



Despacho

39-41

2c

~~XXI~~

OK

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

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA No. 116

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-33-005-2017-00049-01
Demandante: Jorge Eliécer Velasco Palomino
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros.
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 16 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fol. 3-4 c. ppal. 1)

Jorge Eliécer Velasco Palomino, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. Nos. 201517001126034 de 27 de diciembre de 2015, que reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas del demandante, 201561700056714 de 13 de junio de 2016, que resolvió el recurso de reposición y la 20161800122944 de 15 de septiembre de 2016, que declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución que reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en su favor.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar el auxilio de cesantías al actor, desde el 9 de febrero de 1987, bajo el régimen de cesantías retroactivas.

Que los valores reconocidos sean indexados conforme al IPC, incluyendo el reconocimiento de los intereses sobre las sumas dejadas de percibir.

1.2. Como HECHOS, alegó los siguientes: (fol. 4-8 c. ppal. 1)

Que fue nombrado como profesor de horas cátedra, entre febrero de 1987 y octubre de 1993.

Que mediante Decreto No. 0752 del 29 de octubre de 1993, fue nombrado en propiedad en el cargo de Profesor de Tiempo Completo en el Colegio San Antonio de Padua de Timbío-Cauca; nombramiento realizado luego de la conversión de horas cátedra en Plantas Docentes de Tiempo Completo.

Que de manera reiterada solicitó se corrigiera la anotación en la que figuraba como docente nacional, situación que al no ser atendida, ha ocasionado inconvenientes en el reconocimiento de las prestaciones sociales del demandante.

Que su calidad de docente territorial se encuentra acreditada con el hecho de que el departamento del Cauca aceptó la cuota parte exigida por el municipio de Popayán para el reconocimiento de la pensión; sin embargo, el reconocimiento de las cesantías definitivas, según se observa en la Resolución No. 20151700126034 de 27 de diciembre de 2015, se efectuó como docente nacional.

Que el 1º de febrero de 2016, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; el primero fue resuelto de manera desfavorable mediante Resolución No. 201561700056714 de 13 de junio de 2016, y el segundo, declarado improcedente con la Resolución No. 22944 de 15 de septiembre de 2016.

Que como su vinculación desde el año 1987, se llevó a cabo en centros educativos nacionalizados su calidad es la de Territorial-nacionalizado y no Nacional, por lo que tiene derecho a percibir cesantías bajo el régimen de retroactividad.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

1.3.1 NORMAS VIOLADAS:

Constitucionales: 1, 2, 13, 23, 25, 29 y 53.

Legales: leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985, 71 de 1988, 91 de 1989, 238 de 1995, 812 de 2003, 962 de 2005, 1437 de 2011.

Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 81 de 1976, 1045 de 1978, 2277 de 1979, 3238 de 2004 y 2831 de 2005.

1.3.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Que las cesantías se constituyen, conforme a la normativa constitucional citada, en un derecho laboral de carácter irrenunciable, cuyo contenido fue desconocido al no reconocérsele que era beneficiario del régimen de retroactividad.

Que según la fecha y tipo de vinculación, debe considerarse como docente del nivel territorial y por tanto tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías, desconociendo también que se trata de un derecho adquirido de manera legítima, que debe ser respetado en aplicación del principio de proporcionalidad constitucional.

2. LA CONTESTACIÓN

2.1. De la Nación–Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fol. 125-127 c. ppal. 1).

Que a los docentes los cobija un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, modificada por la 812 de 2003, en el que se prevé una forma de liquidación especial de sus cesantías, que es diferente al de los demás servidores.

Que, de conformidad con la Ley 91 de 1989, en especial con su artículo 15, se tiene que el régimen de pago retroactivo sólo es viable frente a docentes vinculados antes del 1º de enero de 1990, fecha después de la cual las cesantías se pagan con el régimen de anualidad, sin que haya excepción alguna al respecto.

2.2. Del municipio de Popayán (fol. 147-154 c. ppal. 1)

Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que carecen de fundamento fáctico y jurídico, ya que además de que en la demanda se omitió precisar cuáles eran los hechos en que se soportaban las pretensiones frente al ente territorial, conforme a las normas que rigen la materia, la llamada a comparecer respecto del reconocimiento, determinación y pago de las cesantías definitivas del demandante era la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. SENTENCIA APELADA (fol. 170-185 c. ppal. 1)

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán mediante sentencia del 16 de agosto de 2018, accedió a las pretensiones de la

demanda, argumentando que el régimen que de cesantías aplicable es el retroactivo, en los términos en literal a) del numeral 3° del art. 15 de la Ley 91 de 1989.

Que el actor fue nombrado para prestar sus servicios docentes, bajo la modalidad de horas cátedra, entre febrero de 1987 y el 09 de octubre de 1993; fecha a partir de la cual, mediante Decreto 0752 de 1993, se convirtieron las horas cátedra en plazas docentes de tiempo completo, siendo nombrando en propiedad como profesor de tiempo completo.

Que ostenta la calidad de nacionalizado, *“independiente de que el acto haya sido proferido y suscrito por el Gobernador y el FER, por lo que en este orden de ideas está demostrado probatoriamente que la vinculación del actor ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 en calidad de docentes nacionalizado”*.

Que la vinculación como docente horas cátedra entre 1987 y 1993, debía tenerse en cuenta para efectos prestacionales, tal y como lo plantea el Consejo de Estado en el caso de la pensión gracia.

4. LA APELACIÓN (fol. 191-192 *ib.*)

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, manifestó su desacuerdo frente a la sentencia de primera instancia, al considerar que el sistema de cesantías de los maestros que ingresaron al servicio docente con posterioridad al 1° de enero de 1990 se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 3° ordinal b), que prevé el reconocimiento y pago de *“un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El actor solicitó la confirmación del fallo apelado, reiterando que según la fecha y tipo de vinculación, debía considerarse como docente territorial y, por tanto, tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías (fol. 13-20 c. segunda instancia).

La Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fol. 21-24. c. segunda instancia).

El municipio de Popayán recalcó que la entidad llamada a responder en el presente asunto, es el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que debía ser declarada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (fol. 25-27 ib.).

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público delegada ante esta Corporación no presentó concepto de fondo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. EL EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN

Se pretende la nulidad de las Resoluciones Nos. 20151700126034 de 27 de diciembre de 2015, 201561700056714 de 13 de junio de 2016 y 20161800122944 de 15 de septiembre de 2016, esta última notificada personalmente el 28 de septiembre del mismo año (fol. 22 vto. c. ppal. 1). La parte tenía, en principio, hasta el 29 de enero de 2017, para interponer la demanda. Como radicó la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 17 de noviembre de 2016 (cuando le faltaban 2 meses y 12 días), audiencia que se declaró fracasada el 16 de enero de 2017 (fol. 28 c. ppal. 1), y presentó la demanda el 23 de febrero del mismo año (fol. 102 ib.), se concluye que se intentó dentro de los cuatro (4) meses de que trata el literal "d" del artículo 164.2 del CPACA.

3. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra limitada "a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único".¹

¹ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 abril de 2018, Radicación: 05001 2331 000 2001 03068 01, exp. 46005.

Circunstancia que aparece consignada en los artículos 320² y 328³ del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada, siempre que estén en consonancia con los cargos de la demanda y la *causa petendi* determinada en la misma.

Atendiendo al argumento de apelación, corresponde a la Sala determinar si como lo precisó la primera instancia, el demandante tienen derecho a que sus cesantías le sean liquidadas y reconocidas con aplicación del régimen de retroactividad.

4. EL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS PARA LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989 "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", en su artículo 1º, realizó la clasificación de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales; en el artículo 2º estipuló 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; por su parte el artículo 4º previó que el personal docente debe ser automáticamente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al cual corresponde atender las prestaciones sociales de los nacionales y los nacionalizados. Las normas señaladas rezan 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.

² ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

³ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]»Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º 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 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.⁴

(...)

Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera: 1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

(...)

Artículo 4º. "El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá 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 2, 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 de requisito económico de afiliación (...)"

Ya en relación con el régimen prestacional, dice en su artículo 15, numeral 1º:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Específicamente en relación con el tema del auxilio de cesantías en el numeral 3º del artículo 15, dispone:

⁴ Artículo 10º de la Ley 43 de 1975.- "En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional."

“A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

De lo anterior, se deduce que la Ley 91 de 1989, tuvo como propósito el respeto por los derechos adquiridos de los docentes vinculados por las entidades territoriales y su afectación por el proceso de nacionalización de la educación, y la fijación de un régimen laboral unificado, que a partir de su promulgación, consistiría en el amparo de aquellos al régimen prestacional de los servidores del orden nacional.

El sistema prestacional de la Ley 91 de 1989, es entendido como un todo, de carácter especial y, como se vio, en su artículo 15, 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; mientras que a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, sin distinción de su vinculación (nacional, nacionalizada o territorial), se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En forma puntual, sobre las cesantías retroactivas, en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se excluyó de su aplicación a los docentes que estuvieran regidos por la Ley 91 de 1989, en la parte en que se prescribe: *“Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías (...).”*

De ello, 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 vinculados a partir del 1º

de enero de 1990, sin distinción de su vinculación, se les aplicaría el régimen de cesantías de los empleados del orden nacional. Tal aspecto no se vio afectado por la Ley 344 de 1996.

Esta posición se ajusta al entendimiento que sobre el tema tiene la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B. En este sentido, en su jurisprudencia esa Corporación explica que respecto de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989 regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

- i) Docentes nacionalizados, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
- ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

En sentencia del 18 de julio de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado⁵, concluyó que *“No le asiste razón al demandante cuando alega que por ser un docente vinculado con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1º de enero de 1990. En conclusión, en el presente asunto, toda vez que el demandante se vinculó (el 3 de febrero de 1994) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, el reconocimiento de sus cesantías se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, el régimen anualizado, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, como lo declaró el a quo”*.

Y en sentencia del 26 de noviembre de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, se reiteró lo siguiente:

“De la lectura de estas normas, se concluyó en la sentencia del 30 de noviembre de 2017 que “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

⁵ Radicación No. 63001-23-33-000-2015-00128-01 (1100-17), CP: William Hernández Gómez
⁶ Radicación número: 20001-23-39-000-2016-00535-01(0469-18), CP: César Palomino Cortes.

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”⁷.

En similar sentido en la providencia del 31 de mayo de 2018 se señaló que a todos los docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990 se les aplica el sistema anualizado de cesantías, así:

“60. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

(...)

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁸, 1848 de 1969⁹ y 1045 de 1978¹⁰, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996¹¹ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989 consagró un sistema anualizado, así:

(...)

*62. Así, en virtud de lo dispuesto por la citada Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:*

i) Destinatarios: Docentes (nacionales o nacionalizados) vinculados desde el 1º de enero de 1990);

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período”¹². (Negritas y subrayado del texto original)

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, sentencia del 30 de noviembre de 2017, proceso con radicado 70001-23-33-000-2014-00290-01 (4992-15)

⁸ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

¹⁰ «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.»

¹¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 20001-23-33-000-2014-00111-01 (4331-15)

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.

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 1° enero de 1990 se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

5. CASO EN CONCRETO

En la primera instancia se accedió a las pretensiones encaminadas a la aplicación del régimen retroactivo de cesantías, aduciendo que la vinculación como docente horas cátedra entre 1987 y 1993, debía tenerse en cuenta para efectos prestacionales y, por ende, debía entenderse que fue anterior a la expedición de la Ley 91 de 1989, de manera que no le resultaba aplicable el régimen de anualidad establecido por la entidad demandada.

Tal decisión fue cuestionada por la demandada al indicar que el sistema de cesantías de los maestros que ingresaron al servicio docente con posterioridad al 1° de enero de 1990 se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 3° ordinal b), que prevé el reconocimiento y pago de un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

Según se vio, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹³, los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional que establece un

¹³ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

Así, quienes ingresaron con posterioridad a la fecha señalada, por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad, puesto que por disposición del literal b del artículo 15-3 de la Ley 91 de 1989, los docentes *“que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro”*. (Se subraya).

Conforme a los documentos que reposan en el proceso, se tiene que:

i) Jorge Eliécer Velasco Palomino, estuvo vinculado como docente horas cátedra mediante decretos Nos. 140 de 23 de febrero de 1987; 898 de 30 de septiembre de 1987, 567 de 22 de agosto de 1988, 853 de 30 de septiembre de 1988, 1519 de 29 de septiembre de 1989, 874 de 10 de septiembre de 1990, 1422 de 30 de septiembre de 1991; y 0273 de 21 de agosto de 1992, a partir del 1º de septiembre de 1992, en el Colegio San Antonio de Padua de Timbío-Cauca.

ii) Mediante Decreto 0752 de 29 de octubre de 1993, fue nombrado en propiedad, para desempeñar el cargo de Profesor de Tiempo Completo en el Colegio San Antonio de Padua de Timbío-Cauca, luego de que se efectuase la conversión de horas cátedra a Plantas Docentes de Tiempo Completo; posesionándose en el cargo el 29 de octubre de 1993, con Acta No. 9709.

Se observa, entonces, que tuvo dos tipos de vinculaciones: una entre los años 1987 y 1993, como docente horas cátedra, y la segunda a partir octubre de 1993, cuando fue nombrado como docente de tiempo completo con ocasión de la conversión de las horas cátedra.

Frente a la primera, debe decirse que, a juicio del Tribunal, no otorga el derecho a que en materia de cesantías se le aplique el régimen de retroactividad, porque fue una vinculación como docente de hora cátedra, modalidad en la que se percibía la remuneración correspondiente únicamente a las horas impartidas y en la que no se tenía contemplada legalmente la causación de cesantías.

Al respecto, el Decreto 524 de 1975, dispone:

“ARTÍCULO 2º.- A partir del 1 de febrero de 1975, el profesor externo que preste sus servicios por horas, nombrado en establecimientos nacionales percibirán una asignación por hora de clase dictada (...) PARÁGRAFO 1º.- Los nombramientos de profesores externos, y de profesores de horas extras serán sólo por el año lectivo correspondiente”.

Dicha normativa otorgó el derecho a este tipo de docentes, a percibir, además de la asignación básica por las horas efectivamente dictadas, vacaciones remuneradas y la prima de navidad.¹⁴

Empero, en pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, de 22 de julio de 2010, radicado 0664-09, se explicó que los docentes de hora cátedra no tienen derecho al reconocimiento de las cesantías, porque solo perciben lo dispuesto en las normas pertinentes, en las que no se previó dicha prestación a su favor:

“No es posible el reconocimiento de las cesantías equivalentes a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, habida consideración que el artículo 3 del Decreto 52 de 1994 no previó el pago de cesantías para los Docentes vinculados por hora cátedra, cuando advirtió que no tendrán derecho a otras prestaciones sociales diferentes a las previstas en dicha norma y en el Decreto Extraordinario 524 de 1975.

En consecuencia, como la legislación no previó el reconocimiento de la hora cátedra como factor para el pago de las cesantías, el proveído impugnado que negó el reconocimiento del período laborado por hora cátedra para efectos de la liquidación de las cesantías amerita ser confirmado”.

En igual sentido, el Alto Tribunal, mediante sentencia del 7 de febrero de 2019¹⁵, luego de analizar un asunto de similares condiciones sobre esa forma de vinculación al servicio docente, concluyó que:

“No es viable que con ocasión de su prestación de servicios como docente de hora cátedra se le reconozcan cesantías definitivas, pues como se ha visto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 e incluso con posterioridad a su expedición, las normas expresas que regían este tipo de servicios, no regulaban las cesantías como una prestación a la que tuvieran derecho estos empleados.”

¹⁴ En este sentido, puede consultarse el Concepto 1247 de 17 de agosto de 2000, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que, luego de un extenso recuento sobre esa forma de vinculación al servicio docente, concluyó que *“Las normas nacionales - decreto 524 de 1975 - reconocían el derecho del profesor externo o por horas a disfrutar de vacaciones remuneradas y a devengar prima de navidad, similares a las del personal docente de tiempo completo”.*

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicación No. 08001-23-33-000-2013-00218-01(4258-14), C.P. William Hernández Gómez.

De esta manera, como Jorge Eliécer Velasco Palomino se vinculó como docente de hora cátedra entre 1987 y 1993, vinculación para la cual la ley no prevé la causación de cesantías, no puede concluirse que haya causado el derecho al régimen de retroactividad de cesantías, al punto de conservarlo al haber sido vinculado posteriormente como docente en propiedad en el año 1993. En otras palabras, si no tiene derecho a las cesantías, no hay lugar a discutir el régimen de retroactividad o de anualidad.

Si bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa, predica que a los docentes ocasionales o de cátedra, debe darse igual tratamiento que a los docentes vinculados de tiempo completo, lo cierto es que dicho razonamiento ha sido aplicado en asuntos distintos al *petitum* y a la *causa petendi* de la demanda de la referencia, como por ejemplo, en casos de contrato realidad. Además, como la ley no prevé la causación de cesantías para los docentes vinculados por hora cátedra, no se está en presencia de un derecho mínimo laboral reconocido en la ley, por lo que no cabe el principio de irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales contemplados en la ley. Y si bien el Consejo de Estado, en sentencia de unificación, explicó que la experiencia docente de una persona vinculada por hora cátedra, es válida para el reconocimiento de la pensión gracia, lo cierto es que esto encontró fundamento en la normatividad especial que rige esta pensión, y no significa el reconocimiento de otras prestaciones a los docentes vinculados por hora cátedra.¹⁶

Así, en criterio de la Sala, la vinculación del actor como docente de hora cátedra desde 1987 hasta el año de 1993, no le otorgó el derecho al régimen retroactivo de cesantías.

Por el contrario, como se incorporó como docente de tiempo completo en el año de 1993, esto es, con posterioridad a la vigencia de la Ley 91 de 1989 - 1° de enero de 1990-, se encuentra inmerso en el régimen de anualidad, y por tanto, no le asiste derecho al reconocimiento de la calidad de beneficiario del régimen de retroactividad, tal y como se resolvió en el acto administrativo demandado.

No resulta posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto, que, como lo puntualizó el Consejo de Estado, los docentes

¹⁶ Así lo concluyó recientemente este Tribunal en sentencias del 11 de abril de 2019, expediente: 19001 23 33 003 2017 00067 00, actor: Gerardo Chavarro Mejía, y del 16 de mayo de 2019, expediente: 19001 33 33 006 2017 00212 01, actor: JOSÉ OSCAR PAJA y OTROS; ambas con del magistrado Carlos Hernando Jaramillo Delgado.

ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su condición de empleado público.

Ello aunado al hecho de que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, excluyó de su aplicación a los docente vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1º de enero de 1990.

Por lo anterior, se revocará el fallo de instancia y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

6. CONDENA EN COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso, señala: *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda (...)”*.

Sin embargo, dado que en estos asuntos se presentó un cambio jurisprudencial, considera la Sala razonable no condenar en costas a la parte recurrente.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia emitida el 16 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán. En su lugar se dispone:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda al tenor de lo expuesto.

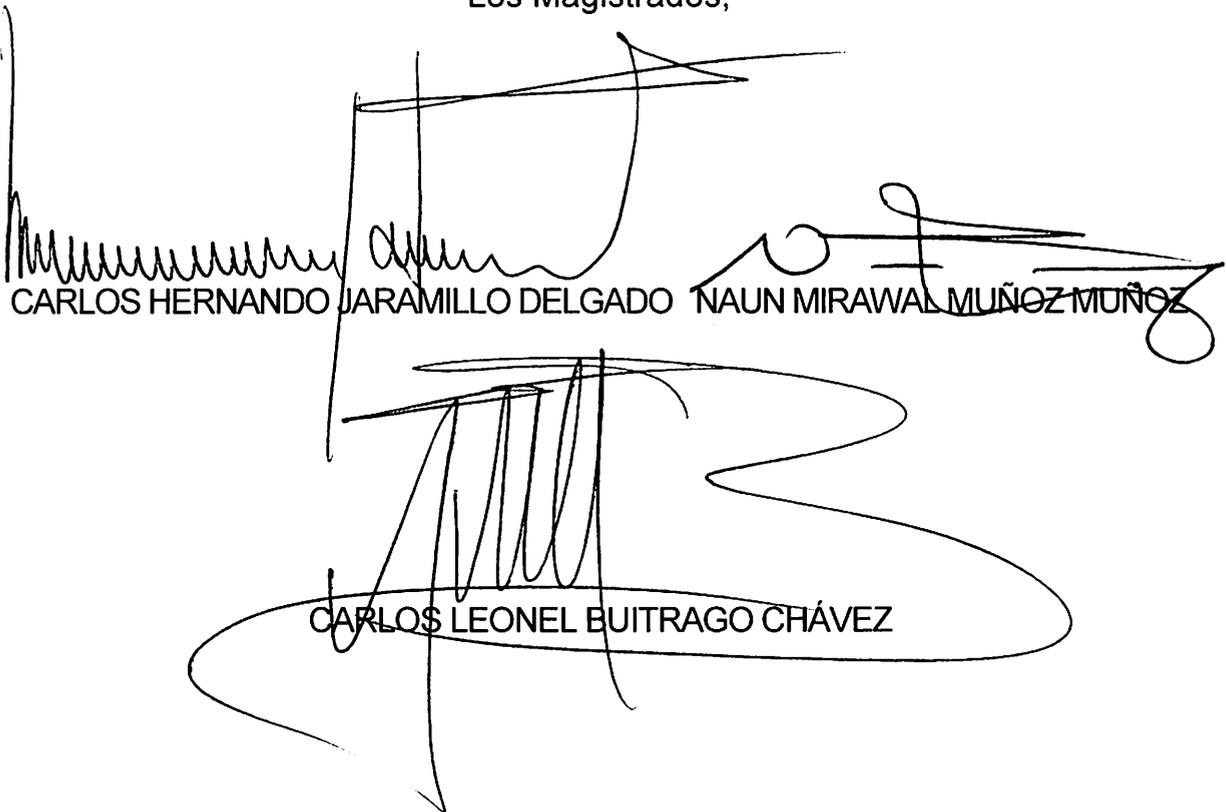
SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ