



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Sentencia de primera instancia

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Proceso: 70-001-33-33-000-2017-00339-00

Demandante: Roso de Jesús Atencia Oliva

Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fomag-

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a consignar por escrito la sentencia de primera instancia, cuyo sentido del fallo,¹ fue emitido en la audiencia inicial celebrada el 12 de diciembre de 2018, dentro del proceso de la referencia.

En virtud de lo anterior, decide la Sala en primera instancia, el fondo del proceso de la referencia, que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaura **ROSO DE JESÚS ATENCIA OLIVA** en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**².

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda³.

¹ El sentido del fallo fue desestimatorio de las pretensiones de la demanda.

² En adelante FOMAG.

³ Fol. 15 a 22.

El señor Roso de Jesús Atencia Oliva, por conducto de apoderada judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional y Fomag; **solicitando:**

1. Que se declare la existencia del silencio administrativo negativo, en relación con el derecho de petición radicado el 13 de febrero de 2015, ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías aplicando el Régimen de Retroactividad, y consecuente con ello, la nulidad de acto administrativo.
2. Como consecuencia de lo anterior, se declare que la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación de Sucre-, debe reconocerle el Régimen de Retroactividad, esto es, liquidar las cesantías con dicho régimen, es decir, reconociendo y pagando un (1) mes de salario por cada año de servicio o de manera proporcional, equivalente a la suma de OCHENTA MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$80.864.574), de conformidad con la Ley 6 de 1945, artículo 17, literal a); Ley 65 de 1946, artículo 1º y artículo 6 del Decreto 1160 de 1947, y demás normas concordantes y complementarias; valor que deberá indexarse para el día del pago.
3. Se ordene a la Entidad demandada, que dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la Entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor (IPC), o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.
5. Condenar a la Entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo normado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
6. Condenar en costas y agencias en derecho a la Entidad demandada.

Como **supuestos fácticos** de la demanda, la parte actora expuso los siguientes:

.-Fue nombrado en propiedad, por la alcaldía municipal de Corozal, mediante Decreto N° 144 del 17 de marzo de 1995. Tomando posesión como docente, el día 17 de marzo de 1995.

.-En razón de la vinculación, fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

.-Ha prestado sus servicios interrumpidamente durante veintidós (22) años, un (1) día, lapso comprendido del 17 de marzo de 1995, al 30 de junio de 2017. Para un total de 8023 días.

.-Devengaba en el año dos mil diecisiete (2017) un salario que consta de los siguientes factores salariales según el grado de escalafón 14.

-Sueldo: \$3.120.336
-Prima de navidad: \$261.819.

-Prima de vacaciones: \$125.673
-Prima de servicios: \$120.646
-Total mensual: \$3628.474

.-El 13 de febrero de 2015, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, el reconocimiento del régimen de retroactividad en las cesantías.

.-Mediante Oficio No. SED-LAPF-700-11.03. 2093 del 30 de junio de 2015, la Secretaría de Educación de Sucre, *informó "Por lo tanto es el municipio de Sucre, en este caso el competente de realizar la modificación del convenio de afiliación ante la Fiduprevisora, para que se pueda realizar el cambio de Cesantías"*

.-Radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría, el 31 de marzo de 2017.

.-El día 10 de mayo de 2017, se realizó Audiencia de Conciliación Prejudicial, declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio.

Como **normas violadas**, la parte demandante citó, de la **Constitución Política**: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23º, 25, 53, 58, 228 y 336.-**Legales**: Artículo 2 de la Ley 4 de 1992, artículo 17 de la Ley 6 de 1945, artículos 1 y 2 de la Ley 65 de 1946, artículo 6-paragrafo del Decreto 1130 de 1947, artículo 15 del Decreto 1498 de 1986, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994.

.-**En el concepto de violación**, se expuso que el artículo 1 de la Carta Fundamental, prescribe que Colombia, está organizado como un Estado Social de Derecho, que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos establecidos en la Constitución y la Ley. Por lo tanto al no haber cumplido los términos de la Ley 244 de

1995, nace el derecho para el administrado al reconocimiento y pago de la indemnización allí contemplada.

.-Los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser de un Estado; en este sentido el respeto de los derechos inalienables debe inspirar todas las actuaciones del Estado conforme al artículo 5 de la C.P., el cual también se violentó al negar la indemnización moratoria, reclamada.

.-La Constitución establece como Principio Mínimo Laboral, el mantener los salarios y prestaciones, sin que ellos puedan ser afectados.

.-Que por desconocer la entidad, que el demandante goza de un régimen especial, violó el derecho de que le sean reconocidas y pagadas las Cesantías con Retroactividad, esto es, pagando un (1) mes de salario por cada año de servicio con el último sueldo devengado.

.-Respecto de los docentes territoriales, es preciso hacer referencia a la Ley 60 de 1993, en especial al Decreto 196 de 1995, por el cual se reglamenta el artículo 6 de la citada ley. Tal precepto establece que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, debe ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respetando el régimen prestacional vigente de la entidad territorial que los haya vinculado. Para tal efecto, se tiene que los docentes territoriales, son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

.-En ese orden de ideas, las cesantías de los docentes territoriales vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, se liquidan con retroactividad (*Cita; Consejo de Estado, Sección Segunda,*

sentencia del 10 de febrero de 2011, radicado interno (0088-10), sentencia del 25 de marzo de 2010, radicado interno (0620-09), sentencia del 11 de febrero de 2016, radicado interno (1528-14) y sentencia del 16 de junio de 2016, radicado interno - 4586-2015-).

1.2. Trámite del proceso.-

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 7 de diciembre de 2017 (fl. 23).
- Admisión de la demanda: 22 de enero de 2018 (fl. 25).
- Notificación a las partes: 3 de mayo de 2018 (fls. 30-31).
- Audiencia Inicial: 12 de diciembre de 2018 (fol.xxx.).

1.3. La audiencia inicial.-

En la audiencia inicial celebrada el 12 de diciembre de 2017, se surtieron las etapas procesales de rigor de conformidad con los postulados del artículo 180 de la Ley 14367 de 2011, fijándose el litigio a la luz de las posturas de las partes, proponiéndose como planteamiento jurídico, el que se estudiara más adelante.

En la audiencia, se tuvo por no contestada la demanda, en virtud a la extemporaneidad de su presentación por parte de la entidad demandada.

Igualmente, se incorporaron las documentales aportadas, sin verse necesario el decreto de pruebas adicionales. Razón por la cual, se prescindió de la segunda etapa, por ser un asunto de puro derecho. En virtud de esto, procedió la Sala, previo anunciar el sentido del fallo, a escuchar los alegatos de conclusión de las partes y el concepto del Ministerio Público.

1.4. Los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público.-

1.4.1. La parte demandante⁴: La parte actora señala que, se sostiene en los fundamentos de hecho y de derecho consignados en la demanda, así como los argumentos jurisprudenciales citados en el libelo genitor, además, que reitera cada una de las pretensiones propuestas, con base en que, al demandante le asiste el derecho a que sus cesantías le sean liquidadas conforme al régimen retroactivo, por cuanto su vinculación es anterior al 31 de octubre de 1996, y su nombramiento se hizo por parte de un ente territorial, como lo es, el Municipio de Corozal.

1.4.2. Concepto del Ministerio Público⁵: El agente delegado del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Sucre, solicita en su concepto, que sean concedidas las súplicas de la demanda, en razón a que, la vinculación del docente demandante, es de tipo territorial, aunado a que, la Ley 91 de 1989, no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; igualmente, que respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, la normativa antes dicha estableció una especie de transición normativa y por otro lado, que para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, tanto nacionales como nacionalizados, el ordenamiento jurídico en mención, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

En consecuencia, en virtud del proceso de nacionalización de la educación, previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, quedaron regulados en la Ley 91 de 1989, determinándose de esta manera que, (i) los educadores

⁴ Intervención a partir del min. 18:41, hasta el min. 20:00 (CD-ROM audiencia inicial).

⁵ Intervención a partir del min. 21:00, hasta el min. 25:00 (CD-ROM audiencia inicial).

nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios, mantendrán el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variación en la autoridad nominadora origen de los recursos o presupuesto, y (ii) que los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, nombrados con cargo a la nación, se les aplican las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. Significa lo anterior, que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, esta última fecha, por los efectos del Decreto 196 de 1995, que reglamentó el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, siempre y cuando, conserven el tipo de vinculación, en tanto que para los docentes nacionales y los que se vincularen a partir del 1º de 1990, nombrados con cargo a la nación, los rige un sistema anualizado de cesantías, sujeto a reconocimiento de intereses.

En tal sentido, analizados los documentos aportados en la demanda, se vislumbra, que el tipo de vinculación que tiene el docente demandante con el servicio educativo oficial, es territorial, y que el mismo, se realizó antes del 31 de diciembre de 1996, por lo tanto, se le debe respetar el régimen que lo cobija en cuanto sus prestaciones sociales, lo que implica, que el señor Roso de Jesús Atencia, tiene derecho a un sistema de retroactividad para el pago de las cesantías.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.-

2.2. La competencia. Este Tribunal es competente para decidir de fondo, según las disposiciones del artículo 152 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011.

Cabe advertir, que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo el asunto.

2.3. Actos administrativo demandados.-

Se demanda la nulidad del acto ficto o presunto, por el silencio administrativo negativo, en relación con el derecho de petición, radicado el 13 de febrero de 2015, ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en el cual se solicita el reconocimiento y pago de las cesantías aplicando el Régimen de Retroactividad.

2.4. Problema jurídico.-

Se planteó en audiencia inicial, en la fijación del litigio; si el docente demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, conforme al régimen retroactivo.

Para dar respuesta al anterior planteamiento, la Sala abordará los siguientes temas: **(i)** Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y **(ii)** Solución al asunto, conforme el estudio del marco jurídico y jurisprudencial que rige el tema.

I. Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fomag.-

Con la expedición de la Ley 43 de 1975⁶, se catalogó al servicio público de la educación como una obligación de la Nación, pues con anterioridad a su expedición, este era prestado también por los Departamentos, Distritos e Intendencias y Comisarias; además, dispuso que los gastos ocasionados por dicho servicio serían asumidos por el sector central.

Las cesantías son claramente una prestación social que busca proteger al trabajador, como su nombre lo indica, cuando quede cesante. Por lo anterior, se han regulado varios sistemas de causación, reconocimiento, liquidación y pago, pero con relación al último punto, el pago, siempre se busca que se consiga el fin perseguido, limitando el mismo a la finalización de la relación laboral (liquidación definitiva) o a casos excepcionales regulados por la ley, como son la financiación de los gastos por estudio, o para la compra o mejoramiento de vivienda (liquidación parcial).

El tema de las cesantías de los docentes, se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, así:

"Artículo 15. 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 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos

⁶ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 "Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarias; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones". En su artículo 2º dispuso, que las prestaciones sociales de los docentes vinculados a los establecimientos que habrían de nacionalizarse, y que se hubieren causado hasta ese momento, serían de cargo de las entidades a que pertenecían o de las respectivas Cajas de Previsión.

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.

...

3. Cesantías:

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 1o. 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 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. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas 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.”

Según lo expuesto, existen dos regímenes de liquidación de cesantías del personal docente, acorde con la fecha de vinculación al servicio público, así:

1. Los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, que poseen el régimen conocido como de cesantías retroactivas, y por ende regidos por el literal A, ya transcrito.
2. Y los vinculados con posterioridad a la fecha indicada, que poseen un régimen de liquidación anual de dicha prestación social, y regulados por el literal B, ya indicado.

Se aclara que, conforme el aparte resaltado en negrilla de la norma ya transcrita, la forma de liquidar las cesantías, salario base de

liquidación y factores a tener en cuenta, claramente se rige por las normas de los servidores públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Ahora bien, posterior a la expedición de la Ley 91 de 1989, fue expedida la Ley 60 de 1993⁷, con el objetivo de fijar los servicios y competencias a cargo de las entidades territoriales y la Nación, dicha norma confirió nuevamente ciertas competencias a las entidades territoriales relacionadas con el servicio de la educación, norma que en su artículo 6, dispuso lo siguiente:

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

Asimismo, en lo relacionado con la incorporación o afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las normas aplicables son el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, reglamentados por el Decreto 196 de 1995, que definió las distintas clases de docentes en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de la aplicación del presente Decreto, los siguientes términos tendrán el alcance indicado en cada uno de ellos:

Docentes Nacionales y Nacionalizados: Son aquéllos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.

Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:

⁷ "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"

a) *Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;*

b) ***Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.***

Docentes de Establecimientos Públicos Oficiales: Son aquéllos que pertenecen a la planta de personal del respectivo establecimiento público educativo nacional o territorial laboran en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media y son pagados con recursos del presupuesto del establecimiento". (Se resalta).

El anterior precepto normativo, definió la situación de los docentes territoriales y el régimen que les es aplicable en materia de prestaciones, para lo cual realizó una diferencia entre aquellos financiados con recursos propios y los cofinanciados con dineros provenientes de la Nación en los siguientes términos:

"Artículo 4.- Docentes departamental y municipal Financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional. Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Lev 91 de 1989 v sus Decretos reglamentarios 1775 v 2563 de 1990" o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos v formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo.- Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagaran con cargo al situado fiscal.

Artículo 5º.- Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales

financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan”(Destacado de la Sala).

De la norma en comento, puede deducirse, que para que un docente territorial pueda acceder al régimen prestacional de la entidad territorial se requieren dos requisitos: **i)** ser cancelado exclusivamente con recursos propios, **ii)** Su vinculación debe realizarse antes del 31 de diciembre de 1989.

Sobre el tema de las cesantías y para mayor claridad, se trae a colación la siguiente providencia del H. Consejo de Estado sobre el tema, que reitera y aclara lo ya indicado:

"DE LAS CESANTÍAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS

La Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el

artículo 10 de la Ley 43 de 1975⁸.

El artículo 4º de esta Ley señala, que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su promulgación⁹ y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

El Parágrafo del artículo 2º de esta Ley establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, 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 Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: 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, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, 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.

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo 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. Y para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989,

⁸ Artículo 10º.- "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".

⁹ Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989, estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

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 los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

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 a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.^{10 11}

Deviene de lo expuesto, que, en tratándose de docentes territoriales vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, le es aplicable el régimen de cesantías retroactivas, lo que no ocurre con aquellos cuyo nombramiento ocurrió a partir del 1º de enero de 1990, a quienes se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

II. Solución al asunto.-

Para dar solución al asunto, resalta a continuación la Sala, el material probatorio allegado al *sub examine*:

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01 (0620-09). Actor: ARACELLY GARCÍA QUINTERO. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

¹¹ Véase también, Sección Segunda Subsección "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Sentencia del diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 73001-23-33-000-2012-00226-01(4400-13).

- *Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Roso de Jesús Atencia Oliva (fl. 2).*
- *Copia del Decreto de nombramiento como Docente del señor Roso de Jesús Atencia Oliva (fl. 4-5).*
- *Copia de Acta de posesión (fl. 6).*
- *Copia de Certificado Salarial, expedido por la Oficina de Recurso Humanos de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre (fl. 7).*
- *Copia de certificado de estado de cesantías (fl. 8).*
- *Copia de solicitud de cesantías aplicando régimen retroactivo (fl. 9-11).*
- *Copia de Oficio SED-LAPF 700.11.03.2093 de fecha 30 de junio de 2018 (FL. 12).*

De las pruebas obrantes en el expediente, se tiene entonces que, el señor Roso de Jesús Atencia Oliva, fue vinculado mediante Decreto N° 144 del 17 de marzo de 1995, expedido por el Alcalde Municipal de Corozal-Sucre, en el acto administrativo de nombramiento quedó establecido que la plaza ocupada por el demandante es asumida, según recursos del situado fiscal y la entidad territorial (fl. 3).

Igualmente se observa, que para la época en que inició la relación laboral del demandante, ya había entrado a regir la Ley 91 de 1989, por lo cual, le eran aplicables sus disposiciones en materia del régimen de cesantías. Se resalta, el demandante fue en nombrado en propiedad como docente y tomó posesión del cargo el 17 de marzo de 1995. Además, que fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 3 y ss).

Así las cosas, considerando el marco normativo descrito con antelación, se resalta que para que un docente con vinculación territorial

sea beneficiario del régimen de retroactividad, éstos debían encontrarse vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, por su parte, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

Bajo ese entendido, del análisis de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, en lo que atañe al régimen de cesantías de los docentes, se concluye que **i)** los docentes nacionales, nacionalizados y vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional; por su parte, **ii)** los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, mantienen el régimen prestacional que disfrutaban en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes; finalmente, **iii)** A partir del 1 de enero de 1990, las cesantías de los docentes del orden nacional, y demás vinculados a esa fecha, se liquidaran anualmente sin retroactividad, **independiente del tipo de vinculación que se posea (nacional, nacionalizada o territorial).**

Ahora, el demandante manifiesta que el régimen de cesantías que lo cobija es el retroactivo, con fundamento en que es docente de carácter territorial, vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, y que, en virtud del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, el personal docente de vinculación territorial incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se le respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial. Como sustento de ello, trajo a colación, la sentencias del 10 de febrero de 2011, radicado interno (0088-10), sentencia del 25 de marzo de 2010, radicado interno (0620-09), sentencia del 11 de febrero de 2016, radicado interno (1528-14) y sentencia del 16 de junio de 2016, radicado interno -4586-2015-), proferidas por la Sección segunda del H. Consejo de Estado.

Al respecto debe advertir la Sala, que de las providencias señaladas por el actor, si bien en dos de ellas se estudia el caso de docentes a los cuales se les despachó favorablemente de manera parcial las súplicas de sus demandas (*sentencias del 10 de febrero de 2011 y 25 de marzo de 2010*), ninguna guarda estrecha analogía o identidad con el supuesto fáctico de marras. Obsérvese *v. gr.*, que la sentencia del 10 de febrero de 2011, radicación interna (0088-2010¹²), Consejero ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila, resuelve la *litis* de una docente territorial, cuya vinculación a la docencia se hizo con **anterioridad al 1º de enero de 1990 (21 de marzo de 1981)**, razón por la cual, dicho pleito se resolvió a su favor, aplicándole el marco normativo perteneciente a los empleados del orden territorial –*Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947*-. Y en el *sub judice*, no ocurre lo mismo, pues se reitera, pese a que el docente Roso de Jesús Atencia Oliva, tiene vinculación territorial, su servicio a la docencia, data del **17 de marzo de 1995**, nombrado y posesionado en la misma fecha mediante Decreto No. 144 de 1995. Además, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asimismo, en la sentencia proferida el 25 de marzo de 2010, con radicación (0620-09¹³), Consejero ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se planteó el debate jurídico entorno que periodos, debería comprender la liquidación de la docente demandante en ese particular, y que factores deberían tenerse en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales. Aunado a que su nombramiento se realizó el **16 de marzo de 1973**. Nótese pues, que las pretensiones de esa demanda, y el supuesto fáctico difieren del caso analizado en ésta.

¹²Sistema de consulta. Consejo de Estado.
http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nueva_actua.asp?mindice=20060136501

¹³Sistema de consulta
http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nueva_actua.asp?mindice=20030112501

*Empero, hay que decir, que dicha sentencia si abordó como consideración en el marco de estudio, el tema de los regímenes de cesantías, precisando el alto Tribunal; "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 a los docentes nacionales **y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses**".*

Así pues, es claro que los fundamentos debatidos en dicha sentencia, tampoco son de aplicabilidad al *sub judice*, recalcando, que los razonamientos fácticos y jurídicos no son iguales, por cuanto en la sentencia en mención la docente presente una vinculación a la docencia, antes del 1º de enero de 1990 (*16 de marzo de 1973*), y se reitera, el docente Roso de Jesús Atencia Oliva se vinculó a la docencia el 17 de marzo de 1995, además de ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Y en cuanto a las restantes providencias, entiéndase la del 11 de febrero de 2016, radicado interno (1528-14) y la proferida el 16 de junio de 2016, radicado interno (4586-15), Consejero ponente, William Hernández Gómez, claramente al revisar sus antecedentes, se puede observar, que en nada guardan relación con lo aquí debatido, habida cuenta que la *litis*, aborda el tema de las *-cesantías de empleados públicos territoriales-*, por un lado, el caso de una auxiliar del sector salud, y por otro, el de una profesional grado 6.

En ese orden, estima la Sala, que para que docente con vinculación territorial le sean liquidadas sus cesantías con retroactividad, debe cumplir con los supuestos normativos señalados en el numeral 1º del artículo 15 de La Ley 91 de 1989 que exige i) Vinculación como

nacionalizado; ii) Vigente al 31 de diciembre de 1989; iii) Haber gozado del régimen prestacional establecido para la entidad territorial. Los cuales no se cumplen en el *sub lite*, pues el docente Roso de Jesús Atencia Oliva, fue nombrado mediante el Decreto expedido por el Alcalde del Municipio de Corozal el 17 de marzo de 1995, y afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, luego entonces, no tiene régimen territorial que conservar.

Conforme los anterior se debe decir, que la observancia de lo señalado en el numeral 3º literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que reguló lo relativo al pago de cesantías de los docentes para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990, da a entender, que dicha norma no contempló diferencia alguna entre nacionales, nacionalizados, ni territoriales. En consecuencia la cesantía anualizada y con intereses era la única forma de liquidación aplicable al actor que se reitera, fue vinculado a la docencia el 17 de marzo de 1995.

En efecto, por virtud de esta norma, en materia de cesantía, todos los docentes incluso para los de vinculación territorial posterior al 1º de enero de 1990, es anualizada con intereses, en consecuencia, no cuentan con un régimen de retroactividad aplicable por normas de orden territorial que deba ser respetado como derecho adquirido, sencillamente, porque no lo han adquirido al ser vinculados después del 31 de diciembre de 1989.

Bajo la anterior premisa, en el caso concreto si bien el demandante demostró la condición de docente territorial, no puede alegar el derecho al régimen territorial de cesantías retroactivas, pues como se vio, es de reserva del legislador determinar los diversos regímenes de prestaciones sociales que se aplican **atendiendo al tiempo de la vinculación**, el

cual determinó, desde la expedición de la Ley 91 de 1989 que todos quienes se vincularan a partir del 1º de enero de 1990, tendrían derecho a un régimen anualizado de cesantías. Esa es, precisamente, la situación laboral del docente de este caso concreto quien, no puede alegar, por esa razón, el derecho adquirido a la retroactividad de cesantías en tanto se vinculó el **17º de marzo de 1995**, es decir, luego de la vigencia de la mencionada Ley, no obstante tener la calidad de territorial.

En síntesis, el régimen de cesantías aplicable al actor no es el establecido en las normas anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, sino precisamente, el instituido por esta última, pues el demandante, **i)** es mero empleado territorial, dado que el personal docente tiene un régimen prestacional especial, y además, **ii)** por haberse vinculado como docente con posterioridad a la vigencia de la Ley 91 de 1989, y estar afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Conforme lo anterior, esta Sala concluye que, el régimen de liquidación de cesantías aplicable al demandante es el anualizado contenido en la Ley 91 de 1989 y no el retroactivo, dado que su vinculación como docente fue posterior a la entrada en vigencia de dicha norma. En consecuencia, se negaran las pretensiones de la demanda.

3. Con relación a la condena en costas:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la negativa de las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte demandante al pago de las costas correspondientes a esta instancia. En firme la presente providencia, realícese la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo a los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, **REALIZAR** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVOLVER** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCELAR** su radicación. **ARCHIVAR** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 178.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA