RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicado. 19001333100720160029900
Demandante. Magnolia Sofía Morales y otros
Demandado. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – otro.
Fecha de la sentencia. Junio 14 de 2018
Magistrado ponente. CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO
Descriptor. **Docentes**
Restrictor 1. Docentes territoriales.
Restrictor 2. Régimen de liquidación de cesantías parciales.
Restrictor 3. Régimen retroactivo de cesantías.
Restrictor 4. Condiciones para su aplicación.
Restrictor 5. Cambio de postura jurisprudencial.
Premisa. En varios pronunciamientos de este Tribunal, se venía considerado viable el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías a docentes territoriales vinculados antes de diciembre de 1996, en especial, a docentes territoriales vinculados entre 1990 y 1996. Dicha posición cambia.
Tesis 1. La posición anterior partía de la consideración de que la Ley 91 de 1989 no regula expresamente el régimen de cesantías para los docentes territoriales, y que en aplicación de la Ley 344 de 1996, este tipo de docentes vinculados antes de su vigencia, tienen derecho al régimen retroactivo de cesantías.
Tesis 2. El criterio reformulado en esta providencia, parte de la premisa de que la Ley 91 de 1989 no contiene esa "especie de vacío", aunado a que la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, lo que así ha sido entendido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de forma que a los docentes nacionales y nacionalizados -antes territoriales-, vinculados a partir de 1990, en cesantías se les aplica el régimen anualizado sin retroactividad.
Tesis 3. En efecto, la Ley 91 de 1989 tuvo como propósito el respeto por los derechos adquiridos de los docentes vinculados por las entidades territoriales y su afectación por el proceso de nacionalización de la educación, y la fijación de un régimen laboral unificado, que a partir de su promulgación consistiría en el amparo de los docentes al régimen prestacional de los servidores del orden nacional.
Resumen del caso. Los demandantes fueron vinculados como docentes a partir del 30 de octubre de 1993, vinculación de carácter municipal – cofinanciada. Ellos solicitaron el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías. Por Oficio No. 4407 de 1 de octubre de 2015, emanado de la Secretaría de Educación del

departamento del Cauca, en nombre y representación de la Nación – FNPSM, se negó a los demandantes el cambio del sistema de liquidación de cesantías, bajo la consideración que su vinculación fue posterior a la Ley 91 de 1989, y que fue de carácter municipal – cofinanciada y que, por lo tanto, no tenían derecho a ser beneficiarios de régimen retroactivo.
Problema jurídico. Determinar la validez del Oficio No. 4407 de 1 de octubre de 2015, emanado de la Secretaría de Educación del departamento del Cauca, en nombre y representación de la Nación – FNPSM, mediante el cual se negó a los demandantes el cambio del sistema de liquidación de cesantías, con el fin de definir si los docentes son beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías.
Decisión. Niega pretensiones.
Razón de la decisión. *(…) 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 para las cesantías de los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.* *(…)* *Con fundamento en lo anterior, en varios pronunciamientos de este Tribunal, se ha considerado viable el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías a docentes territoriales vinculados antes de diciembre de 1996, en especial, a docentes territoriales vinculados entre 1990 y 1996. Esta posición parte de la consideración que la Ley 91 de 1989 no regula expresamente el régimen de cesantías para los docentes territoriales, y que en aplicación de la Ley 344 de 1996, este tipo de docentes vinculados antes de su vigencia, tienen derecho al régimen retroactivo de cesantías.* *Este criterio es reformulado en esta providencia, porque la Ley 91 de 1989 no contiene esa especie de vacío, aunado a que la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, lo que así ha sido entendido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de forma que a los docentes nacionales y nacionalizados -antes territoriales-, vinculados a partir de 1990, en cesantías se les aplica el régimen anualizado sin retroactividad.* *En efecto, la Ley 91 de 1989 tuvo como propósito el respeto por los derechos adquiridos de los docentes vinculados por las entidades territoriales y su afectación por el proceso de nacionalización de la educación, y la fijación de un régimen laboral unificado, que a partir de su promulgación consistiría en el amparo de los docentes al régimen prestacional de los servidores del orden nacional.* *(…)* *Significa lo anterior que las cesantías de los docentes territoriales o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, y las cesantías de los docentes nacionales y de los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.* *Como se vio, (en el caso en concreto) está demostrado que los demandantes fueron vinculados como docentes a partir del 30 de octubre de 1993, vinculación de carácter municipal –*

cofinanciada.

(…)

Por lo anterior, esto es, por la fecha de vinculación, posterior a 1990, el régimen prestacional aplicable es el previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, liquidadas anualmente y sin retroactividad; y no son beneficiarios del sistema de liquidación retroactivo de las cesantías.

Observación del Despacho sobre la relevancia de la sentencia. En esta providencia, se analiza cuál es el régimen de cesantías aplicable a unos docentes con vinculación territorial posterior a la Ley 91 de 1989 pero con anterioridad a la Ley 344 de 1996. En pronunciamientos previos, el Tribunal consideraba que el régimen de cesantías aplicable era el retroactivo. Este criterio cambia en esta sentencia, porque de conformidad con la Ley 91 de 1989, las cesantías de los docentes territoriales o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, y las cesantías de los docentes nacionales y de los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990, sin distinción de su vinculación –territorial y/o nacionalizada o nacional- se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

Nota de Relatoría.

Los siguientes **precedentes horizontales** del Tribunal se refieren al reconocimiento y pago de cesantías bajo el **régimen de retroactividad** para los docentes territoriales. En ellos puede apreciarse la argumentación de la Corporación sobre este tópico:

Nulidad y Restablecimiento del Derecho/Docentes/Docentes territoriales/ Régimen de liquidación de cesantías parciales/ Presupuestos del régimen de retroactividad/ Tesis utilizada: *De acuerdo con la fecha de vinculación a la docencia y con los documentos que obran en el expediente que acreditan su carácter de "cofinanciados"; el régimen prestacional que le es aplicable es el que corresponde a los empleados del orden territorial, integrado por el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947. De conformidad con estas disposiciones, las cesantías deben liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicios/ Sentencia dictada en* ***audiencia inicial/****Accede/ María Zoila Lazo Romero y otros vs Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio y otro/Sentencia de agosto 8 de 2017/ M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz. Resumen* ***publicado en el Boletín Jurisprudencial No. 4 de 2017, título 4.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho/Docentes/Docentes territoriales/ Régimen de liquidación de cesantías parciales/ Presupuestos del régimen de retroactividad/ Tesis 1 utilizada: *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, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses/* ***Tesis 2 utilizada:*** *Las cesantías del actor se rigen por el sistema de liquidación con retroactividad establecido en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y no como lo indicó la a quo, por cuanto su vinculación al ramo docente fue en el orden territorial y antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996 (31 de diciembre de 1996)/ Sentencia de septiembre 9 de 2017/ M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.* ***Publicada en el Boletín Jurisprudencial No. 4 de 2017, título 7.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Régimen para la liquidación de cesantías. Liquidación de cesantías de docente territorial/Liquidación con retroactividad/*La vinculación de la actora al ramo docente fue en el* ***orden territorial*** *y antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996 (31 de*

diciembre de 1996). La accionante pretendía la nulidad parcial del acto administrativo, expedido por la Secretaría de Educación del Cauca en representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que liquidó sus cesantías parciales con el régimen anualizado. A título de restablecimiento del derecho, solicita se le reconozca, liquide y pague las cesantías con el régimen de retroactividad. ***Accede.*** *Las cesantías de la actora se rigen por el sistema de liquidación con retroactividad establecido en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, por cuanto su vinculación al ramo docente fue en el orden territorial y antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996 (31 de diciembre de 1996). Rosalba Ordóñez López vs Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sentencia del 11 de mayo de 2016. M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.* ***Publicada en el boletín jurisprudencial No. 2 de junio de 2016, título 4.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Régimen para la liquidación de cesantías. Liquidación de cesantías de docente territorial / Liquidación con retroactividad/ Docente municipal/Ley 6 de 1945 artículo 17, el Decreto 1160 de 1947 y la Ley 60 de 1993. *Docente que estuvo vinculada laboralmente por el municipio de El Tambo, solicitó se ordene el pago de cesantía de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de la vinculación como docente y liquidada sobre el último salario devengado con la totalidad de los factores percibidos.* ***Confirma el acceso a pretensión*** *de nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento del régimen de liquidación de cesantías con retroactividad. Si bien en 1997 a la actora se le incorporó a otro centro educativo, no se trató de una nueva vinculación por lo que no dejó de tener el carácter de territorial, como la misma entidad demandada lo certifica/* ***El carácter territorial*** *de un docente lo determina el ente estatal que expidió el acto administrativo de nombramiento y el presupuesto con el cual se realizan los pagos, por ello, la liquidación de las cesantías debe efectuarse con fundamento en el régimen de retroactividad previsto en la Ley 6 de 1945 artículo 17, el Decreto 1160 de 1947 y la Ley 60 de 1993/ La vinculación municipal de la docente fue anterior al 31 de diciembre de 1996, por lo que le asiste el régimen retroactivo de cesantías/****Confirma****. Astrid Agredo Idrobo vs Nación-Ministerio de Educación Nacional y otros. Sentencia de abril 21 de 2017, M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.* ***Publicada en el boletín jurisprudencial No. 2 de junio de 2017, título 2.***

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

Popayán, catorce de junio de dos mil dieciocho

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: **19001 33 31 007 2016 00299 00**
Actor: **MAGNOLIA SOFÍA MORALES y OTROS**
Demandado: **NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FNPSM - OTRO**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Parte demandante:

Magnolia Sofía Morales Polanco
Miguel Antonio Ramírez Castillo
María Benilda Quilindo Camayo
Javier Libardo Fernández Saniceto
Jesús Hernando Pencué Ossa
Luis Alberto Quira
Diego Campo Campo
María Ofelia Perdomo Pillimué
Libia Chate Rivera
Luceny Argenys Medina Ángel
Lenid Magnolia Medina Ortega
Carmenza Maritza Medina López
Laura Socorro Martínez

Parte demandada:

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM-

Departamento del Cauca

Las pretensiones:

La parte demandante, a través de apoderado, por el medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita:

Que se declare la nulidad:

Del oficio No. 4407, de 1 de octubre de 2015, por el cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías de conformidad con el régimen retroactivo.

Que a título de restablecimiento del derecho:

Se declare que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivo.

Se ordene la re-liquidación del auxilio de cesantías, de conformidad con el régimen retroactivo.

Que los valores sean indexados, y se incluyan los intereses causados a partir de la ejecutoria del acto de reconocimiento.

Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.1 Hechos

Los demandantes son docentes del departamento del Cauca, y el FNPSM les reconoce un interés de cesantías de conformidad con el numeral 3, literal b, del artículo 15, de la Ley 91 de 1989.

El 17 de septiembre de 2015, solicitaron el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías.

En el oficio demandado, se negó lo anterior, bajo el argumento que por la fecha de vinculación, no tienen derecho a ser beneficiarios de dicho régimen.

Los docentes se vincularon con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, por lo que tienen derecho al régimen retroactivo de cesantías, como lo establece la Ley 6 de 1945, el Decreto 1582 de 1998, y demás normas complementarias. *Fls. 1 a 8.*

2. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 14 de abril de 2016 (Fl. 90 C. Ppal.), repartida al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, que por auto de 16 de mayo de 2016, la remitió a esta Corporación, donde fue admitida por auto de 4 de agosto de 2016 y debidamente notificada a las partes (Fls. 93 y Ss. C. ppal.)

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM** contestó la demanda, a través de apoderado y en tiempo oportuno.

En la contestación se opuso a las pretensiones y dijo que no le constaban los hechos expuestos.

Aclaró que a los docentes los ampara un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003, en el que se prevé una forma especial de liquidación de las cesantías. En este sentido, trascribió el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, de los que desprendió que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, tienen derecho a las cesantías bajo el régimen anualizado, sin retroactividad. Indicó que pretender lo contrario, es inconstitucional e ilegal.
Luego, expuso que el FNPSM es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, y destacó que el pago de las cesantías se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal para el efecto. Al respecto, citó y trascribió apartes de la sentencia T 228 de 1997.

Por último, adujo que las peticiones resueltas por el ente territorial no tienen la voluntad de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Propuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva, prescripción y pago de la obligación. *Fls. 117 a 119.*

El **departamento del Cauca** contestó la demanda, a través de apoderado y en tiempo oportuno.

En la contestación, aceptó como ciertos los hechos de la demanda.

Expuso la naturaleza jurídica y el funcionamiento del FNPSM. Precisó que el Decreto 1755 de 1990 estableció las funciones de los órganos que intervienen en el reconocimiento de las

prestaciones sociales de los docentes, y que el Decreto 2019 de 2000 señala que los recursos del Fondo se administran por una entidad fiduciaria.

Consideró que la entidad llamada a responder es la administradora de los recursos del Fondo. Expuso entonces la naturaleza y el funcionamiento de los patrimonios autónomos.

Planteó las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo del departamento, falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada. *Fls. 141 a 150. C. ppal.*

4. EXCEPCIONES Y AUDIENCIA INICIAL

De las excepciones propuestas se corrió el traslado de ley, en el que la parte actora no se pronunció. *Fls. 163 y siguientes.*

El 26 de octubre de 2017 se realizó la audiencia inicial.

En la etapa pertinente, no se declaró la falta de legitimación en la causa de la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM, y se declaró dicha falta de legitimación respecto del departamento del Cauca.

El litigio se fijó en establecer si los demandantes son beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías, a fin de analizar la validez del acto administrativo demandado.

Ante la inexistencia de pruebas por practicar, se prescindió de la segunda etapa del procedimiento ordinario contencioso administrativo, por lo que se pasó a la etapa de alegatos y juzgamiento.

Luego de escuchados los alegatos de conclusión de las partes y el concepto del Ministerio Público, la Sala decretó una prueba de oficio, consistente en recaudar los convenios celebrados entre el Ministerio de Educación Nacional y el municipio de Inzá, Cauca, para el nombramiento de los aquí demandantes. La prueba fue allegada, a folios 197 a 202 del cuaderno principal.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto, en primera instancia, de acuerdo a los artículos 152.2 y 156.3 del CPACA, en tanto que se discute la validez de actos administrativos de carácter laboral y el último lugar de prestación de los servicios fue el departamento del Cauca.

2. Lo probado y el acto administrativo demandado

Está demostrado que los demandantes fueron nombrados y tomaron posesión del cargo de docente de tiempo completo en el municipio de Inzá, Cauca, por Decreto No. 072 de 30 de octubre de 1993, salvo los señores María Ofelia Perdomo Pillimué y Miguel Antonio Ramírez, que fueron nombrados y tomaron posesión de ese cargo, por Decretos No. 073 y No. 074, de 30 de octubre de 1993, respectivamente.

Todos los actos de nombramiento fueron proferidos por el alcalde del municipio de Inzá, Cauca. Se dijo que los profería en usos de las facultades otorgadas en el artículo 9 de la Ley 29 de 1989, y de conformidad con el convenio celebrado entre el municipio y la Fiduciaria del Estado S.A. De la parte considerativa se extrae que las plazas docentes en las que se hacen los nombramientos, fueron creadas por cofinanciación con el presupuesto del Ministerio de Educación Nacional.

Según respuesta del municipio de Inzá, Cauca:

> *"…no se encontró Convenios celebrados entre el Municipio (sic) y la Fiduciaria del Estado, mediante los cuales se nombra docentes en el Municipio a través de los Decretos 072, 073 y 074.*
>
> *Referente a docentes cofinanciados al cual pertenecen los actores que enuncia su oficio, se encontró Convenio suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional Ministerio de Hacienda y Municipio del cual adjunto copia en el cual se puede constatar que su vinculación se realizó acorde con el Decreto 196 de 1995."*

Este Convenio tuvo como objeto garantizar la afiliación e incorporación de 16 docentes cofinanciados al FNPSM y determinar el pasivo prestacional de tales docentes, y fue suscrito el 14 de noviembre de 1997.

Y se tiene que por Oficio No. 4407 de 1 de octubre de 2015, emanado de la Secretaría de Educación del departamento del Cauca, en nombre y representación de la Nación – FNPSM, se negó a los demandantes el cambio del sistema de liquidación de cesantías, bajo la consideración que su vinculación fue posterior a la Ley 91 de 1989, y que fue de carácter municipal – cofinanciada. *Fls. 7 a 8.*

Como se fijó en la audiencia inicial, el litigio consiste en establecer la validez del anterior acto administrativo, para lo cual debe analizarse si los docentes son beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías.

Para este efecto, se expondrá la regulación de los sistemas de liquidación de las cesantías, las disposiciones especiales aplicables para la liquidación de las cesantías de los docentes, la posición de este Tribunal respecto de las cesantías de los docentes territoriales vinculados entre 1990 y 1996, y se resolverá el caso concreto.

3. La regulación normativa de las cesantías

El auxilio de cesantías, es un derecho del trabajador, de creación legal, que tiene por objeto cubrir la cesación del empleo, o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda.

La jurisprudencia, a partir de la normatividad, delimita que existen tres sistemas de liquidación de las cesantías:

> i) El sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996;
> ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998;

iii) El sistema del Fondo Nacional de Ahorro el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.

La regulación normativa de estos sistemas de liquidación, se resume de la siguiente manera:

La Ley 6 de 1945, en su artículo 17, estableció el sistema retroactivo de liquidación de cesantías, a favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. La Ley 65 de 1946, en su artículo 1, extendió dicha prestación a los trabajadores del orden territorial y a los particulares. Esta disposición fue reiterada por el artículo 1º del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947.

El Decreto 3118 de 1968, en su artículo 27, desmontó el sistema retroactivo de liquidación de las cesantías, para dar paso al sistema de liquidación anual, con el pago de intereses para el trabajador, para la rama ejecutiva del orden nacional.

Consecuentemente, el auxilio de cesantía en el orden territorial continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

Luego, la Ley 344 de 1996, en su artículo 13, ordenó que las personas que se vinculen a partir de su vigencia *"a todos los órganos y entidades del Estado"* se regirían por el sistema de liquidación anual de cesantías.

De manera con la entrada en vigor de esta Ley 344 de 1996, se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, esto es, que respecto de los servidores vinculados con anterioridad a su vigencia, se mantuvo el régimen retroactivo de cesantías.

La Ley 432 de 29 de enero de 1998, en su artículo 5, estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro para los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, y la posibilidad de que así lo hicieran los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

El Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto, reglamentó ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías en el ámbito territorial, así:

> *"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*
>
> *Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998".*

De la anterior normatividad se concluye que el sistema retroactivo de cesantías, beneficia a los servidores públicos de:

a).- La rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil, vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 33 de 1985.

b).- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, vinculados antes de la expedición de la Ley 344 de 1996.

El Decreto 1252 de 2000, dispuso que *"los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional".*

4. Disposiciones especiales para las cesantías de los docentes

Para las cesantías de los docentes, debe tenerse en cuenta las siguientes disposiciones especiales:

La Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales.

En el parágrafo, del artículo 2, se advirtió que las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de su promulgación, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional. Y que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de su promulgación, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

En el artículo 15 se dispuso que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial. Y que a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En forma específica, 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 para las cesantías de los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

5. Posición actual y cambio de posición de la Sala de Decisión de este Tribunal

Con fundamento en lo anterior, en varios pronunciamientos de este Tribunal, se ha considerado viable el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías a docentes territoriales vinculados antes de diciembre de 1996, en especial, a docentes territoriales vinculados entre 1990 y 1996. Esta posición parte de la consideración que la Ley 91 de 1989 no regula expresamente el régimen de cesantías para los docentes territoriales, y que en aplicación de la Ley 344 de 1996, este tipo de docentes vinculados antes de su vigencia, tienen derecho al régimen retroactivo de cesantías.

Este criterio es reformulado en esta providencia, porque la Ley 91 de 1989 no contiene esa especie de vacío, aunado a que la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, lo que así ha sido entendido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de forma que a los docentes nacionales y nacionalizados -antes territoriales-, vinculados a partir de 1990, en cesantías se les aplica el régimen anualizado sin retroactividad.

En efecto, la Ley 91 de 1989 tuvo como propósito el respeto por los derechos adquiridos de los docentes vinculados por las entidades territoriales y su afectación por el proceso de nacionalización de la educación, y la fijación de un régimen laboral unificado, que a partir de su promulgación consistiría en el amparo de los docentes al régimen prestacional de los servidores del orden nacional. Al respecto es válido el siguiente aparte, tomado del pronunciamiento de 8 de junio de 2016, radicado 2015 00188, de la Sala de Consulta y Servicio Civil:

> *"Ponencia para primer debate:*
>
> *"… seria intención de entrar a resolver el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio, de la falta de claridad relacionada con las cuantías que la Nación y las entidades territoriales deben aportar para cancelar los pasivos exigibles y contingentes a su favor y de la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo y se haga cargo de pagarle las prestaciones, las cesantías y de asumir los riesgos de salud y también los económicos. Además de otros aspectos, puede afirmarse que el proyecto consta de dos básicos: la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990.*
>
> *…La unificación del régimen laboral de los docentes es relativa. El pliego de modificaciones se ajusta a la proposición del Gobierno, que consiste en respetar las normas vigentes en las entidades territoriales para los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y para quienes ingresen con posterioridad a esta fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional…"*

Así, el sistema prestacional de la Ley 91 de 1989 es entendido como un todo, de carácter especial. Y como se vio, en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, mientras que a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, sin distinción de su vinculación, nacional, nacionalizada o territorial, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Y, en forma puntual sobre las cesantías, en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se excluyó de su aplicación a los docentes que están regidos por la Ley 91 de 1989, en la parte en que se prescribe: *"Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías (…)"*

De lo que se deduce que en materia de cesantías, a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les respetaría el régimen prestacional aplicable en la respectiva entidad territorial, y a los docentes vinculados desde 1990, sin distinción de su vinculación, se les aplicaría el régimen de cesantías de los empleados del orden nacional, sin que esto se haya visto repercutido por la Ley 344 de 1996.

Esta posición se ajusta al entendimiento que sobre el tema tiene la Sección Segunda, en las Subsecciones A y B. En este sentido, en su jurisprudencia se explica que respecto de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989 regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

> i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
>
> ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Y en forma particular, al relacionar empleados territoriales y docentes en materia de cesantías, expone:

> *En tal virtud, se establece que el régimen especial de docentes contemplado en la Ley 91 de 1989 , frente a la prestación social – cesantías, es diferente al anualizado previsto en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 , ésta última, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 , la cual previó como destinatarios del régimen de liquidación anualizado de cesantías a los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, sin perjuicio de los establecido en el régimen prestacional especial de los afiliados al FOMAG, que contempla en materia de cesantías, pensiones y salud, un sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable equiparar la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes frente a los servidores públicos del nivel territorial beneficiarios del sistema anualizado.*
>
> *(…)*
>
> *En cuanto a dicho cargo, tal como se señaló en el acápite precedente, debido a que por disposición del Decreto reglamentario 1582 de 1998 , el cual previó que son beneficiarios del régimen anualizado de liquidación de cesantías, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías , y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen aplicable en el sub-lite es el especial previsto en la Ley 91 de 1989, por tratarse de un docente del nivel territorial vinculado con posterioridad al 1º de enero de 1990 . Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, 27 de julio de 2017, radicado 8584-14.*

Luego, en pronunciamiento de la Sección Segunda, Sub Sección A, de 22 de febrero de 2018, con radicado 5085-16, al resolver un problema jurídico semejante al caso en estudio, se explicó:

> *De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes*

para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Posteriormente, el artículo 6.º de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5.º determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a los previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

Y descendiendo al caso concreto se aclaró:

"De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su carácter.

Finalmente, no le asiste razón a la parte demandante al señalar que por ser una docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, porque el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1.º de enero de 1990".

Y en pronunciamiento reciente, de la Sub Sección A, de 12 de abril de 2018, radicado 0483-16, actor Cristóbal Chantré Campo, en el que se resolvió un asunto que fue fallado en primera instancia por este Tribunal y que es idéntico al que ahora se estudia, se dijo:

> *Así las cosas, como lo ha señalado esta subsección en asuntos similares[1], no es procedente acceder a reconocer el régimen retroactivo de las cesantías al actor, comoquiera que su nombramiento como docente del departamento del Cauca, se realizó:*
>
> *i) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975, que inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980, y, en esa medida, se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales a partir del 1.º de enero de 1990.*
>
> *ii) Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9.º de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del ministerio de Educación Nacional.*
>
> *De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto, que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su condición de empleado público.*
>
> *Por último, tampoco es de recibo para la Sala, como lo consideró el a quo, que el demandante al ingresar al servicio docente con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1.º de enero de 1990.*
>
> ***En conclusión:** En el presente asunto, contrario a lo decidido por el a quo el reconocimiento de las cesantías del demandante se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional (régimen anualizado), es decir, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, como lo arguye el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), toda vez que el demandante se vinculó (el 31 de enero de 1994) con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989.*

[1] Sentencias de la sección segunda, subsección A: (i) de 22 de febrero de 2018 (número interno 5085-2016), 30 de noviembre de 2017 (número interno 4992-2015), 27 de noviembre de 2017 (número interno 0472-2016) y 19 de octubre de 2017 (número interno 5010-2015), consejero ponente: William Hernández Gómez; y (ii) de 19 de enero de 2015 (número interno 4400-2013) y 25 de marzo de 2010 (número interno 0620-2009), consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes territoriales o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, y las cesantías de los docentes nacionales y de los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

6. Del caso concreto

Como se vio, está demostrado que los demandantes fueron vinculados como docentes a partir del 30 de octubre de 1993, vinculación de carácter municipal – cofinanciada.

En este sentido, a partir del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, del artículo 176 de la Ley 115 de 1994, y del artículo 2 del Decreto 196 de 1995, se tiene que los docentes cofinanciados son docentes que se consideran de vinculación departamental, distrital o municipal. Dispone este último artículo:

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

Por lo anterior, esto es, por la fecha de vinculación, posterior a 1990, el régimen prestacional aplicable es el previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, liquidadas anualmente y sin retroactividad; y no son beneficiarios del sistema de liquidación retroactivo de las cesantías.

En virtud de lo anterior, no se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 4407, de 1 de octubre de 2015, por el cual se negó a los demandantes el reconocimiento y pago de las cesantías de conformidad con el régimen retroactivo, proferido por la Secretaría de Educación del departamento del Cauca, en nombre y representación del FNPSM.

7. Conclusión

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda.

8. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso que dispone que se condenará en costas a la *"parte vencida en el proceso".*

En virtud de lo anterior, para la condena en costas se atienden los elementos objetivos, sin tener en consideración análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Así las cosas, las costas estarán a cargo de la parte vencida, que en este caso resulta ser la parte demandante. Las agencias en derecho ascenderán a la suma del cero como cinco por ciento (0,5%) del valor de las pretensiones de la demanda. Las costas se liquidarán por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo de Cauca administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

F A L L A

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, según lo expuesto. Liquídense por Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

Los Magistrados

CARLOS H. JARAMILLO DELGADO **NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ