



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

Popayán, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD. -35 -2020

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-009-2016-00145-01.
Demandante: MARIA NORMELY GALARZA CABAL
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la Sentencia No. 150 de 28 de setiembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, en la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda¹.

La señora MARIA NORMELY GALARZA CABAL, por intermedio de apoderado debidamente constituido, promovió demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, a fin de que se concedan las siguientes declaraciones y condenas:

1) *“Se declare la nulidad del oficio con radicado 4.0-2016-1777 del 06 de mayo de 2016, por medio del cual la Secretaria de Educación del Departamento, por medio del cual le niega el derecho a la retroactividad de las cesantías.*

2) *Se declare que la actora es beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas establecido en la ley 6 de 1.945, de conformidad con la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998. .*

3) *A título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionada la actora, se pronuncie en sentencia definitiva de las siguientes o similares condenas:*

- *Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y re liquidar dentro del término legal las cesantías de la actora según el régimen de retroactividad de las cesantías.*

¹Folios 01 a 10 Cuaderno principal.

- *Los valores que resulten serán indexados conforme al IPC y devengarán los intereses legales una vez ejecutoriada la sentencia que ordene el reconocimiento.*
- *Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada."*

1.1 Hechos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso lo siguiente:

La demandante se vinculó como docente antes del 31 de diciembre de 1996, mediante Decreto 012 de 1972.

La docente solicitó el reconocimiento de las cesantías retroactivas, pero fueron negadas mediante Oficio No. 4.0-2016- 1777 de 06 de mayo de 2016.

2. Contestación de la demanda.

2.1 Departamento del Cauca²

Refirió que no hace pronunciamiento de fondo, por cuanto esa entidad no es la encargada del pago de prestaciones sociales a los funcionarios del sector docente, pues el pago de los mismos está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la FIDUPREVISORA S.A., no estando legitimados a comparecer para responder por las pretensiones de la demanda.

2.2. FOMAG³.

La parte demandada se opuso a las pretensiones, manifestando que a los docentes los ampara un régimen especial y diferente, que es la Ley 91 de 1989 modificada por la Ley 812 de 2003, teniendo en cuenta que establece una forma de liquidación especial de las cesantías de los docentes.

Afirmó que de acuerdo con la Ley 91 de 1989 los docentes que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, las cesantías se liquidarán y pagarán anualmente sin retroactividad, con el pago de intereses anuales.

Recalcó en su argumento que la parte demandante no elevó petición alguna ante esta entidad, por tal motivo, las peticiones resueltas por el ente territorial no tienen voluntad de la Nación- Ministerio de Educación.

² Folios 41 a 58 c. ppal

³Folios 86 a 88 Cuaderno principal.

Planteó las excepciones, falta de legitimidad por pasiva de la Fiduciaria LA PREVISORA S.A, prescripción, pago de la obligación contenida en el acto administrativo.

3. La sentencia de primera instancia⁴.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia No. 150 de 28 de septiembre de 2018, declaró la nulidad del oficio No 4.0 -2016-1777 del 23 de mayo de 2016, y ordenó corregir la historia laboral de la señora MARIA NORMELY GALARZA CABAL indicando que el régimen de cesantías aplicable es el de retroactividad y como consecuencia reconocer y liquidar sus cesantías definitivas con base a dicho sistema.

Fundamentó su decisión en que la parte demandante fue vinculada con anterioridad a la Ley 91 de 1989, por lo tanto se le debieron reconocer sus cesantías con el régimen de retroactividad y no bajo el régimen anualizado.

4. El recurso de apelación⁵.

La entidad apeló la sentencia de primera instancia, señalado que la demanda deberá ser resuelta a su favor teniendo en cuenta que los docentes los cobija un régimen especial y diferente que es la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003, disposiciones que prevén una forma de liquidación especial de las cesantías del personal docente a los demás servidores.

5. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto de 14 de diciembre de 2018⁶, se admitió el recurso de apelación y se ordenó la notificación al Ministerio Público para los fines consagrados en el artículo 303 del CPACA.

Por auto de 21 de enero de 2018⁷, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días.

6. Alegatos de conclusión.

Mediante escrito del 29 de enero de 2018⁸, la parte demandada presentó alegatos, insistiendo en los argumentos de la contestación de la demanda, y la apelación. Además, referenció la posición actual del Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de 2018, radicado 2014-00104-01

⁴Folios 142 a 146 del Cuaderno principal.

⁵Folios 152 a 153 Cuaderno principal.

⁶Folio 03 Cuaderno Segunda Instancia

⁷Folio 08 ibídem

⁸ folios 11 a 12 ibídem

La parte demandante no presentó alegatos y el Ministerio Público no conceptuó.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

2. Problema jurídico.

En el Sublite, corresponde a esta Corporación decantar si la demandante tiene derecho o no al reconocimiento del régimen de cesantías retroactivas, a fin de establecer si la Sentencia 150 de 28 de setiembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, debe ser revocada o mantenerse indemne.

3. La regulación del auxilio de cesantías de los docentes.

La Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales, según lo dispuesto en su artículo 4º, cuyo tenor literal reza:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las 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 (...)”

Esta ley en el párrafo del artículo 2º estipula que las prestaciones sociales del personal docente 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.

Aunado a lo anterior, en el numeral 1 del artículo 15 señala:

*“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 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, 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.”

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las cesantías en el numeral 3° del artículo en cita, consagra:

“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 la normatividad transcrita, se deduce que en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, la Ley 91 de 1989 reguló lo afín a las prestaciones sociales de los docentes, estableciendo así, 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 a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Ahora bien, en el orden territorial el auxilio de cesantías 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, en virtud de que la Ley 60 de 1993, al establecer en su artículo 6° que el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; señaló que se les respeta el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.

Así pues, la Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras

prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

En desarrollo de la anterior, se expidió el Decreto 2767 de 1945, por el cual se determinaron las prestaciones sociales de los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios, en el que se hicieron extensivas a estos trabajadores todas las prestaciones contempladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, incluyendo el auxilio de cesantías.

A su turno, el artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946 hizo extensiva dicha prestación a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, cuando dispuso:

“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.

Con fundamento en lo anterior, en varios pronunciamientos de este Tribunal, se consideró 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.

No obstante, atendiendo el criterio del Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo del Cauca en providencia de 14 de junio de 2018, dentro del expediente bajo radicación 2016-00299-00 revaluó el criterio, significando 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, 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:

“... sería 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.

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, la jurisprudencia explica que respecto de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989 regula dos 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 1° 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 lo 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 1° 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 lo 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.

Descendiendo al caso concreto, 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 1º de enero de 1990”.

De igual manera, la Sub Sección A, en pronunciamiento de 12 de abril de 2018, radicado 0483-16, en el que se resolvió un asunto que fue fallado en primera instancia por este Tribunal, dijo:

Así las cosas, como lo ha señalado esta subsección en asuntos similares⁶, 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, frente 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 09 de octubre de 1995) con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989.

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 1º enero de 1990, se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

4. El caso concreto.

En el asunto que cobra la atención de la Sala en esta oportunidad, la parte demandante requiere de la entidad demandada, la corrección del régimen de cesantías, al considerar que la ampara el régimen retroactivo

de cesantías por haberse vinculado en calidad de docente territorial con anterioridad al 31 de diciembre de 1996.

De las pruebas obrantes en el proceso se tiene que la fecha de incorporación de la docente MARIA NORMELY GALARZA CABAL acaeció en el año 1972, con el Decreto 072 de 2 de junio de la misma anualidad, en el cargo de directora de la escuela de El Barranco, municipio de Corinto, Cauca, nombrada por el mismo municipio; según se desprende del acta de posesión y nombramiento que obra a folio 12 y 13 del cuaderno principal.

El certificado de historia laboral expedido por la Gobernación del Cauca, aportado en medio magnético, indica que la docente laboró desde junio de 1972 en forma continua e ininterrumpida hasta el 14 de junio de 1995, en la citada escuela El Barranco⁹. En adelante fue nombrada, sin solución de continuidad como docente en el plantel Educativo Antonia Santos, mediante Decreto 077 de 14 de julio de 1995, y retirada el 01 de julio de 2015, tal como fue certificado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁰.

Es del caso señalar, que el nombramiento de la docente a partir del 14 de junio de 1995 mediante el Decreto 077 de 14 de julio de 1995, si bien fue por el alcalde del municipio de Corinto, Cauca, se debió a la existencia de la disponibilidad presupuestal y la vacancia definitiva del cargo certificado por el FER, Cauca. No obstante, no resta al derecho de la demandante, porque su vinculación como docente fue a partir de junio de 1972 y ha permanecido en esa actividad toda su vida laboral; de manera que se ha cumplido en ella las condiciones de la normatividad y la jurisprudencia *ut supra*, consolidando su derecho para el reconocimiento de sus cesantías por el sistema de retroactividad.

Así las cosas, partiendo de la fecha de incorporación de la docente, el régimen de liquidación de cesantías es el establecido en las normas que consagraban la retroactividad para los docentes territoriales y no con el de anualidad como lo ha sostenido el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el departamento del Cauca en el acto administrativo demandado.

En este orden de ideas se confirmará la sentencia apelada.

5. Costas de segunda instancia

En razón a que se resolverá de forma desfavorable el recurso de apelación presentado por la NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se condenará en costas a este extremo de la litis, a pagar por concepto de

⁹ Folio 134 c. ppal

¹⁰ Folio 75 c. ppal

Expediente: 19001-33-31-009-2016-00145-01.
Demandante: MARIA NORMELY GALARZA CABAL
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la condena impuesta en primera instancia.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP, las agencias en derecho deberán liquidarse por el Juzgado de Origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición legal.

III. 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,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia No. 150 de 28 de setiembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en costas de segunda instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

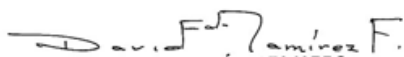
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES

CON SALVAMENTO DE VOTO