



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

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA No. 133

Popayán, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-33-009-2017-00278-01
Demandante: Alba Ruth Cruz Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros.
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fol. 2-3 c. ppal. 1)

Alba Ruth Cruz Sánchez, solicita que se declare la nulidad de la del Oficio No. 3447 de 16 de septiembre de 2016, proferido por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías de conformidad al régimen retroactivo de las mismas.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocerle y pagarles el auxilio de cesantías liquidado con el régimen de retroactividad.

Que las sumas reconocidas sean actualizadas conforme al IPC; que se reconozcan intereses; que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad convocada.

1.2. Como HECHOS, alegaron los siguientes: (fol. 1-2 c. ppal. 1)

Que se vinculó como docente mediante de Decreto 019 de 27 de febrero de 1990.

Que solicitó que se le reconociera como beneficiaria del régimen de cesantías retroactivo, petición que fue resuelta de manera negativa, a través del Oficio 3447 del 16 de septiembre de 2016.

Que tiene derecho al reconocimiento del régimen retroactivo de las cesantías, debido a que se vinculó con anterioridad al 31 de diciembre de 1996.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

1.3.1 NORMAS VIOLADAS:

Constitucionales: 1, 2, 53, 58, 93 y 209.

Legales: Ley 4 de 1992, Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 1 y 3 “a”, Ley 60 de 1993 artículo 6, Ley 6 de 1945, Ley 344 de 1996 artículos 13 y 14, Decreto 1582 de 1998.

1.3.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Que las cesantías se constituyen, conforme a la normativa constitucional citada, en un derecho laboral de carácter irrenunciable, cuyo contenido fue desconocido al no reconocérsele que era beneficiaria del régimen de retroactividad, con base en el que debe pagársele un mes de salario por cada año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales pagados por última vez, y que debe ser reconocido a los servidores territoriales vinculados antes del 31 de diciembre de 1996, pues, a partir del día 31 de ese mismo mes y año, aplica el régimen de anualidad e intereses de la Ley 50 de 1990; por tanto, como la demandante se vinculó a la administración con anterioridad a la vigencia de dicha norma, es titular de tal derecho.

2. LA CONTESTACIÓN (fol. 45-47 c. ppal. 1)

La Nación–Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando, en síntesis, lo siguiente:

Que a los docentes los cobija un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, modificada por la 812 de 2003, en el que se prevé una forma de

liquidación especial de sus cesantías, que es diferente al de los demás servidores.

Que, de conformidad con la Ley 91 de 1989, en especial con su artículo 15, se tiene que el régimen de pago retroactivo sólo es viable frente a docentes vinculados antes del 1º de enero de 1990, fecha después de la cual las cesantías se pagan con el régimen de anualidad, sin que haya excepción alguna al respecto.

3. SENTENCIA APELADA (fol. 83 y ss. c. ppal. 1)

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, expuso que la actora no tenía derecho a la aplicación del régimen retroactivo de cesantías, debido a que su vinculación fue posterior al 1º de enero de 1990, fecha a partir de la cual debe aplicarse el régimen de anualidad, implementado mediante la Ley 91 de 1989 para los docentes.

4. LA APELACIÓN (fol. 93-94 *ib.*)

La parte actora la interpuso alegando que no hay una posición pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que por ende debe aplicarse el principio de favorabilidad para acoger las pretensiones de la demanda.

Que quienes se vincularon con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 344 de 1996, son beneficiarios del régimen de retroactividad en las cesantías.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Judicial II Delegada para Asuntos Administrativos no rindió concepto de fondo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra limitada “a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único”.¹

Circunstancia que aparece consignada en los artículos 320² y 328³ del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada, siempre que estén en consonancia con los cargos de la demanda y la *causa petendi* determinada en la misma.

Atendiendo al argumento de apelación, corresponde a la Sala determinar si los demandantes tienen derecho a que sus cesantías le sean liquidadas y reconocidas con aplicación del régimen de retroactividad.

3. EL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS PARA LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en su artículo 1º, realizó la clasificación de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales; en el artículo 2º estipuló 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

¹ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 abril de 2018, Radicación: 05001 2331 000 2001 03068 01, exp. 46005.

² ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

³ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]»Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).”

momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975; por su parte el artículo 4º prevé que el personal docente debe ser automáticamente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al cual corresponde atender las prestaciones sociales de los nacionales y los nacionalizados. Las normas señaladas rezan así:

“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 1º 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 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.⁴

(...)

Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera: 1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

(...)

Artículo 4º. “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, 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 la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación (...).”

En relación con el régimen prestacional, dice en su artículo 15, numeral 1º:

“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,

⁴ Artículo 10º de la Ley 43 de 1975.- *“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.”*

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

Y específicamente en relación con el tema del auxilio de cesantías en el numeral 3º del artículo 15, dispone:

“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 1 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 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, acumulados 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.

De lo anterior, se deduce que 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 aquellos al régimen prestacional de los servidores del orden nacional.

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.

En forma puntual, sobre las cesantías retroactivas, en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se excluyó de su aplicación a los docentes que estuvieran 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 ello, 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 vinculados a partir del 1º de enero de 1990, sin distinción de su vinculación, se les aplicaría el régimen de cesantías de los empleados del orden nacional. Tal aspecto no se vio afectado por la Ley 344 de 1996.

Esta posición se ajusta al entendimiento que sobre el tema tiene la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B. En este sentido, en su jurisprudencia esa Corporación 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, 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.

En sentencia del 18 de julio de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado⁵, concluyó que *“No le asiste razón al demandante cuando alega que por ser un docente vinculado 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 1º de enero de 1990. En conclusión, en el presente asunto, toda vez que el demandante se vinculó (el 3 de febrero de 1994) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, el reconocimiento de sus cesantías se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, el régimen anualizado, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, como lo declaró el a quo”*.

⁵ Radicación No. 63001-23-33-000-2015-00128-01 (1100-17), CP: William Hernández Gómez

Y en sentencia del 26 de noviembre de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, se reiteró lo siguiente:

“De la lectura de estas normas, se concluyó en la sentencia del 30 de noviembre de 2017 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”⁷.

En similar sentido en la providencia del 31 de mayo de 2018 se señaló que a todos los docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990 se les aplica el sistema anualizado de cesantías, así:

“60. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

1) 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.

(...)

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁸, 1848 de 1969⁹ y 1045 de 1978¹⁰, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996¹¹ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989 consagró un sistema anualizado, así:

(...)

*62. Así, en virtud de lo dispuesto por la citada Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:*

i) Destinatarios: Docentes (nacionales o nacionalizados) vinculados desde el 1º de enero de 1990);

⁶ Radicación número: 20001-23-39-000-2016-00535-01(0469-18), CP: César Palomino Cortes.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, sentencia del 30 de noviembre de 2017, proceso con radicado 70001-23-33-000-2014-00290-01 (4992-15)

⁸ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

¹⁰ «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

¹¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, 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;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período”¹². (Negritas y subrayado del texto original)

También en Sentencia de Unificación CE SUJ2 de 14 de abril de 2016, sobre la prima de servicios docente, se explicó que la intención de la Ley 91 de 1989, fue unificar el sistema laboral – prestacional de los docentes oficiales a partir de 1 de enero de 1990, sin desconocer los derechos adquiridos por disposición de las entidades territoriales a las que estuvieran adscritos.

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.

En otras palabras, 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 hacer distinción entre nacionales y territoriales- se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

4. CASO EN CONCRETO

En la primera instancia se negaron las pretensiones encaminadas a la aplicación del régimen retroactivo de cesantías, para lo cual se adujo que la vinculación de la actora fue posterior a la expedición de la Ley 91 de 1989, de manera que le resultaba aplicable el régimen de anualidad establecido por la entidad demandada.

Tal decisión fue cuestionada por la parte actora al indicar que no hay una posición pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que por ende debe aplicarse el principio de favorabilidad para acoger las pretensiones de

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 20001-23-33-000-2014-00111-01 (4331-15)

la demanda, pues, como se vinculó con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 344 de 1996, es beneficiaria del régimen de retroactividad en las cesantías.

Según se vio, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹³, los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

Así, quienes ingresaron con posterioridad a la fecha señalada, por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad, puesto que por disposición del literal b del artículo 15-3 de la Ley 91 de 1989, los docentes “*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 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro*”. (Se subraya).

Conforme a los documentos que reposan en el proceso, se tiene que la actora se posesionó en el cargo de profesora de tiempo completo del Instituto Comercial de Cerro Alto, municipio de Caldon, a partir del 08 de marzo de 1990 (fol. 14 c. ppal. y 49 expediente administrativo).

De manera que, la vinculación efectiva de la demandante al sector docente ocurrió con posterioridad al 1° de enero de 1990, de lo que se colige que se encuentra inmersa en el régimen de anualidad y, por tanto, no le asiste derecho al reconocimiento de la calidad de beneficiaria del régimen de retroactividad, según lo dicho.

Ahora bien, no resulta 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, como lo puntualizó el Consejo de Estado, 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.

No puede concluirse que al ingresar al servicio docente con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tengan *per se* derecho a que las

¹³ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

cesantías les sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que el artículo 13 ibídem excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1º de enero de 1990.

Justamente, en sentencia del 04 de abril de 2019, la Alta Corporación reiteró y aclaró que para los docentes que fueron vinculados a partir de la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989, el régimen de cesantías aplicable corresponde al anualizado:¹⁴

“En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares¹⁵, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento 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 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.

iii) 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.

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1.º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 04 de abril de 2019, radicación número: 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17), C.P. William Hernández Gómez.

¹⁵ 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.

prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada”.

En efecto, la Alta Corporación reiteró que a los docentes que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 *-incluyendo los territoriales-*, les resultaba aplicable el sistema anualizado de liquidación de sus cesantías y no el retroactivo. Al respecto señaló:¹⁶

“Siendo así, para efectos de determinar el sistema de liquidación de su auxilio, es forzoso concluir que como su ingreso a la docencia oficial se produjo después del 31 de diciembre de 1989, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, su régimen de cesantías es el establecido en el artículo 15, numeral 3, literal B, de esa disposición, es decir, el de liquidación anual.

Al respecto, es necesario precisar que si bien es cierto la Ley 60 de 1993 y el Decreto 196 de 1995 regularon lo relativo a la afiliación de los docentes territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, también lo es que tales previsiones tan solo cobijaban, en esa materia, a aquellos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989¹⁷, porque los que ingresaron a partir del 1 de enero de 1990, se rigen por esta última disposición, como bien lo señala el enunciado del artículo 15¹⁸ y la parte inicial de su literal B¹⁹, previsión que se aplica sin importar que estos fueran nacionales, nacionalizados o territoriales.

La Sala no desconoce que tanto la Ley 91 de 1989, como el artículo 3 del Decreto 196 de 1995 contienen la clasificación de docentes, como nacionales, nacionalizados y territoriales; sin embargo, ello no quiere decir que tal enunciación hubiera tenido el propósito de aplicar, a estos últimos, el régimen prestacional de la entidad territorial correspondiente, sino realizar una diferenciación que tendría repercusión, en particular, para aquellos que venían con una vinculación anterior²⁰.

Así las cosas, esta Subsección debe precisar que si bien es cierto la incorporación de los docentes territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se produciría a partir de lo dispuesto en el Decreto 196 de 1995, garantizaba el régimen prestacional que tuvieran al momento de su incorporación, también lo es que en el caso del demandante, para efecto de la liquidación de sus cesantías, el régimen que debía aplicarse no era otro que el anualizado contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues su vinculación laboral se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia de esa disposición”. (Se destaca).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 09 de mayo de 2019, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 73001-23-33-000-2015-00253-01(2901-16).

¹⁷ 30 de diciembre de 1989.

¹⁸ «**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».

¹⁹ «Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990».

²⁰ Entendiéndose anterior, aquella producida previamente a la vigencia de la Ley 91 de 1989.

De esta manera, resalta el Tribunal que, como lo planteó la primera instancia, cuando la Ley 91 de 1989, se refirió a los docentes vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990, hizo alusión a *todos*, sin importar que se tratara de nacionales, nacionalizados o territoriales, por lo que los argumentos de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

Por lo anterior, se confirmará el fallo de instancia en tanto se denegaron las pretensiones de la demanda.

5. CONDENA EN COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso, señala: *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (...)”*.

Sin embargo, dado que en estos asuntos se presentó un cambio jurisprudencial, considera la Sala razonable no condenar en costas a la parte demandante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán.

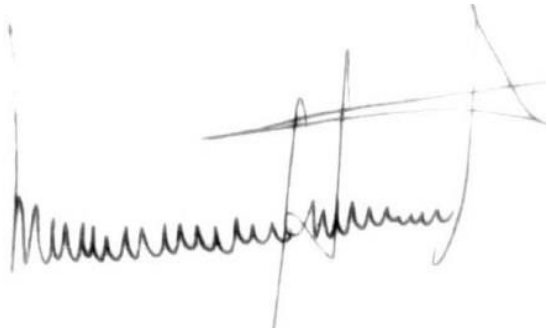
SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of vertical strokes followed by a large, sweeping horizontal stroke that loops back to the left.

CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'M' shape with a horizontal line across the top and a vertical line on the left side.

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

A handwritten signature in black ink, showing a series of vertical strokes followed by a large, sweeping horizontal stroke that loops back to the left.

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ