



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: Sentencia de primera instancia.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Proceso: 70-001-33-33-000-2017-00218-00.

Demandante: Leonardo Javier Vergara Gómez.

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 en sesiones del 14 y 28 de marzo de 2019, 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 **LEONARDO JAVIER VERGARA GÓMEZ** en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**².

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

² En adelante FOMAG.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda³.

El señor Leonardo Javier Vergara Gómez, 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 14 de enero 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. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto respecto al derecho de petición enunciado en el numeral anterior.
3. 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 \$98.392.119, 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

³ Fol. 14 a 21.

complementarias; valor que deberá indexarse para el día del pago.

4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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° 018 del 17 de marzo de 1990, tomando posesión como docente el día 18 del mismo mes y año.

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

Ha prestado sus servicios interrumpidamente durante veintitrés (23) años, cinco (5) meses y nueve (9) días, lapso comprendido entre el

18 de mayo de 1990, y el 30 de junio de 2017. Para un total de 9762 días.

Devengaba en el año 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: \$3.628.474

El 14 de enero de 2015, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, el reconocimiento del régimen de retroactividad en las cesantías.

Que la única respuesta expresa, fue la que recibió mediante Oficio No. SED-LAPF-700-11.03. 2016 del 30 de junio de 2015, la Secretaría de Educación de Sucre, el que no resolvió de fondo lo pedido, sino que da cuenta de una aparente incompetencia por parte de la entidad, por ello, al haber transcurrido más de tres meses sin resolución, se configura el acto ficto negativo.

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, 23°, 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 (sic), 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 Social de Derecho; 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: 4 de septiembre de 2017 (fl. 23).
- Admisión de la demanda: 15 de enero de 2018 (fl. 25).
- Notificación a las partes: 7 de febrero de 2018 (fls. 29-30).
- Audiencia Inicial: En sesiones de 14 y 28 de marzo de 2019 (fls. 60-64 y 99-100).

1.3. La audiencia inicial.-

En la audiencia inicial celebrada el 14 de marzo de 2019, se surtieron las etapas procesales de rigor de conformidad con los postulados del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fijándose el litigio a la luz de las posturas de las partes, proponiéndose como problema jurídico, el que se estudiara más adelante.

En dicha audiencia, se resolvió igualmente, prescindir del periodo probatorio en los términos del artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo que el asunto de conocimiento es de mero derecho y no hubo la necesidad de decretar y practicar pruebas.

Empero, ante la imposibilidad de conformar la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre para dicha fecha, se suspendió la diligencia, y se ordenó su continuación para el día 28 de marzo de 2019, con el fin de agotar la etapa de alegatos de conclusión y juzgamiento.

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

1.4.1. La parte demandante⁴: La parte actora manifiesta sostenerse en los fundamentos de hecho y de derecho consignados en la demanda, así como en los argumentos jurisprudenciales citados en el libelo genitor, además, 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. Parte demandada⁵:- Solicita que no se acceda a las súplicas de la demanda, en cuanto el régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, de conformidad con el ordinal 3º, numeral b), artículo 15 de la Ley 91 de 1989, implica que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar de la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero del mismo periodo.

⁴ Intervención a partir del min. 7:15:, hasta el min. 9:35 (CD-ROM audiencia inicial).

⁵ Intervención a partir del min. 10:00, hasta el min. 13:17 (CD-ROM audiencia inicial).

De lo anterior se colige, que a los docentes sin distinción alguna entre nacionales y territoriales, vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos de orden nacional, es decir un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Bajo ese entendido, no le asiste la razón a la parte demandante cuando afirma, que por ser un docente vinculado con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tenga derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, toda vez que el mismo artículo 13 de la mencionada ley, excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad de la expedición de la Ley 91 de 1989 (*cita la sentencia del 22 d febrero de 2018, radicado interno: 00825-01, C.P. William Hernández Gómez*).

1.4.2. Concepto del Ministerio Público⁶: 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, y a su juicio, la Ley 91 de 1989, no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales. Expuso 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

⁶ Intervención a partir del min. 13:18, hasta el min. 20:07 (CD-ROM audiencia inicial).

los docentes nacionales y nacionalizados, quedaron regulados en la Ley 91 de 1989, determinándose de esta manera que, (i) los educadores 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 vincularan a partir del 1º de 1990, nombrados con cargo a la Nación, los rige un sistema anualizado de cesantías, sujeto a reconocimiento de intereses.

Que consultados los documentos probatorios allegados al expediente, se tiene que del Decreto E-018 del 17 de mayo de 1990, se observa que el actor accedió al cargo de docente de la Escuela Rural Las Llanadas del Municipio de Corozal (Sucre), todo lo cual hace referencia a una vinculación de tipo territorial.

Concluye por tanto, que en observancia a las pruebas obrantes en el expediente, el señor LEONARDO JAVIER VERGARA GÓMEZ, ha mantenido con la Nación (Sic) desde el 18 de mayo de 1990, una vinculación con el servicio educativo oficial como docente del nivel

territorial, como lo manifestó en la demanda, hecho por el cual se haya sometido al régimen de cesantías retroactivas, por 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.

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 administrativos acusados.-

Se demanda la nulidad del acto ficto o presunto, fruto del silencio administrativo negativo, en relación con el derecho de petición, radicado el 14 de enero de 2015, ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en el que se solicita el reconocimiento y pago de las cesantías aplicando el Régimen de Retroactividad.

2.4. Problema jurídico.-

Conforme lo planteado en la audiencia al momento de fijación del litigio, se corresponde con determinar, si el docente demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, conforme al régimen retroactivo o tradicional.

Para dar respuesta al problema planteado, la Sala abordará el siguiente marco normativo y jurisprudencial pertinente:

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 1975⁷, se catalogó al de educación, como un servicio público a cargo de la Nación, pues con anterioridad a su expedición, éste 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 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 cesantías definitivas) 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.

Las cesantías de los docentes, se encuentran reguladas con especialidad, en la Ley 91 de 1989, así:

“(..)...

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.

⁷ 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 comisarías; 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.

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.

Ahora bien, posterior a la expedición de la Ley 91 de 1989, fue expedida la Ley 60 de 1993⁸, 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

⁸ "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"

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."

Para reglamentar lo referente a la incorporación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispuesta en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, se expidió el Decreto 196 de 1995, en el que respecto de los docentes territoriales que por virtud de la ley se incorporan al mentando fondo, se realizó una diferencia entre aquellos territoriales cofinanciados con dineros provenientes de la Nación, y los territoriales financiados exclusivamente con recursos propios; disponiendo para los primeros, el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, y para los segundos, el respeto al régimen que tuvieran vigente al momento de su incorporación, el que como se ha visto por disposición legal -Ley 91 de 1989-, dependerá de la fecha de vinculación del docente al servicio público educativo (antes o después del 1º enero de 1990), en los siguientes términos:

"Artículo 4.- Docentes departamental y municipal Financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional⁹. 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

⁹ Decreto 196 de 1995. **Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:**

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;*

se registrarán 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**¹⁰. 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 lectura sistemática de las normas en comento, puede deducirse, que para que un docente territorial pueda acceder al régimen prestacional de la entidad territorial, y en especial, a la cesantía retroactiva, se requiere haber estado vinculado al magisterio oficial, a más tardar el 31 de diciembre de 1989, pues los vinculados a partir del primero de enero de 1990, sin importar su clase de vinculación, tendrán el anualizado especial en los términos de que trata la Ley 91 de 1989, ello sin dejar de advertir, que aquellos territoriales que por su vinculación

¹⁰ Decreto 196 de 1995. **Docentes Departamentales, Distritales y Municipales: (...)**

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.

anterior a dicha fecha, y además pagados exclusivamente con recursos de la entidad territorial, gozaren del régimen retroactivo, se les respetará y no lo perderán por su sola incorporación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el tema de las cesantías de docentes y para mayor ilustración, 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 1975¹¹.

(...)

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, 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.

¹¹ 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".

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.^{12,13}

Deviene de lo expuesto, que, en tratándose de docentes vinculados en virtud de nombramiento de la entidad territorial, hasta el 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.

I. Caso concreto.-

Con el objeto de extraer de él, las premisas fácticas para la solución del asunto, la Sala revisa el material probatorio allegado regularmente al proceso, en el que se encuentra:

- *Fotocopia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 2).*
- *Copia del Decreto E.018 del 17 de mayo de 1990, por el cual se efectúa el nombramiento como Docente del demandante (fl. 4-6)*
- *Copia de Certificado Salarial, expedido por la Oficina de Recurso Humanos de la Secretaria de Educación Departamental de Sucre (fl. 7-8).*
- *Copia de certificado de estado de cesantías (fl. 9).*

¹² 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.

¹³ 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).

- *Copia de solicitud de aplicación de régimen retroactivo de cesantías (fl. 10).*
- *Copia de Oficio SED-LAPF 700.11.03.206 de fecha 30 de junio de 2018 (fl. 11).*

Pues, conforme los antecedentes, para la Sala, el docente demandante no tiene derecho a que se le aplique el régimen de cesantía retroactiva para la liquidación de su cesantía; conclusión que adopta con fundamento en las siguientes premisas:

Conforme lo dispuesto con total especialidad para los docentes, en la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 3º, para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin distinguir el tipo de vinculación - nacional, nacionalizado o territorial-, el régimen de cesantías será el anualizado especialmente creado por la misma ley, y que implica el pago por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de un interés anual sobre saldo de las 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.

Asimismo, en su artículo 6, la Ley 60 de 1993, dispuso que el régimen de prestaciones aplicable a las nuevas vinculaciones será el reconocido en la Ley 91 de 1989.

Precisamente, el docente que aquí demanda, fue vinculado al Magisterio Oficial el **17 de mayo de 1990**, mediante Decreto N° E-018 del 17 de mayo de 1990, expedido por el Alcalde Municipal de Corozal-Sucre, es decir, con posterioridad al 1º de enero de 1990, por tanto, su régimen de cesantías es el anualizado especial, de que trata la Ley 91 de 1989 y no el retroactivo cuya aplicación pretende, establecido en las

leyes anteriores.

La disposición del Decreto 196 de 1995, en la que se apoya el Ministerio Público, para conceptuar que el docente demandante sí tiene derecho a las cesantías con régimen de retroactividad, referente a que los docentes de nombramiento territorial y además financiados exclusivamente con recursos propios del ente territorial, al momento de su incorporación debe respetárseles el régimen prestacional de que gozaban en la respectiva entidad, debe entenderse en su condición de reglamentario, en la medida en que sirva como instrumento para la ejecución de la norma que dice reglamentar, como lo es, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, y por consiguiente, ese respeto al régimen prestacional en virtud de la vinculación territorial, está predicado frente aquellos docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, por cuanto precisamente la norma dispone que la nuevas vinculaciones se les aplicará el régimen especial de la Ley 91 de 1989, que como se sabe para los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, les señala el régimen especial anualizado, sin distinguir el tipo de vinculación. Así darle un alcance distinto al reglamento, implicaría desbordar su fuerza jurídica natural.

Ahora, en cuanto al argumento del demandante, según el cual su régimen aplicable es el régimen de cesantías retroactivo, en virtud de ser un docente de carácter territorial, vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996¹⁴, pone de presente la Sala como elemento que descarta su prosperidad, que cuando la mentada ley 344,

¹⁴ **"ARTÍCULO 13. 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:**

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo (..)"

dispuso el régimen anualizado para todos los servidores del Estado y sus órganos, ya existía el régimen anualizado especial de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989, tanto es así, que precisamente en su artículo 13 expresamente reza, que lo dispuesto en ella, se aplica sin perjuicio de lo establecido en la Ley 91 de 1989. Así entonces, el régimen anualizado de cesantía de los docentes, no nació en virtud de la Ley 344 de 1996, sino más de 15 años antes, con la Ley 91 de 1989.

En lo que apunta al sustento jurisprudencial traído con la demanda, esto es, la 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-) proferidas por la Sección segunda del H. Consejo de Estado.

Advierte 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 (0088-2010¹⁵), 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, que el docente Leonardo Javier Vergara Gómez, tiene

¹⁵Sistema de consulta. Consejo de Estado.
http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=20060136501

vinculación territorial, su servicio a la docencia, data del **17 de mayo de 1990**, nombrado y posesionado en la misma fecha mediante Decreto No. 018 del 17 de mayo de 1990. Además, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asimismo, en la sentencia proferida el 25 de marzo de 2010, con radicación (0620-09¹⁶), Consejero ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se planteó el debate jurídico entorno qué periodos, debería comprender la liquidación de la docente demandante en ese particular, y qué 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. *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 Leonardo Javier Vergara Gómez se vinculó a la docencia el 17 de mayo de 1990, además de ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁶Sistema de consulta
http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=20030112501

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.

Así pues, la observancia de lo señalado en el numeral 3º literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que reguló las cesantías de los docentes para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990, muestra 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 mayo de 1990.

Recapitulando entonces, en el caso concreto, si bien el demandante demostró la condición de docente territorial, no le asiste el derecho al régimen de cesantías retroactivas, pues como se vio, desde la expedición de la Ley 91 de 1989, todos los docentes quienes se vincularan a partir del 1º de enero de 1990, tendrían derecho a un régimen especial anualizado de cesantías. Esa es precisamente, la situación laboral del aquí docente demandante, por ello, no puede alegar, el derecho adquirido a la retroactividad de cesantías, en tanto se vinculó el **17 de mayo de 1990**, es decir, luego de la vigencia de la mencionada Ley, no obstante tener la calidad de territorial.

Conforme lo anterior, 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 negarán 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 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°039.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA