más favorable.

En este orden de ideas, no resulta viable fusionar las disposiciones especiales y que rigen al personal docente, con las disposiciones generales dictadas para los empleados públicos del orden nacional. Esto teniendo en cuenta que el régimen salarial de los docentes es el que estipulan los decretos que anualmente expide el Gobierno Nacional en donde fija las escalas de remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicios de la educación en los niveles de preescolar, básica y media que se rigen por los Decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 y que se encuentra constituido por los siguientes elementos:

- Asignación básica mensual para el cargo

- Auxilio de alimentación para quienes devenguen hasta el tope establecido anualmente

- Auxilio de Transporte, se rige por la norma general

- Auxilio de movilización para docentes que se rigen por el Decreto 2277 de 1979

- Asignación adicional para directivos docentes y/o docentes

En cuanto al régimen prestacional, tenemos que es regulado por las siguientes disposiciones:

- Vacaciones – artículo 4º Decreto 524 de 1975

- Prima de navidad (no hay norma expresa para los docentes se aplica el Decreto 3148 de 1968)

- Prima de vacaciones Decreto 1381 de 1997

- Cesantías Ley 6 de 1945, Decreto 3118 de 1968, Ley 91 de 1989 y ley 344 de 1996

- Los servicios médico asistenciales, el reconocimiento de pensiones y cesantías están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para los docentes y directivos docentes que se encuentren afiliados.

- Subsidio familiar – a cargo de la Caja de compensación a la cual este afiliada la entidad

De tal manera que el Decreto-Ley 1042 de 1978, excluyó expresamente, en su artículo 104, al personal docente de los elementos salariales establecidos en dicha norma como son:

- Prima de antigüedad

- Bonificación por servicios prestados

- Prima de servicios.

Las anteriores consideraciones guardan plena armonía con los argumentos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado[3,] que al resolver una consulta formulada por este Departamento Administrativo en torno a la posibilidad de extender los elementos de salario contenidos en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, señaló:

"La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, Dra. Elizabeth Rodríguez Taylor, consulta a la Sala sobre la "aplicación extensiva de los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial". (...)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

"...Tampoco se puede afirmar que las efectos del decreto ley 1042 de 1978 deben extenderse a los empleados públicos territoriales, bajo el argumento de que de esta forma se garantiza el principio de igualdad entre los servidores públicos, pues es menester considerar distintos aspectos del entorno a partir de los cuales surge la necesidad de respetar ciertas diferencias, muchas de ellas originadas en mandatos legales que imponen restricciones y limitantes al gasto o en disposiciones que regulan de manera específica el ejercicio de las competencias públicas y el cumplimiento de los deberes de los mismos servidores públicos.

"2.3. Deber de obediencia al ordenamiento jurídico.

"Se encuentra expresamente consagrado en el inciso segundo del artículo 4o. de la Constitución, el cual se complementa con el artículo 6o. ibídem, cuando dispone que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

"Así las cosas, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponde, hacerla efectiva. La autoridad a quien se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe. De esta manera, tal principio rige la operatividad del Estado de Derecho y hace posible el funcionamiento de las instituciones dentro del esquema de organización jurídico-política previsto en la Constitución.

"En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye además el fundamento para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", lo que hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste sería nulo.

"En tal sentido, encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales elementos.

"Con base en las anteriores consideraciones la Sala, RESPONDE:

"1. ¿Deben los entes territoriales reconocer y pagar los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a sus empleados públicos?"

"<u>El decreto ley 1042 de 1978 se encuentra vigente, pero en cuanto sólo contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional,</u> su regulación sobre este respecto no puede hacerse extensiva a los servidores públicos del orden territorial. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Como puede observarse, los componentes salariales del Decreto-ley 1042 de 1978 no pueden hacerse extensivos a los empleados públicos del nivel territorial y menos aún al personal docente de dicho orden, en cuanto, éste tipo de servidores, como bien se anotó, gozan de un régimen propio y diferenciado respecto del aplicable a los destinatarios del Decreto-ley 1042 de 1978.

La existencia de regímenes salariales especiales y diferenciados en las distintas ramas e instituciones públicas no vulnera el principio de la igualdad. Además, considerando que los regímenes salariales son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones económicas, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso y favorable que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, razón por la cual, en principio, no es procedente un examen de aspectos aislados entre dos regímenes distintos, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del otro régimen.

Por la misma razón, no resulta dable hacerle extensivo al personal docente el régimen salarial previsto del Decreto Ley 1042 de 1978, que encuentra como destinatarios a otro grupo de servidores del Estado (empleados públicos nacionales), pues se viola la igualdad no sólo cuando se aplica un régimen diferenciado a las personas que se encuentran en la misma situación, sino también cuando se aplica el mismo régimen a grupos de trabajadores que se encuentran sometidos a regímenes salariales diferentes.

<u>Por los motivos anteriormente expuestos, en criterio de este Departamento Administrativo no resulta viable el reconocimiento y pago al personal</u>

docente de elementos salariales que son predicables exclusivamente de los empleos públicos del orden nacional, como lo es la bonificación por servicios prestados, máxime se advierte que el propio artículo 104, literal b, del Decreto Ley 1042 de 1972 EXCLUYÓ expresamente de su campo de aplicación "AL PERSONAL DOCENTE DE LOS DISTINTOS ORGANISMOS DE LA RAMA EJECUTIVA", precepto declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-566 de 1997.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Dirección Jurídica (E)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

[1] "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".

[2] "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional".

[3] Radicación: 1.956, Número Único: 11001-03-06-000-2009-00038-00, "Referencia: FUNCIÓN PÚBLICA. Aplicación del decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial. Excepción de inconstitucionalidad.

MLH/CPHL/GCJ

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-07-03 22:45:03