



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, once de abril de dos mil diecinueve

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01

Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA

Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO

**Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda instancia**

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2016, en el asunto de la referencia, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Parte demandante

NELSON FERNÁNDEZ LUNA
C.C. No. 4.709.153

Parte demandada

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FNPSM

DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Las pretensiones

La parte demandante, a través de apoderado, por el medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó:

Que se declare la nulidad del Oficio No. 623 de 24 de febrero de 2014, emitido por la Secretaría de Educación del departamento del Cauca, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, en el que se niega el reconocimiento y pago del régimen retroactivo de cesantías.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento, la reliquidación y el pago de las cesantías, con aplicación del régimen de retroactividad.

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Segunda instancia

Que se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Que las sumas resultantes sean actualizadas, devenguen intereses, y que se condene en costas y agencias en derecho.

Hechos

En la demanda se expuso como fundamento fáctico, lo siguiente:

El señor Nelson Fernández Luna, se vinculó al servicio docente, así:

Fue nombrado en el cargo de Director de la Escuela Rural Mixta La Cuchilla, por Decreto No. 18 de 2 de mayo de 1981, proferido por el alcalde municipal de Mercaderes, Cauca, del que tomó posesión el 9 de mayo de 1981.

Por Decreto 39 de 30 de septiembre de 1981, del alcalde municipal de Mercaderes, Cauca, se declaró la interinidad del personal docente municipal.

Por Decreto No. 43 de 25 de agosto de 1982, proferido por el alcalde municipal de Mercaderes, Cauca, se ratificaron los docentes de educación municipal pre – escolar y primaria.

Y fue nombrado en propiedad por Decreto 38 de 30 de mayo de 1992, emitido por el alcalde municipal de Mercaderes, Cauca.

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, al personal docente vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se le respetaría el régimen prestacional que tenía en las entidades territoriales en las que estaba vinculado.

El actor tuvo una vinculación de carácter municipal, con cargo al presupuesto del municipio de Mercaderes, Cauca.

El alcalde del municipio de Mercaderes, suscribió un convenio interadministrativo con el Ministerio de Educación y el Ministerio de Hacienda, en el que se comprometió a cumplir las condiciones impuestas, para afiliar a los docentes municipales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el oficio No. FPSM 623 de 24 de febrero de 2014, se negó el reconocimiento de sus cesantías parciales con retroactividad.

Por Resolución No. 62 de 10 de enero de 2014, se liquidaron las cesantías parciales con el régimen de anualidad. *Fls. 2 y siguientes*

2. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 30 de julio de 2014, repartida al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, donde fue admitida y debidamente notificada a las partes. *Fls. 49 y siguientes.*

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Segunda instancia

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**, contestó la demanda, a través de apoderado, en tiempo oportuno.

En la contestación se opuso a las pretensiones y dijo estarse a lo que resulte probado sobre los hechos expuestos.

Aclaró que a los docentes los ampara un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003, en el que se prevé una forma especial de liquidación de las cesantías. En este sentido, transcribió el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, de los que desprendió que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, tienen derecho a las cesantías bajo el régimen anualizado, sin retroactividad. Indicó que pretender lo contrario, es inconstitucional e ilegal.

Luego, expuso que el FNPSM es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica; y destacó que el pago de las cesantías se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal para el efecto. Al respecto, citó y transcribió apartes de la sentencia T 228 de 1997.

Por último, adujo que las peticiones resueltas por el ente territorial no tienen la voluntad de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Propuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva, prescripción y pago de la obligación. *Fls. 62 y siguientes*

El **departamento del Cauca** contestó la demanda, por fuera de la oportunidad legal. *Fls. 77 y siguientes.*

4. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

En la audiencia inicial, en la etapa pertinente, se difirió la resolución de las excepciones al momento del fallo. Ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó sentencia.

5. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2016, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, así:

Declaró la nulidad del Oficio No. 623 de 24 de febrero de 2014, emitido por la Secretaría de Educación del departamento del Cauca, en nombre y representación del Fondo, por el cual se negó el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías al actor, *“ya que su fecha de vinculación es del 30 de mayo de 1992”*.

Ordenó a la entidad demandada, corregir el régimen de liquidación de cesantías del actor, y que aplique el régimen de retroactividad.

Dispuso que al momento de liquidar las cesantías, definitivas o parciales, del actor, se realice la liquidación con aplicación del régimen retroactivo y se descuenten las sumas canceladas por concepto de cesantías parciales anualizadas que se hayan reconocido y pagado.

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Segunda instancia

Declaró no probadas las excepciones de: prescripción y de falta de legitimación en la causa de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa del departamento del Cauca. *Fls. 140 y siguientes.*

6. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**, apeló la sentencia en tiempo oportuno.

En el recurso, aclaró que a los docentes los ampara un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003, en el que se prevé una forma especial de liquidación de las cesantías. En este sentido, transcribió el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, de los que desprendió que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, tienen derecho a las cesantías bajo el régimen anualizado, sin retroactividad. Indicó que pretender lo contrario, es inconstitucional e ilegal.

Luego, expuso que el FNPSM es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, y destacó que el pago de las cesantías se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal para el efecto. Al respecto, citó y transcribió apartes de la sentencia T 228 de 1997.

Por último, adujo que si bien se hizo una petición previa ante el ente territorial, faltó dicha petición para demandar en su contra. *Fls. 187 y siguientes.*

7. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Interpuesto el recurso, se celebró la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 del CPACA, que se declaró fracasada. En consecuencia, el recurso se concedió y fue admitido; y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para que aleguen de conclusión y emita el concepto, respectivamente.

La entidad demandada alegó a folios 14 y siguientes. Y el Ministerio Público conceptuó a folios 18 y siguientes, que se confirme la sentencia.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2016, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo probado, los actos administrativos demandados, la sentencia y el cargo de la apelación

Según los elementos allegados al proceso, se sabe que el señor Nelson Fernández Luna, tomó posesión del cargo de Director de la Escuela Rural Mixta La Cuchilla, para el cual fue nombrado por Decreto No. 18 de 2 de mayo de 1981, emitido por la alcaldía municipal de Mercaderes, Cauca. Esto según copia del acta de posesión a folio 17.

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda instancia

Posteriormente, fue nombrado en el mismo cargo, por Decreto No. 32 de 3 de septiembre de 1981, proferido por la alcaldía municipal de Mercaderes, Cauca, que reposa a folio 18.

Fue declarado en interinidad, en el mismo cargo, por Decreto No. 39 de 30 de septiembre de 1981, de la alcaldía municipal de Mercaderes, Cauca, que consta a folio 19.

Fue ratificado en el cargo, por Decreto No. 43 de 25 de agosto de 1982, emitido por la alcaldía municipal de Mercaderes, Cauca, visible a folio 20.

Fue trasladado a otra escuela, por Decreto No. 44 de 7 de septiembre de 1983, de la alcaldía municipal de Mercaderes, Cauca, a folio 22.

Fue trasladado nuevamente, por Decreto 34 de 31 de agosto de 1984, proferido por la alcaldía municipal de Mercaderes, Cauca, que está a folio 23.

Fue ratificado en el cargo, en los siguientes decretos: No. 33 de 25 de agosto de 1985, No. 17 de 29 de agosto de 1986, No. 54 de 20 de agosto de 1988, No. 35 de 8 de septiembre de 1989, emitidos por la alcaldía municipal de Mercaderes, Cauca, a folios 24 y siguientes.

Fue nombrado en propiedad, en el cargo de docente de la Escuela Nacionalizada Rural Mixta Tablones Bajos, por Decreto No. 38 de 30 de mayo de 1992, emitido por el alcalde municipal y el director de núcleo de la época, cargo del que tomó posesión el mismo día; según copia del decreto y del acta de posesión, a folios 30 y siguientes.

La vinculación anterior, del señor Nelson Fernández Luna, como docente municipal, desde el 2 de mayo de 1981 hasta el 30 de mayo de 1992, se corrobora con certificación de la alcaldía municipal de Mercaderes Cauca, a folio 34, y con el certificado de tiempo de servicios a folios 105. En este último se indica que para ese período no se encontró acto administrativo de retiro del servicio.

Al señor Nelson Fernández Luna, se le liquidaron y cancelaron las cesantías bajo el régimen de retroactividad, por el tiempo prestado en el municipio, desde el 2 de mayo de 1981 hasta el 30 de mayo de 1992; según se hizo constar por la secretaría de gobierno municipal de Mercaderes, Cauca, a folio 32, y se constata con la copia de la liquidación a folio 33.

Además, se sabe que se le han reconocido cesantías parciales, por el tiempo de servicios desde el 30 de mayo de 1992 en adelante, bajo el régimen anualizado, según las resoluciones No. 1011 de 30 de abril de 2010 y No. 62 de 10 de enero de 2014, a folios 117 y 45, respectivamente.

El 7 de febrero de 2014, solicitó el cambio de régimen de cesantías, lo que fue resuelto por la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca, en el oficio demandado, No. 623 de 24 de febrero de 2014, en el que, luego de citar la normatividad pertinente, se aclara que en el convenio suscrito por el municipio, se determina que el régimen aplicable a los docentes, entre los que está incluido el actor, es el anualizado. Copia de la solicitud y del acto demandado está a folios 14 y 15 del cuaderno principal.

3. La regulación normativa de las cesantías

El auxilio de cesantías, es un derecho del trabajador, de creación legal, que tiene por objeto cubrir la cesación del empleo, o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda.

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Segunda instancia

La jurisprudencia, a partir de la normatividad, delimita que existen tres sistemas de liquidación de las cesantías:

- i) El sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996;
- ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador, y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998;
- iii) El sistema del Fondo Nacional de Ahorro el cual rige para los servidores que a él se afilien, y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.

La regulación normativa de estos sistemas de liquidación, se resume de la siguiente manera:

La Ley 6 de 1945, en su artículo 17, estableció el sistema retroactivo de liquidación de cesantías, a favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. La Ley 65 de 1946, en su artículo 1, extendió dicha prestación a los trabajadores del orden territorial y a los particulares. Esta disposición fue reiterada por el artículo 1º del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947.

El Decreto 3118 de 1968, por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, desmontó el sistema retroactivo de liquidación de las cesantías, para dar paso al sistema de liquidación anual, con el pago de intereses para el trabajador, para la rama ejecutiva del orden nacional.

Consecuentemente, el auxilio de cesantía en el orden territorial continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

Luego, la Ley 344 de 1996, en su artículo 13, ordenó que las personas que se vinculen a partir de su vigencia "*a todos los órganos y entidades del Estado*" se regirían por el sistema de liquidación anual de cesantías.

De manera que, con la entrada en vigor de esta Ley 344 de 1996, se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, esto es, que respecto de los servidores vinculados con anterioridad a su vigencia, se mantuvo el régimen retroactivo de cesantías.

La Ley 432 de 29 de enero de 1998, en su artículo 5, estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro para los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, y la posibilidad de que así lo hicieran los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Segunda instancia

El Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto, reglamentó ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías en el ámbito territorial, así:

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998".

El Decreto 1252 de 2000, dispuso que *"los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional".*

4. Disposiciones especiales para las cesantías de los docentes

Para las cesantías de los docentes, debe tenerse en cuenta las siguientes disposiciones especiales:

La Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales.

En el parágrafo, del artículo 2, se advirtió que las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de su promulgación, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional. Y que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de su promulgación, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

En el artículo 15 se dispuso que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial. Y que a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En forma específica, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y para las cesantías de los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

De las anteriores normas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección A, en pronunciamiento de 30 de noviembre de 2017, radicado 4992-15, concluyó:

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Segunda instancia

i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En similar sentido en providencia de 31 de mayo de 2018, radicado 4331-15, se señaló que a todos los docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990 se les aplica el sistema anualizado de cesantías.

También en Sentencia de Unificación CE SUJ2 de 14 de abril de 2016, sobre la prima de servicios docente, se explicó que la intención de la Ley 91 de 1989, fue unificar el sistema laboral – prestacional de los docentes oficiales a partir de 1 de enero de 1990, sin desconocer los derechos adquiridos por disposición de las entidades territoriales a las que estuvieran adscritos.

Y este Tribunal, consideró que Ley 91 de 1989 reguló el régimen de cesantías para los docentes, y que la Ley 344 de 1996 los excluyó de su aplicación, de forma que a los docentes vinculados a partir de 1990, en cesantías se les aplica el régimen anualizado sin retroactividad.

De lo que se deduce que en materia de cesantías, a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les respetaría el régimen prestacional aplicable en la respectiva entidad territorial, y a los docentes vinculados desde 1990, sin distinción de su vinculación, se les aplicaría el régimen de cesantías de los empleados del orden nacional, sin que esto se haya visto repercutido por la Ley 344 de 1996. En otras palabras, las cesantías de los docentes territoriales o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se rigen por el sistema de retroactividad, y las cesantías de los docentes nacionales y de los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

5. Del caso concreto

En el acto administrativo demandado, se tuvo en cuenta que el señor Nelson Fernández Luna ostenta una vinculación como docente municipal, desde el año 1992 en adelante, por lo que le es aplicable el régimen anualizado de cesantías, y no tiene derecho al régimen de retroactividad. Aquél pretende que para el reconocimiento de sus cesantías, se aplique el régimen de retroactividad, porque tiene una vinculación al servicio docente de carácter municipal, desde el año 1981, esto es, anterior a la Ley 344 de 1996, y que no se aplique el régimen anualizado. La A quo accedió a lo anterior, para lo que asentó que el señor Nelson Fernández Luna tiene una vinculación en propiedad a partir del año 1992, anterior a la ley invocada. En el recurso de apelación se insiste en que a los docentes se les aplica un régimen anualizado de cesantías, a partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989, como es el caso del actor, con vinculación posterior al año 1994. En este escenario, a la Sala le corresponde, en su función de Ad quem, decidir si para el reconocimiento de las cesantías del señor Fernández Luna se debe aplicar el régimen anualizado o el régimen retroactivo.

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda instancia

Para resolver este tipo de asuntos, el Consejo de Estado y este Tribunal, tienen establecido que i) a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 91 de 1989, se les respeta el régimen prestacional que tenían en la entidad territorial a la que estaban vinculados, y que ii) a los docentes vinculados con posterioridad a dicha ley, se les aplica en materia de cesantías el régimen anualizado. En este último evento, la aplicación del régimen anualizado se hace sin distinción del tipo de vinculación del docente. Esto para destacar que el régimen anualizado de cesantías se aplica incluso a los docentes territoriales vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 91 de 1989; en el entendido que los docentes fueron excluidos de la Ley 344 de 1996 en cuanto a la conservación del régimen retroactivo de cesantías, que esta ley sí respetó para los demás empleados territoriales de la administración.

Descendiendo al caso concreto, quedó probado que el actor ostenta una vinculación docente de carácter territorial desde el año 1981 en adelante, que se hizo por acto de nombramiento y posesión, lo que significa que se trató de una vinculación legal y reglamentaria, en la que el reconocimiento de las cesantías se hizo con el régimen de retroactividad. La vinculación aludida está demostrada con la copia de las actas de posesión y de los decretos arriba relacionados. Y que por esa vinculación se reconocieron las cesantías con el régimen de retroactividad quedó acreditado con la certificación de la autoridad municipal, que también fue expuesta.

Además, el actor fue nombrado en propiedad en el cargo docente, en una escuela nacionalizada, desde el año 1992 en adelante, que también se efectuó por acto de nombramiento y posesión, es decir, que fue una vinculación legal y reglamentaria, en la que el reconocimiento de las cesantías se hizo bajo el régimen de anualidad. Esta vinculación se demostró con copia del acto de nombramiento y de la posesión, y la aplicación del régimen de anualidad se desprende de los actos administrativos de reconocimiento de cesantías parciales que constan en el plenario.

Lo anterior significa, para esta Sala, que el actor tiene una vinculación docente de carácter territorial desde el año 1981 en adelante, de forma ininterrumpida, sin haber sido modificada por el acto de nombramiento en el año 1992, porque no hubo solución de continuidad o rompimiento del vínculo laboral. En este sentido, debe decir la Sala que, según los certificados de tiempos de servicios, el actor estuvo vinculado entre el año 1981 hasta el 28 de mayo de 1992, y desde el 30 de mayo de 1992 en adelante. Respecto del retiro de servicio en mayo de 1992, en el certificado a folio 105 se dijo que no se encontró el acto administrativo correspondiente. Empero, se sabe que en ambos períodos el actor ocupó el cargo como docente en propiedad, y no puede considerarse la pérdida de la continuidad en el servicio, porque entre una y otra vinculación solo trascurrieron dos días.

De suerte que, al tratarse de un docente de vinculación territorial desde el año 1981, conserva el régimen de retroactividad para el reconocimiento y la liquidación de sus cesantías, según el criterio legal y jurisprudencial expuesto, según el cual, la Ley 91 de 1989, respeta el régimen prestacional de los docentes territoriales vinculados con anterioridad a su vigencia.

Para la Sala no es de recibo el argumento contenido en el oficio demandado, atinente a que existe un convenio entre el alcalde municipal y la Nación – Ministerio de Educación, en el que se vincularon a los docentes municipales, entre estos al actor, al FNPSM, convenio en el que se determinó que el régimen aplicable en materia de cesantías sería el anualizado.

Este planteamiento no es compartido por esta Sala, por dos razones: i) porque no se allegó copia del convenio aludido, por lo que no se conocen sus estipulaciones en materia de

Expediente: 19001 33 31 006 2014 00329 01
Actor: NELSON FERNÁNDEZ LUNA
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FNPSM - OTRO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda instancia

reconocimiento de cesantías, y ii) porque el régimen de cesantías aplicable a los docentes está determinado por la ley, siendo aplicable la Ley 91 de 1989 que, se itera, dispone la conservación del régimen retroactivo de cesantías a los docentes territoriales vinculados con anterioridad a su vigencia, como es el caso del señor Nelson Fernández Luna, que ostenta una vinculación docente territorial desde el año 1981 en adelante. Por esta misma razón no prosperan los cargos de la apelación.

Por lo anterior, la Sala encuentra que el señor Nelson Fernández Luna tuvo una vinculación al servicio docente de carácter territorial desde el año 1981 en adelante, por lo que, a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, conservó el régimen de cesantías retroactivo, como se dejó expuesto.

6. Conclusión

Se confirmará la sentencia, por las razones anotadas.

7. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone:

La Sala se abstendrá de condenar en costas de esta instancia, por no estar demostradas, ya que la parte actora no intervino ante esta corporación.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo de Cauca administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

F A L L A

PRIMERO.- Confirmar la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2016, en el asunto de la referencia, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, según lo expuesto.

SEGUNDO: Sin condena en costas de esta instancia, según lo expuesto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

Los Magistrados


CARLOS H. JARAMILLO DELGADO


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO