



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 22 MAR 2017.

Demandante	Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado	La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente	15238-33-39-751-2015-00094-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Confirma sentencia -niega reconocimiento de cesantías parciales con régimen retroactivo

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora (fls.169 a 171), en contra la sentencia del 17 de Marzo de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda (fls. 160 a 164).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 10).

La señora Ana de Jesús Malpica Malpica través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la Nulidad Parcial de la Resolución No. 004668 del 28 de Julio de 2014, proferido por la Nación- Ministerio Nacional de Educación (Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio), a través de la cual se reconoce a la demandante Cesantía Parcial.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene el reconocimiento, liquidación y pago a la demandante de la cesantía parcial de manera retroactiva y no anualizada.

Además que las sumas sean indexadas conforme al I.P.C, de conformidad al artículo 187 del CPACA. Se condene al pago y reconocimiento de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas.

Finalmente que el cumplimiento de la sentencia se dé en los términos del artículo 192 del CPACA.



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

1.1 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Afirmó que la demandante fue nombrada por el Municipio del Espino como docente en propiedad desde el 07 de septiembre de 1993, mediante el Decreto No.19 de la misma fecha, tomando posesión del cargo.

Con ocasión de la expedición del Decreto 196 de 1995 la docente fue incorporada a la Planta Global de Cargos del Departamento de Boyacá.

Aseguró que la entidad demandada ha liquidado y pagado sus cesantías de manera anual. Con la Resolución No. 4668 del 28 de Julio de 2014 se le reconoció el pago de una cesantía parcial, la cual le fue notificada el día 29 de agosto de 2014.

1.2 Normas violadas

Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 3, 10 y 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; artículo 1 Ley 91 de 1989; Ley 60 de 1993; artículo 176 de la Ley 115 de 1994; Decreto 196 de 1995 y artículo 1 del Decreto 1582 de 1998.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual expone lo siguiente (fls.44 a 47):

La Ley 91 de 1989 además de crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estableció el régimen de prestaciones para los docentes, específicamente, el numeral 3 del artículo 15 reguló dos regímenes de cesantías dependiendo de la fecha de vinculación del docente: para quienes son nacionalizados y vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 serán Cesantías Retroactivas y para quienes se vincularon a partir del 1 de enero de 1990 se les reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes al 3 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

De manera tal que la demandante no tiene derecho a que se le reconozcan las cesantías retroactivas por cuanto su vinculación como docente se produjo el 29 de diciembre de 1994 y por consiguiente el régimen aplicable es el de cesantía anualizada con el pago de intereses.



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Finalmente propone la excepción de prescripción en una eventual condena.

3.- SENTENCIA APELADA (fls 160 a 164)

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama, mediante sentencia de fecha 17 de marzo de 2016, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Luego de reseñar el marco jurídico aplicable al caso, adujo que el Consejo de Estado en sentencia de 10 de febrero de 2011, estableció que existen tres sistemas de liquidación de las cesantías para los empleados territoriales; el primero es el sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; el segundo es de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de fondos de cesantías y esa aplicable a personas vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y el tercero es el Sistema del Fondo Nacional de Ahorro.

Para el caso concreto, indica que la accionante fue nombrada a través del Decreto No. 19 del 7 de septiembre de 1993, suscrito por el Alcalde del Municipio del Espino, y posesionada el mismo día como docente en propiedad en la Concentración Escolar Nacionalizada de Pie de Peña.

Indicó que según el certificado de historia laboral y documental allegado por la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá se estableció que la demandante se encuentra vinculada como docente de carácter Nacional.

Refiere que, a pesar de que la docente ingresó al servicio de educación el 7 de septiembre de 1993, es decir con anterioridad a diciembre de 1996, no le aplica la liquidación retroactiva debido a que su vinculación era de carácter nacional y no territorial.

4.- RECURSO DE APELACIÓN (fls.169 a 171)

Mediante escrito del 8 de abril de 2016, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el *a quo*, para lo cual argumentó:

La accionante se vinculó al magisterio del Departamento de Boyacá, a partir del 7 de septiembre de 1993, es decir, con el situado fiscal, de lo cual se puede concluir que su afiliación al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio se produjo en virtud de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993, razón por la que debe respetarse el régimen prestacional que traía de la entidad a la que estaba vinculado.



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Reitera que la liquidación de las cesantías de la actora se debe realizar respetando el régimen prestacional que traía como docente territorial, esto es de manera retroactiva.

Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

No se allegaron alegatos de conclusión por ninguna de las partes así como concepto del Ministerio Público, tal como reposa en el informe secretarial (fl. 191).

El Ministerio Público no se pronunció.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Le asiste derecho a la docente Ana de Jesús Malpica Malpica a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague las cesantías parciales con fundamento en el régimen de retroactividad, o por el contrario con régimen anualizado, debido a la fecha de vinculación al servicio público educativo, tal como se hizo en el acto administrativo objeto de acusación?

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el a quo

Su decisión se encaminó en negar las pretensiones de la demanda, toda vez que encontró que si bien la actora se vinculó con anterioridad a diciembre de 1996, el certificado de historia laboral indica que su vinculación es de carácter nacional, razón por la cual expresa que no le es aplicable el régimen de liquidación de cesantías retroactivas.

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante

Refiere que la accionante se vinculó al magisterio del Departamento de Boyacá, a partir del 7 de septiembre de 1993, es decir, con el situado fiscal,



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

de lo cual se puede concluir que su afiliación al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio se produjo en virtud de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993, razón por la que debe respetarse el régimen prestacional que traía de la entidad a la que estaba vinculado, por lo que la liquidación de las cesantías de la actora se debe realizar respetando el régimen prestacional que traía como docente territorial, esto es de manera retroactiva.

c) Tesis de la Sala

Se procederá a confirmar la sentencia recurrida, pero por las razones aquí expuestas.

Se evidencia que las cesantías fueron reconocidas en debida forma por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la vinculación de la actora al servicio de la educación fue posterior al 01 de enero de 1990, fecha a partir de la cual a todos los docentes que se vincularan al servicio educativo oficial les será aplicable el sistema anualizado de cesantías.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: i) Docentes Nacionales, Nacionalizados y Territoriales, ii) Régimen de cesantías de los docentes, iii) Hechos probados, y; iv) El caso concreto.

2. DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS Y TERRITORIALES.

Para dar solución a los problemas jurídicos planteados es trascendental establecer de acuerdo al tipo de vinculación, qué docentes ostentan la calidad de nacionales, nacionalizados o territoriales, para tal efecto es forzoso traer a colación lo reglado en la ley 91 de 1989, donde el legislador definió:

“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.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. 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 1 de enero de 1976, sin el



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975...”

A su vez, el artículo 10 de la ley 43 de 1975, a la letra reza:

“Artículo 10. 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.”

De modo que, la norma define con total claridad las condiciones de vinculación que debe cumplir un docente para ser catalogado como nacional, nacionalizado o territorial, situación que determina en gran medida el régimen de liquidación de cesantías correspondiente a cada educador, toda vez que la citada ley 91 en su artículo 4° delimitó la competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

Es importante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias y se definió como un servicio público a cargo de la Nación, proceso efectuado de manera gradual iniciando el 01 de enero de 1976 y culminado en 1980, finalizado éste, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional, sin embargo, posteriormente en vigencia de la Constitución de 1991 con la ley 60 de 1993 se descentralizó el servicio educativo. ¹

3. RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

A fin de establecer el régimen de cesantías de los educadores de acuerdo a su tipo de vinculación es necesario remitirnos nuevamente a la ley 91 de 1989, estatuto que en numeral 3 de su artículo 15, regulo el tema de la siguiente manera:

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION “A” Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil (2000). Radicación número: 2630-99



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
 Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
 Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

*“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:***
 (...)”

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.”

Respecto a la norma en cita el Consejo de Estado se manifestó de la siguiente manera:

*“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***



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

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.

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.² (Negritillas y subrayas fuera del texto original)

De lo hasta ahora expuesto tenemos que, únicamente los docentes nacionalizados que comenzaron a laborar antes de 31 de diciembre de 1989, conservaron el régimen retroactivo de cesantías, toda vez que los nacionales y los incorporados al servicio educativo a partir de enero de 1990 -independientemente de su tipo de vinculación-, se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
 Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
 Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Esta Corporación, en asunto de similares contornos al que nos ocupa, dijo:

*“Considera la Sala que el régimen de cesantías se define en este caso, teniendo en cuenta la norma vigente al momento de ingreso al servicio, así: **retroactivo** para quienes se encontraban vinculados en condición de nacionalizados hasta 31 de diciembre de 1989, y **anualizado** con intereses para los docentes nacionales y para quienes ingresaron o ingresen a trabajar como docentes a partir de 1990, cualquiera que sea el tipo de vinculación, argumentos suficientes para concluir que no se puede reconocer el derecho reclamado, toda vez que la demandante ingreso a trabajar el 1º de febrero de 1990 ”³. (Resaltado de la Sala).*

4. DE LO PROBADADO

Dentro del proceso reposa el siguiente material probatorio que es relevante para resolver el fondo del asunto:

- Copia de Resolución No. 004668 del 28 de julio de 2014, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para compra a favor de la demandante (fls.12-16; 64-67).
- Decreto No. 19 del 7 de septiembre de 1993, por medio del cual se hace un nombramiento en propiedad, en la docencia oficial en cumplimiento de la Resolución No. No. 3695 de 1993 (fl.17).
- Acta de posesión como docente en propiedad de la actora de fecha 7 de septiembre de 1993 (fl.18).
- Copia de extractos de intereses de cesantías de la accionante expedido por la Fiduprevisora S.A. (fl.710)
- Copia de promesa de compraventa, suscrita por la actora (fls.82-83).
- Notificación de cesantía liquidada años 2012 a 1995 de la accionante (fl.96-113).
- Certificado de historia laboral de la accionante (fl.121-123)

5. CASO CONCRETO:

El presente asunto se centra en establecer si la demandante cumple con los requisitos legales para que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le pague sus cesantías aplicando el sistema retroactivo y no el régimen anualizado como se hizo en el acto acusado.

³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, 07 de mayo de 2015, Magistrado Ponente ISRAEL SOLER PEDROZA, expediente No. 150012333000201300448-00



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Dentro de las presentes diligencias se encontró probado que la demandante a través de Decreto No. 19 del **7 de septiembre de 1993**, fue nombrada en propiedad para desempeñar el cargo de docente en la Concentración Escolar Nacionalizada de Pie de Peña del Municipio del Espino, cargo en el cual **tomo posesión en la misma fecha** (fl.17, 18).

Así las cosas, es evidente que el reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante se encuentra regulado por el numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, disposición legal que como ya se expuso, ordenó la aplicación del sistema de cesantías anualizado a **los docentes vinculados con posterioridad al 01 de enero de 1990** y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad de esa fecha; siendo indudable que la demandante al ser vinculada como municipal, así este financiada con recursos propios y haber tomado posesión del cargo el 18 de abril de 1995, no tiene derecho a que sus cesantías sean liquidadas en forma retroactiva, las mismas deben ser liquidadas anualmente, reconociéndole de igual manera un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año.

Ahora bien, frente a lo preceptuado en el artículo 13 de la ley 344 de 1996, debe aclararse que de la simple lectura de la norma se entiende que no le es aplicable a los docentes cobijados por la ley 91 de 1989, pues dicha regla establece que:

“ARTICULO 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.”*
(Negritas y subrayas del Despacho).

Así mismo, y teniendo en cuenta que la demandante está vinculada como docente desde septiembre de 1993, es más que obvio que no le puede ser tenido en cuenta para el cálculo del monto de sus cesantías el Decreto 1582 de 1998, toda vez que dicho Estatuto es Reglamentario de la Ley 344 de 1996, pero únicamente respecto de los empleados públicos del nivel territorial.



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
 Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
 Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Adicionalmente a lo ya dicho es de precisar que para el caso de los docentes, resulta aplicable el régimen de cesantía anualizada, **sin importar la clase de vinculación, siempre y cuando hubieran ingresado al servicio de la docencia a partir del 1° de enero de 1990**, según lo dispuso la Ley 91 de 1989, disposición que no se afectó con lo previsto en la Ley 344 de 1996, habida cuenta que su artículo 13 respetó el régimen especial aplicable a los docentes.

De otra parte el artículo 6° de la Ley 60 de 1993, y: ii) el artículo 5° del Decreto Reglamentario 195 de 1996.

Al respecto el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 previó:

“Ley 60 de 1993 Artículo 6°.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

*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 cualquier otra clase 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.***

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.” (Destaca la Sala).

Según la anterior disposición los docentes con vinculación departamental, distrital y municipal debían ser incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetando el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. No obstante, en lo que hace referencia al tema de **cesantías todos los docentes, incluso aquellos que ostenten vinculación territorial con posterioridad al 1º de enero de 1990**, por mandato del numeral 3º literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se les debe aplicar el régimen anualizado; de manera que aunque su afiliación al FNPSM fuera forzosa no contaban con un régimen de retroactividad que les fuera aplicable por normas de orden territorial y que debiera ser respetado como derecho adquirido, por la sencilla razón, que no lo habían adquirido al ser vinculados después del 31 de diciembre de 1989, supuesto por el cual tampoco se puede considerar transgredido el artículo 5º del Decreto 196 de 1995⁴, que reglamentó el artículo 6º de la ley 91 de 1989 – se insiste - la demandante no ostenta derechos adquiridos del sistema retroactivo de cesantías del régimen territorial.

Finalmente se observa que el juez de primera instancia cita la sentencia de 10 de febrero de 2011, emitida por el Consejo de Estado dentro del expediente con radicado No. 52001-23-31-000-2006-01365-01 (0088-01). Frente a este punto baste con señalar que en dicha providencia se estudió el caso de una docente **del régimen territorial vinculada con anterioridad al 31 de diciembre de 1989**, por manera que la misma no es aplicable al sub exámine en la medida en que la demandante de este proceso, ingresó al servicio público educativo el **7 de septiembre de 1993** (fecha en la cual tomo posesión).

En la sentencia en cita la alta Corporación indicó:

“...docente del régimen territorial, vinculada desde 1981 al Municipio de Leiva (antes del 30 de diciembre de 1996), sus

⁴ Prevé el citado 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 renuncias 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.



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
 Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
 Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

*cesantías deberán liquidarse con retroactividad, pues así lo establecen el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.*** (Subrayas y resaltado fuera de texto)

Ahora bien, cuando en la aludida providencia se indica “antes del 30 de diciembre de 1996” se está refiriendo es a **los docentes territoriales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, que tenían un régimen territorial retroactivo de cesantías que debía que respetarse⁵, por esta razón el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 norma que fijó un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos sin importar su nivel, esto es, nacional, departamental, municipal o distrital estableciera, claramente, que ella se aplicaba **sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989**.

Alude a la condición de docente cofinanciado pero para hacer énfasis en que estos son territoriales y que, por esta razón, la demandante en ese caso **al ser vinculada antes del 31 de diciembre de 1989**, tenía derecho a conservar el régimen retroactivo de cesantías previsto para los empleados docentes cofinanciados, asunto diametralmente diferente al que nos ocupa, ello si se tiene en cuenta que la accionante fue nombrada como docente al servicio del Municipio de El Espino mediante Decreto No. 019 del 7 de septiembre de 1993, cargo en el cual tomó posesión en la misma fecha, como en forma insistente se ha dicho, en términos similares se pronunció esta Corporación⁶.

Adicionalmente, es de precisar que la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, en un asunto de similares contornos al que nos ocupa señaló que:

“...Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la

⁵ Ley 344 de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones” 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 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.** (Subrayas de la Sala)

⁶ Sentencia 7 de julio de 2016 Expediente: 15001 3333 005 2014 00149 01. MP. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz.



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”⁷ (Destacado de la Sala)

En reciente providencia sostuvo la misma Corporación:

“En consecuencia, a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989, se diferenciaron claramente los regímenes aplicables tanto a los docentes nacionalizados como a los nacionales.

Así, para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 que es el caso de la demandante, se mantuvo el régimen prestacional de que venían gozando en cada entidad territorial.

Dicho régimen no es otro que aquél al que se hizo alusión en las normas citadas, es decir, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 del mismo año, la Ley 65 de 1946, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, normas que en su conjunto, establecen el derecho de los trabajadores oficiales a percibir el auxilio de cesantía correspondiente a un mes de salario por cada año de trabajo continuo o discontinuo y señalan los casos en que a pesar de existir suspensión de la relación laboral, por presentarse ciertas situaciones administrativas, no debe entenderse como solución de continuidad para efecto del pago referido.

Lo anterior quiere decir, que en tanto el vínculo que une al trabajador con la administración sea permanente, se genera el derecho y subsiste hasta tanto se presente el rompimiento de la relación por el retiro definitivo del servicio.

Con fundamento en lo anterior, es claro para la Sala que, contrario a lo afirmado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales en el recurso de apelación, la actora se vinculó en el año de 1962, fecha desde la cual no tuvo ninguna interrupción en su vinculación laboral, de un lado, y de otro que el régimen que la cobijaba, por haber ingresado al servicio de la docencia, antes de la vigencia de la Ley 91 de 1989, no es otro que el retroactivo.”⁸ (Resaltado fuera de texto)

⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia de 9 de julio de 2009, Radicación número: 76001-23-31-000-2004-01655-01(0672-07), Actor: MARIA EDITH CARDONA MORALES.

⁸ Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN, sentencia de 9 de febrero de 2012, Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01833-01(0698-10), Actor: IRMA BARREIRO DE PRECIADO.



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Recapitulando, dirá la Sala que no se demostró a lo largo del presente trámite, que el acto administrativo atacado adolezca de vicio alguno que conlleve a su declaratoria de nulidad, por el contrario logró establecerse que el reconocimiento de las cesantías de la demandante se realizó de conformidad con las normas aplicables, por consiguiente **las cesantías parciales y definitivas de la actora deben liquidarse acorde al sistema anualizado y no al régimen retroactivo, ya que su vinculación al servicio público de la educación tuvo lugar con posterioridad al 01 de enero de 1990, fecha a partir de la cual la ley 91 de 1989 dispuso que las cesantías de todos los docentes oficiales que ingresaran a laborar, serían calculadas anualmente.**

Por lo anterior, la sentencia recurrida confirmada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

6. DE LAS COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, es preciso decir que no hay lugar a condenar a ninguno de los sujetos procesales, dado que en el presente asunto no se configura ninguna de las reglas fijadas en el artículo 365 del C.G.P., y a pesar de que el recurso de apelación propuesto por la demandante se favorablemente, lo cierto es que la parte demandada -beneficiada con la decisión-, no presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, por lo que no se encuentra demostrado que haya incurrido en gastos adicionales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 17 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia



Demandante: Ana de Jesús Malpica Malpica
Demandado: La Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00094-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen, para lo de su cargo.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR AUTO
El auto anterior se notifica por auto de
No. 48 de hoy 27 MAR 2017
EL SECRETARIO