



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

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA No. 100

Popayán, cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez  
Radicación: 19001-33-33-009-2017-00460-01  
Demandante: Esperanza Lulú Fernández Gaviria  
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 demandante contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

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

1.1. PRETENSIONES (fol. 2 c. ppal. 1)

Esperanza Lulú Fernández Gaviria, solicita que se declare la nulidad parcial del oficio 4.0-2017-3276 del 16 de mayo de 2017, expedido por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, mediante las cuales se negó el reconocimiento de la retroactividad de las cesantías.

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 retroactivo, liquidado con el promedio del último salario devengado por la actora, a razón de un mes de salario por año de servicios.

Que los valores reconocidos sean indexados conforme al IPC, incluyendo el reconocimiento de los intereses causados a partir de la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

JXXI

OLU

## 1.2. Como HECHOS, alegó los siguientes: (fol. 1-2 c. ppal. 1)

Que en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento de las cesantías retroactivas, petición que fue negada mediante oficio No. 4.0-2017-3276 del 16 de mayo de 2017.

Que el sistema de liquidación definitiva anual y sin retroactividad creado por la Ley 50 de 1990, cobija a los servidores públicos del orden territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998, y que como se vinculó con anterioridad esa fecha, tiene derecho al reconocimiento de sus cesantías de forma retroactiva, como lo dispone la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1582 de 1998 que modificó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

## 1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

### 1.3.1 NORMAS VIOLADAS:

Constitucionales: 1, 2, 53, 58, 93 y 209.

Legales: Ley 4 de 1992, Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 1 y 3 "a", Ley 60 de 1993 artículo 6, Ley 6 de 1945, Ley 344 de 1996 artículos 13 y 14, Decreto 1582 de 1998.

### 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 reconocérseles que eran beneficiarios del régimen de retroactividad, con base en el que se debe pagar un mes de salario por cada año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales pagados por última vez, y que debe ser reconocido a los servidores territoriales vinculados antes del 30 de diciembre de 1996, pues, a partir del día 31 de ese mismo mes y año, aplica el régimen de anualidad e intereses de la Ley 50 de 1990; por tanto, y teniendo en cuenta se vinculó a la administración con anterioridad a la vigencia de dicha norma es titular de tal derecho.

## 2. LA CONTESTACIÓN (fol. 41-43 c. ppal. 1)

La Nación–Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando en síntesis lo siguiente:

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.

### 3. SENTENCIA APELADA (fol. 81-84 c. ppal. 1)

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán mediante sentencia del 28 de febrero de 2019, denegó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, expuso que la actora no tenía derecho a la aplicación del régimen retroactivo de cesantías, debido a que su vinculación fue posterior al 1º de enero de 1990, fecha a partir de la cual debe aplicarse el régimen de anualidad, implementado mediante la Ley 91 de 1989 para los docentes.

### 4. LA APELACIÓN (fol. 91 ib.)

La parte actora la interpuso alegando que no hay una posición pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que por ende debe aplicarse el principio de favorabilidad para acoger las pretensiones de la demanda.

Que quienes se vincularon con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 344 de 1996, son beneficiarios del régimen de retroactividad en las cesantías.

### 5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

### 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

Aquí se demanda la nulidad del oficio No. 4.0-2017.3276 del 16 de mayo de 2017, con fecha de despacho del día 18 del mismo mes y año, que negó la aplicación del régimen de retroactividad a las cesantías de la parte actora, respecto del cual no obra constancia de notificación en el expediente.

Si bien, en principio, resultaría pertinente establecer cuándo ocurrió la notificación por conducta concluyente –artículo 72 del CPACA-, lo cierto es que, incluso, contabilizando el término desde la fecha en que se remitió el acto, se concluye que la demanda fue interpuesta en término.

En efecto, como el acto enjuiciado fue despachado el 18 de mayo de 2017 (fol. 18 c. ppal. 1), la parte tenía, en principio, hasta el 19 de septiembre para interponer la demanda. Como radicó la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 12 de junio de 2017 (cuando le faltaban 3 meses y 7 días), audiencia que se declaró fracasada el 28 de julio del mismo año (fol. 21 c. ppal. 1), y presentó la demanda el 03 de noviembre de 2017 (fol. 23 *ib.*), se concluye que se intentó dentro de los cuatro (4) meses de que trata el literal “d” del artículo 164.2 del CPACA, ya que los 3 meses y 7 días del término de caducidad que estaban suspendidos, corrían hasta el 05 de noviembre de 2017.

### 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”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 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 320<sup>2</sup> y 328<sup>3</sup> 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 la demandante tiene derecho a que sus cesantías le sean liquidadas y reconocidas con aplicación del régimen de retroactividad, dada su vinculación como docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996.

#### 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.*

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> ARTÍCULO 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.<sup>4</sup>*

*(...)*

*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.”*

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

---

<sup>4</sup> 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 Estado<sup>5</sup>, 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 Estado<sup>6</sup>, 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*

<sup>5</sup> Radicación No. 63001-23-33-000-2015-00128-01 (1100-17), CP: William Hernández Gómez

<sup>6</sup> 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”<sup>7</sup>.*

*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 1968<sup>8</sup>, 1848 de 1969<sup>9</sup> y 1045 de 1978<sup>10</sup>, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996<sup>11</sup> 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”<sup>12</sup>. (Negrillas y subrayado del texto original)*

---

<sup>7</sup> 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)

<sup>8</sup> «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.»

<sup>9</sup> «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

<sup>10</sup> «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.»

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

<sup>12</sup> 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)

Significa lo anterior que 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 de los docentes nacionales y de quienes vinculen a partir del 1° enero de 1990, por un sistema anualizado sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

## 5. CASO EN CONCRETO

En la primera instancia se negaron las pretensiones encaminadas a la aplicación del régimen retroactivo de cesantías, para lo cual se adujo que la vinculación de la actora fue posterior a la expedición de la Ley 91 de 1989, de manera que le resultaba aplicable el régimen de anualidad establecido por la entidad demandada.

Tal decisión fue cuestionada por la demandante al indicar que no hay una posición pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que por ende debe aplicarse el principio de favorabilidad para acoger las pretensiones de la demanda, pues, como se vinculó con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 344 de 1996, es beneficiaria del régimen de retroactividad en las cesantías.

Según se vio, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>13</sup>, 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 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 al respectivo acto de nombramiento que reposa en el proceso, se tiene que Esperanza Lulú Fernández Gaviria, fue nombrada por el alcalde de Mercaderes – Cauca, mediante Decreto No. 065A del 1° de septiembre de 1991, como docente en la Escuela Rural Mixta de San Juanito de

---

<sup>13</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mercaderes, cargo del que tomó posesión el mismo día (fol. 14-15 c. ppal. 1).

La actora se vinculó al sector docente con posterioridad al 1° de enero de 1990, de lo que se colige que se encuentra inmersa en el régimen de anualidad, y por tanto, no le asiste derecho al reconocimiento de la calidad de beneficiaria del régimen de retroactividad, según lo dicho.

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 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.

En suma, no puede concluirse que al ingresar al servicio docente con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tenga *per se* derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que el artículo 13 *ibidem* excluyó de su aplicación a los docente vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1° de enero de 1990.

Por lo anterior, se confirmará el fallo de instancia en tanto denegó 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 28 de febrero de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán.

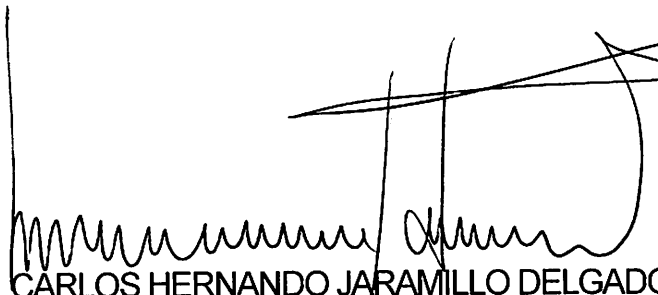
SEGUNDO: Sin condena en costas.


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

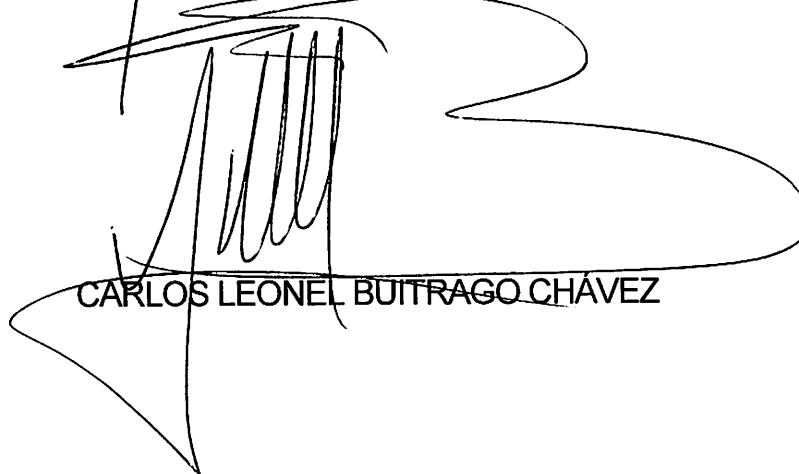
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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