

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 26 ABR 2018

MEIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARCELA ISABEL CASTAÑEDA BERNAL

DEMANDADO: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RAONUMERO: 15001233300020170020200

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala de Decisión No.6 de la Corporación a dictar sentencia para resolver la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó la señora MARCELA ISABEL CASTAÑEDA BERNAL, en contra de la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda:

Conforme lo establecido en la fijación del litigio que tuvo lugar en la audiencia inicial (fl.135-143), los **hechos** de la demanda se contraen a los siguientes:

- i)* La señora Marcela Isabel Castañeda Bernal nació el 4 de julio de 1954;
- ii)* mediante **decreto 181 de 1991** el Gobernador de Boyacá nombró en propiedad a la demandante como docente en el área de química y biología en el Colegio Departamental San Rafael del municipio de Rondón; allí se desempeñó por el lapso comprendido entre el 6 de febrero de 1991 y el

25 de diciembre de 1997. Con posterioridad fue trasladada a partir del 26 de diciembre de 1997 y hasta la fecha de presentación de la demanda; *iii*) la demandante no ha sido nombrada como docente nacional; *iv*) la Secretaría de Educación de Boyacá expidió sendos certificados de historia laboral de la accionante en los que consta que su tipo de vinculación es **departamental**; *v*) la Secretaría de Educación de Boyacá mediante oficio 1351 del 19 de septiembre de 2006 manifestó *haber cometido un error* en el caso de la actora, *al liquidarle anualmente las cesantías siendo que pertenece al régimen de retroactivas*. Esto fue ratificado en oficio suscrito por el Secretario de Educación de Boyacá del 7 de mayo de 2014 y que *vi*) por lo anterior, la demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá el pago de la cesantía parcial *por reparación*, no obstante la demandada mediante la resolución No. 004205 del 2 de julio de 2015 dispuso la improcedencia en el pago de tal prestación; esta decisión fue recurrida por vía de reposición por la demandante, la que no obstante fue confirmada por la demandada mediante la resolución No. 5663 del 8 de septiembre de 2016.

De otro lado, las **pretensiones** de la demanda se orientan principalmente a **(i)** declarar la nulidad de la resolución No. 4205 del 2 de julio de 2015, por medio de la cual la entidad demandada resolvió la solicitud de la demandante del reconocimiento de la cesantía parcial por reparación; **ii)** declarar la nulidad de la resolución No. 5663 del 8 de septiembre de 2016 mediante la cual la entidad demandada confirma en su integridad la resolución No. 4205 de 2015; **iii)** declarar que la demandante tiene derecho a que la demandada le reconozca sus cesantías parciales aplicándole el régimen de retroactividad de las cesantías parciales conforme lo dispone el artículo 6 de la ley 60 de 1993 y el artículo 5 del decreto 196 de 1995 por ser docente con tipo vinculación departamental; **iv)** ordenar a la entidad demandada que reconozca liquide y pague a la demandante la cesantía parcial retroactiva por reparación a que tiene derecho por ser una docente de carácter territorial vinculada antes del 31 de diciembre de 1996 conforme lo dispone el artículo 6 de la ley 60 de

1993 y el artículo 5 del decreto 196 de 1995; **v)** condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las costas procesales.

2.2. Contestación de la demanda

Mediante apoderado, la NACION –MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, oportunamente, contestó la demanda solicitando se desestimaran las pretensiones de la demanda; para ello manifestó que en virtud de la descentralización de la educación (ley 60 de 1997 y 715 de 2001) el Ministerio de Educación perdió la facultad de ente nominador en materia educativa; mediante el decreto 2831 de 2005 se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes radicada en cabeza del Ministerio de Educación a las entidades territoriales, razón por la cual considera que esa Entidad carece de competencia y legitimidad para realizar tales funciones.

Agregó que esa función fue confiada por la ley 91 de 1989 al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual es administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Finalmente en cuanto a la pretensión de pago de las cesantías retroactivas la demandada manifestó que no le asiste razón a la parte actora en la medida que la aludida ley 91 de 1989 reguló lo relacionado con el pago de tal prestación a los docentes, regulando dos regímenes, dependiendo de la fecha de vinculación, en el literal A estableció el régimen de cesantías retroactivas para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y en el literal B consagró el régimen anualizado para los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha. Que la situación de la actora se ubica en el segundo supuesto, dado que su vinculación se dio con posterioridad, por ello considera que no le asiste derecho al pago retroactivo de sus cesantías (fl. 110-113).

2.3 Alegatos de conclusión:

La **parte demandante** se pronunció reiterando los argumentos expuestos en la demanda y agregando que fue vinculada el 21 de enero de 1991 con nombramiento de **tipo territorial**, que posteriormente en el año 1993 fue incorporada a la planta de cargos del Departamento de Boyacá; que por esto *no hay la menor duda* de que la actora es una docente con vinculación de tipo territorial, pues así lo certificó la Secretaria de Educación y porque además fue incorporada a la nómina del situado fiscal, lo que a su juicio implica que los recursos con los que se pagan sus salarios y prestaciones sociales son recursos propios, tesis que ha sido avalada por el Consejo de Estado en providencia que cita (fl. 278-282).

La **parte demandada** guardó silencio.

A su turno el **Agente del Ministerio Público** emitió concepto solicitando se denegaran las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que del material probatorio allegado al expediente se advertía que la demandante fue nombrada en propiedad como docente de carácter departamental, mediante el decreto 00181 del 21 de enero de 1991, cargo en el que tomó posesión el 6 de febrero de ese año, por lo que considera que el régimen aplicable en relación con el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías es el vigente a la fecha de su vinculación, es decir el establecido en la ley 91 de 1989.

Agregó que no es de recibo el argumento de la demanda consistente en que lo que determina el régimen de cesantías de los docentes oficiales es el tipo de vinculación, esto es, si es territorial o nacional, sino que lo determinante es la fecha de vinculación al servicio docente, pues si esta se produjo con posterioridad al 31 de diciembre de 1989 las cesantías deberán ser liquidadas anualmente y sin retroactividad.

Finalizó indicando que tampoco era aceptable el alegato del demandante en el sentido de que a la demandante por ser vinculada con anterioridad

a ley 344 de 1996 le era aplicable un régimen retroactivo de cesantías, fundado en la ley 60 de 1993 pues afirma que esa Ley fue la que estableció que el régimen prestacional del personal docente vinculado con posterioridad a la ley 91 de 1989 es el contemplado en ese régimen normativo (fl. 301-304).

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico

En esta oportunidad deberá la Sala determinar si la señora MARCILA ISABEL CASTAÑEDA BERNAL quien fue vinculada en propiedad a la docencia oficial mediante decreto 181 de 1991 proferido por el Gobernador de Boyacá, *i)* se encuentra debidamente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y *ii)* si tiene derecho al reconocimiento y pago de la cesantía parcial de manera retroactiva, o si por el contrario los actos acusados se encuentran ajustados a derecho al haberle liquidado la cesantía de forma anualizada.

a. De la afiliación de los docentes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Al respecto los artículos 3 y 4 de la ley 91 de 1989 *"Por el cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"* dispusieron lo siguiente:

"Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos, serán manejados por una entidad estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se

generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren afiliados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2º., y de los que se vinculen con posterioridad a ella serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.”.

Posteriormente el decreto 196 de 1995 “Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” en su artículo 5 dispuso lo siguiente:

“Artículo 5. 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 podrán 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 9º del presente Decreto.”.

El artículo 9 del aludido decreto establece el procedimiento de afiliación e incorporación de docentes, departamentales, distritales municipales de docentes financiados y cofinanciados y de docentes de establecimientos públicos oficiales nacionales o territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

Artículo 9º.- *Procedimiento para la afiliación o incorporación de docentes departamentales, distritales y municipales. La afiliación o incorporación de los docentes departamentales, distritales y municipales vinculados con recursos propios de las entidades territoriales, se realizará previo el cumplimiento del siguiente procedimiento:*

1. *A solicitud de la respectiva entidad territorial, la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, realizarán conjuntamente con aquella un estudio actuarial que permita determinar la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por concepto de las obligaciones que éste asume al momento de la afiliación o Incorporación. Este estudio actuarial se efectuará teniendo en cuenta la retrospectiva futura de las prestaciones y los pagos parciales de cesantías realizadas a cada docente.*

2. *Conjuntamente con la solicitud a que se refiere el numeral 1, inmediatamente anterior y para los efectos de realizar el estudio actuarial, la entidad territorial remitirá al Ministerio de Educación Nacional la información de cada uno de los docentes vinculados con recursos propios, identificándolos por su nombre, documento de Identidad, fecha de nacimiento, fecha de vinculación, grado en el escalafón, salario, prestaciones sociales que devenga a cargo de la respectiva entidad territorial debidamente discriminadas y soporte legal de las mismas, tiempo de trabajo en otras entidades y cesantías parciales pagadas.*

3. *Una vez elaborado el estudio actuarial, se suscribirá entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la respectiva entidad territorial, un convenio interadministrativo que fije la deuda en favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y establezca su pago en cuotas que no excedan el plazo de cuatro (4) años, con intereses a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante el período de amortización, más cuatro (4) puntos de intereses de mora por incumplimiento. Establecerá además convenio de las garantías y demás condiciones de cancelación de la deuda.*

Los cálculos actuariales se revisarán y actualizarán periódicamente por parte de quienes los realizaron.

4. *En el convenio interadministrativo se estipulará expresamente la obligación garantizada de la entidad territorial de girar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los períodos establecidos en la*

ley en el presente Decreto, las sumas necesarias para cancelar las prestaciones de los docentes con cargo los recursos propios de la respectiva entidad territorial, de conformidad con el artículo 13 del presente Decreto.

Para cumplir con esta obligación, los municipios podrán pactar con la Nación que ésta gire directamente al Fondo, los recursos a que se refiere el artículo 12 del presente Decreto, con cargo a las participaciones en los ingresos corrientes de la Nación.

5. Una vez suscrito el convenio interadministrativo y para garantizar el pago de las prestaciones sociales de sus docentes, la entidad territorial girará anticipadamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo menos la quinta parte de la deuda resultante del respectivo estudio actuarial.

Según el artículo 9 del mismo decreto, debe adelantarse un proceso de concertación que culmina con un convenio interadministrativo entre los ministerios de Educación, Hacienda y Crédito Público y la respectiva entidad territorial, conforme al cual se fija la deuda en favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se establecen la modalidad de pago de la misma y las garantías y demás condiciones de cancelación de la deuda. De acuerdo con esto, la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es un proceso de coordinación administrativa que compete a las entidades involucradas¹.

b. Marco normativo del régimen de cesantías de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio

El artículo 1 de la Ley 91 de 1989 por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, distingue en su artículo 1 de acuerdo a su vinculación, entre tres categorías de docentes, a saber: **i) docentes nacionales:** son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional; **ii) docentes nacionalizados:** son aquellos vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 25 de agosto de 2005. C.P. Jesús María Lemus Bustamante. Exp. 4656-03.

Ley 43 de 1975; y iii) **docentes territoriales:** son los 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 1975².

Por su parte, el numeral 3º del artículo 15 ibídem regula de manera especial el régimen de cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el siguiente orden:

"(...)

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 1º 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." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

² 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". 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".

Ahora, en relación con la incorporación o afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las normas aplicables son el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, reglamentados por el Decreto 196 de 1995. El artículo 2º de este último Decreto prevé que son **docentes departamentales, distritales y municipales los vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal.**

Del anterior recuento normativo puede colegirse lo siguiente: **i)** 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 nacionalizados³; **ii)** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio asumirá las obligaciones prestacionales de los docentes nacionales vinculados a partir de su vigencia; **iii)** 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**⁴; **iv)** 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**^{5, 6}.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección A. Expediente No. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09) de 25 de marzo de 2010. C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

⁴ ibídem

⁵ ibídem

⁶ Esta interpretación normativa ha sido acogida por este Tribunal, entre otros dentro de la sentencia proferida el 7 de julio de 2016 exp. 150013333005201400149-01, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; sentencia de 7 de mayo de 2015, exp.

3.2. Caso concreto

Conforme al acervo probatorio, se encuentra acreditado lo siguiente:

a) A folios 74 y 75 reposa copia del decreto 00181 del 21 de enero de 1991 mediante el cual el Gobernador de Boyacá nombra en propiedad a la señora Marcila Castañeda Bernal como profesora de tiempo completo en el Colegio Departamental "San Rafael" del municipio de Rondón, cargo en el que fue efectivamente posesionada el 6 de febrero de esa anualidad.

b) A folios 58 a 61 reposa copia del certificado de historia laboral de la demandante en el que consta que se ha desempeñado de manera ininterrumpida como docente departamental desde la fecha citada (21 de enero de 1991).

c) La actora solicitó a la entidad demandada el pago de las cesantías parciales con retroactividad (fl. 31-32), la cual fue resuelta de manera desfavorable por la entidad demandada, mediante la resolución No. 04205 del 2 de julio de 2015, debido a que no había claridad acerca del tipo de vinculación de la demandante (fl. 33-34); esta decisión fue confirmada mediante la resolución No. 5663 del 8 de septiembre de 2016, pues persistía la incertidumbre respecto del tipo de vinculación de la demandante (fl. 41-44).

d) A folios 49 a 53 reposa copia de la liquidación anualizada de las cesantías de la demandante, correspondiente a los años 1999 a 2002.

e) Finalmente a folios 62 a 63 reposa el oficio 1.2.5.1.1.-38-2014PQR11246 del 7 de mayo de 2014 suscrito por la Profesional

150012333005201300488-00, M.P. Israel Soler Pedroza; sentencia de 16 de abril de 2016, exp. 150012333000201400367-00, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros, entre otros.

Especializada Oficina de Nómina de la Secretaría de Educación de Boyacá, en el que se informa que si bien la demandante fue nombrada en propiedad por el Gobernador de Boyacá el 21 de enero de 1991, es decir con vinculación departamental y por tanto los pagos por concepto de seguridad social y cesantías eran asumidos por el Colegio Departamental en el que había sido nombrada, posteriormente en el año 1993 fue incorporada a la planta de cargos del Departamento y por tanto, era éste último el responsable del pago de las cesantías que sin embargo, *"... por error la administración la relacionó con vinculación nacional, liquidando las cesantías anualmente..."* y por consiguiente el Fondo Prestacional del Magisterio realizó el pago de las cesantías anualizadas; que no obstante para el año 2007 se le suspendió a la actora el pago de las cesantías por este sistema.

Con fundamento en lo anterior puede colegirse que la controversia gira en torno al tipo de vinculación de la demandante y de la incidencia que ello tiene en el régimen de cesantías que la cobija, no obstante, **advierte la Sala que es la fecha de vinculación de la demandante al servicio**, la que determina si le asiste o no derecho a que sus cesantías sean reconocidas con el régimen retroactivo como lo pretende.

En efecto, como se dijo párrafos atrás, el numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 dispone que **para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, el Fondo de Prestaciones pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio 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, mientras que para aquellos docentes que se vinculen **a partir del 1° 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 1° de enero de 1990**, el Fondo pagará un interés anual de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad.

En el caso, mediante el decreto 181 del 21 de enero de 1991 el Gobernador del Departamento de Boyacá nombró en propiedad a la señora Marcíla Isabel Castañeda Bernal (fl. 64), es decir que su vinculación se dio con posterioridad al **31 de diciembre de 1989** y por ende el régimen de reconocimiento de sus cesantías es el **anualizado**, conforme la norma citada. Sobre esto la norma es enfática en señalar que **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.**

Ahora bien, alega la demandante que los actos demandados devienen ilegales pues en ellos no se respetó el régimen a ella aplicable, esto es, el de cesantías retroactivas, dado que su vinculación como docente territorial se dio con posterioridad al 1º de enero de 1990 y antes del 31 de diciembre de 1996.

Sobre el particular, la ley 344 de 1996, cuyo objeto es la racionalización y disminución del gasto público, garantizar su financiamiento y reasignar recursos hacia sectores deficitarios de la actividad estatal (art. 1), dispuso en su artículo 13 lo siguiente:

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.

(...)

De lo anterior podría *prima facie* considerarse, -como lo estima la actora- que las personas que se vincularan a los Órganos y Entidades del Estado, con anterioridad a la entrada en vigencia de esa norma (31 de diciembre de 1996) y que para el momento de su vinculación tuvieran el régimen prestacional de las entidades territoriales, podrían acogerse al régimen retroactivo para el pago de sus cesantías, sin embargo esta tesis no puede aceptarse por lo siguiente:

La ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 3 regula de manera **especial** el régimen de cesantías del personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues conforme lo señalado en su exposición de motivos, la pretensión de esta norma fue la de unificar la regulación de los docentes en materia salarial y prestacional; en la sentencia C-393 de 2011, la Corte Constitucional discurrió sobre el particular así:

*"Por su parte, la Ley 91 de 1989, modificada por los decretos 116 de 1976 y 219 de 1976, en su artículo 15, numeral 3, literal B, prevé lo propio para el personal docente nacional y nacionalizado.⁷ El Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, es la entidad encargada de administrar y pagar las cesantías de los docentes. **En la exposición de motivos que acompañó al del proyecto de ley que dio origen a la Ley 91 de 1989, se sostuvo que frente al desorden que la situación del magisterio padecía en materia salarial y prestacional, con el proyecto se pretendía definir claramente las responsabilidades en estas materias, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones existentes y futuras. En los siguientes términos, se hizo alusión al tema:***

⁷ El texto completo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el siguiente: "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 del orden nacional, Decretos 3135 de 1966, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. // 2. Pensiones: // A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. // B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

"Con el ánimo de poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente y administrativo oficial del país, de crear un mecanismo ágil y eficaz para efectuar tales pagos y de garantizar el buen manejo de los dineros recaudados a través de un Fondo Especial, el Gobierno nacional pone en consideración el siguiente proyecto de ley, "por el cual se crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio". El Proyecto contiene variables jurídicas, económicas, y administrativos elementos sin cuya interrelación sería imposible consolidar la solución esperada.

*Jurídica y doctrinariamente se deberán mantener los regímenes que han sido reconocidos y legitimados en cada entidad territorial para aquellos docentes que fueron contratados bajo las circunstancias laborales enunciadas. **Lo anterior conlleva a dejar en claro que a partir del 1 de enero de 1990, quienes se vinculen en calidad de docentes al sector educativo nacional estarán cobijados por el régimen establecido para los empleados nacionales. (...)**".⁸ (Negrilla fuera de texto)*

Como se aprecia, la regulación contenida en la ley 91 de 1989 es especial y específica para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que ella unificó las distintas regulaciones que existían sobre la materia, entre ellas, el pago de las cesantías de manera retroactiva o anualizada, como se citó en el numeral 3 del artículo 15.

Por esto no podría aplicarse al caso de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las regulaciones del artículo 13 de la ley 344 de 1996 en materia de pago de cesantías, pues esta resulta general para las personas que se vincularan a las distintas Entidades y Órganos del Estado, mientras que la ley 91 de 1989, -se itera- regula de manera especial el caso del personal afiliado al Fondo de Prestaciones.

⁸ Anales del Congreso. Tomo 2, No. 69, 1 de septiembre de 1989, p. 7.

Aunado a lo anterior, la consagración del citado artículo 13 de la citada ley 344 de 1996 dispone que "sin perjuicio" de lo estipulado en la ley 91 de 1989, es decir salvo lo allí consagrado, lo que excluye por tanto a los docentes afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de la regulación que en materia del pago de cesantías allí se consagra.

En suma, a juicio de la Sala, a la actora no le asiste razón en su reclamo, pues como se evidenció, su vinculación se dio con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, lo que implica que la regulación contenida en el literal a) del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, esto es, el régimen de cesantías retroactivas, no le es aplicable, pues esta se consagró únicamente para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que se encontraran vinculados con anterioridad a esa fecha. Por tanto, si bien la demandante acreditó su condición de docente territorial, también lo es que se evidenció que no se encontraba vinculada con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 y por ello, no le asiste el derecho al régimen territorial de cesantías retroactivas.

Esto último encuentra su justificación en la reserva del Legislador de establecer los diversos regímenes prestacionales atendiendo al tiempo de vinculación, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 1997, en el que se hizo el análisis de constitucionalidad de la citada ley 344 de 1996, en la que indicó:

"2. Facultad del legislador para regular hacia el futuro los distintos regímenes de prestaciones sociales"

Como lo había destacado esta Corte a propósito del análisis por ella efectuado sobre la constitucionalidad de la Ley 100 de 1993, la Constitución Política no impone al legislador unos determinados criterios acerca del régimen legal de las prestaciones sociales que se deban pagar a los trabajadores, ni estipula normas que impidan a la ley cambiar hacia el futuro los sistemas de liquidación o determinación de aquéllas, ni obstruye la evolución de la estructura laboral fundada en la ley, siendo claro que le es posible crear nuevas prestaciones, introducir reglas distintas sobre las vigentes y aun sustituir unas por otras, todo sobre la

base de que no afecte situaciones jurídicas consolidadas ni pretenda dar a los nuevos ordenamientos efectos retroactivos -a menos que sean indudablemente benéficos para los trabajadores- o atribuirles consecuencias contrarias a garantías laborales mínimas señaladas en la Constitución.

(...)

Tal es el caso precisamente del régimen de cesantías, que resulta reformado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 para las personas que se vinculen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación definitiva de cesantías por anualidades o fracciones de ellas.

Se cambió, pues, por el legislador -que era quien podía hacerlo- el sistema que se hallaba en vigor, y a ello se procedió con el propósito definido de disminuir o atemperar el gasto público, pero no aparece por tales razones violado precepto constitucional alguno, en cuanto no se afectaron los derechos adquiridos de los trabajadores (la norma surte efectos hacia el futuro); no se rompió la unidad de materia exigida por la Carta; no se vulneró el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política; no se sustituyó al Gobierno en el ejercicio de una función que fuera propia de él y, por el contrario, se circunscribió el Congreso a establecer reglas propias de su competencia" (Negrillas fuera de texto).

Por todo lo anterior puede la Sala colegir sin lugar a ambages que a la demandante no le asiste el derecho a que sus cesantías sean reconocidas por el sistema retroactivo, dado que la norma que lo consagra, dispuso que a él se harían acreedores los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se encontraran vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, y en el caso, la actora se vinculó el **21 de enero de 1991**, y por ello, le corresponde el sistema anualizado de liquidación de cesantías, como lo dispone el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la citada ley 91 de 1989.

De otro lado, en cuanto al segundo componente del problema jurídico esto es si la afiliación de la docente Marcila Isabel Castañeda Bernal se llevó a cabo conforme la normatividad a ella aplicable se constata lo siguiente:

En la resolución No. 5663 del 8 de septiembre de 2016, el demandado en esta oportunidad, el Secretario de Educación de Boyacá informó lo siguiente:

*"(...) que sobre el tipo de vinculación y régimen legal aplicable en cesantías, le informo que consultada la base de datos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el nombramiento de la docente MARCIA ISABEL CASTAÑEDA BERNAL C.C. 23605097, **NO puede corresponder a departamental; los docentes departamentales, así como los municipales y distritales se afiliaron al Fondo en virtud del decreto 196 de 1995, mediante convenios interadministrativos con certificación del régimen de cesantías expedidas por el Gobernador y/o Alcalde por lo tanto, como los representantes legales del Departamento de Boyacá no surtieron el proceso de afiliación de la educadora, hoy no es posible efectuar cambios, ni legalizaciones de docentes territoriales con pasivo prestacional (Decreto 3752 de 2003)***

(...)" (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior el Despacho consideró necesario oficiar a la Secretaría de Educación de Boyacá a los efectos de que allegaran los *documentos relacionados con la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes departamentales y específicamente lo que tiene que ver con el estudio actuarial que ordena el decreto 196 de 1995 como requisito para dicha afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales de los docentes departamentales* (fl. 142 vlto). En respuesta, la entidad oficiada allegó los documentos requeridos mediante oficio 5 de marzo del año en curso (fl. 151), de los cuales se advierte lo siguiente:

Entre el Consorcio Fiduciaria Previsora, en nombre del Fondo de Cofinanciación para la inversión social y el Departamento de Boyacá se suscribió el convenio interadministrativo No. 1798 de 1994, cuyo objeto consistió en la *cofinanciación del pago de docentes de secundaria con*

recursos aportados por el FIS y el Departamento, para que éste continuara con el pago de hasta 129 plazas docentes de secundaria durante el periodo abril a diciembre de 1995 (fl. 152-156).

Así mismo que el 6 de noviembre de 1997 el Departamento de Boyacá celebró convenio con la Nación- Ministerio de Hacienda para *garantizar la afiliación o incorporación de 846 docentes financiados con recursos propios del Departamento, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinar el pasivo prestacional previa información requerida por el artículo 9 del decreto 196 de 1995 (fl. 157-160).*

Si bien se demostró que entre el Departamento de Boyacá y el Ministerio de Hacienda se suscribió el convenio interadministrativo de que trata el numeral 3 del artículo 9 del decreto 196 de 1995, no obstante en el listado que reposa a folios 178 a 183 en el que se relaciona los *docentes financiados y cofinanciados por la nación, afiliados por convenio al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio* no aparece inscrita la demandante, así como tampoco en el listado que se aprecia a folios 222 a 237.

Lo anterior confirma lo señalado por el Secretario de Educación de Boyacá en el sentido de que *los representantes legales del Departamento de Boyacá no surtieron el proceso de afiliación de la educadora*, conforme lo dispuesto en el decreto 196 de 1995, siendo que había sido incorporada a la planta de cargos de la Nación mediante el decreto 288 de 1993 (fl. 72), por lo que se concluye que la afiliación de la demandante al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no se dio conforme las exigencias del aludido decreto 196 de 1998, lo cual incidirá en el pago que le corresponde de las cesantías anualizadas al Departamento de Boyacá, razón por la cual se le instará para que formalice tal situación.

Finalmente, la Sala se releva del estudio de las excepciones propuestas por la entidad demandada y cuya resolución había sido diferida para el fallo, dado que las pretensiones de la demandante no prosperaron.

- Costas

Finalmente, la Sala condenará en costas en esta instancia a la parte demandante por cuanto no prosperaron sus pretensiones y por encontrarse causadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP. Se fijan como agencias en derecho a cargo de la demandante, la suma de \$781.242 que corresponde a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, conforme lo establece el numeral 1º del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Por Secretaría practíquese la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, La Sala de decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Instar al Departamento de Boyacá- Secretaria de Educación a fin de que adelante los trámites pertinentes para formalizar la afiliación de la demandante al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta la fecha en que fue incorporada a la planta de cargos de la Nación, a los efectos de facilitar el pago que corresponde a ese ente territorial en el pago de las cesantías anualizadas de la demandante.

TERCERO: Condenar en costas a la demandante por cuanto no prosperaron sus pretensiones de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

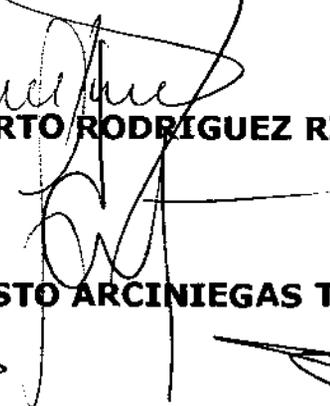
CUARTO: Fijar como agencias en derecho a cargo de la demandante, la suma de \$781.242 que corresponde a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, conforme lo establece el numeral 1º del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Por Secretaría practíquese la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

QUINTO Una vez en firme la presente providencia, archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

Los magistrados,


FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA


FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARCELA ISABEL CASTAÑEDA
DEMANDADO: FOMAG
RADICADO: 15001233300020170020200

SECRETARÍA DE ESTADO
DE JUSTICIA
NOTIFICACION POR ESTADO
El otro anterior se notifica por estado
No. 66 de 30 ABR 2018
EL SECRETARIO

