



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

Popayán, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-005-2016-00304-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **CARMENZA LÓPEZ LARA**
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

SENTENCIA No. 035

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la Sentencia No. 209 de 24 de octubre de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- Demanda.¹

La docente CARMENZA LÓPEZ LARA, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad del Oficio No. 1766 de 20 de mayo de 2016, por medio del cual se negó el derecho a pertenecer al régimen retroactivo de cesantías.

En consecuencia, solicitan se declare que la actora es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas y se ordene el pago del auxilio retroactivo, liquidado con el promedio del último año devengado por el actor.

1.2.- Supuestos fácticos.

En la demanda se narran los hechos que a continuación se sintetizan, como respaldo de las pretensiones de la parte actora:

Que se vinculó como docente mediante Decreto No. 11 de 06 de marzo de 1978.

Que solicitó el reconocimiento del régimen de retroactividad de las cesantías, pero dicha solicitud se despachó desfavorablemente a través del acto demandado.

¹ Folio 1-9 C. Ppal.

1.3.- La oposición

1.3.1.- Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.²

Señala que a los docentes les cubre un régimen especial y diferente contenido en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003.

Después de hacer una transcripción de algunos artículos de la mencionada norma, concluye que no es posible interpretar la misma, cuando aquella es clara en señalar que a los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sus cesantías se liquidarán y pagarán anualmente, sin retroactividad.

Que si bien la norma en comento trae algunas excepciones, ninguna se refiere al pago de cesantías de los docentes nombrados con posterioridad a 1990.

Como excepciones de fondo propuso la de prescripción y la de pago de la obligación contenida en el acto administrativo.

1.4.- La sentencia apelada.³

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 24 de octubre de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda.

Después de hacer un recuento normativo frente a las cesantías de los docentes y su forma de liquidación, concluyó que a aquellos servidores vinculados con posterioridad a 1990, debía aplicarse lo regulado en el artículo 15, numeral 3, literales a) y b) de la Ley 91 de 1989.

Frente al caso concreto, encontró acreditado que la docente fue vinculada a prestar sus servicios de docente en 1978, en interinidad para posteriormente nombrarla en propiedad a través de Decreto 042 de 1987, acto proferido por el alcalde del municipio de Corinto (Cauca).

Que al haberse vinculado en propiedad en 1987 y ser de docente del orden territorial, conservaba el régimen retroactivo de cesantías. Lo que desvirtuaba la legalidad del acto administrativo demandado.

Consideró que la entidad llamada a responder era el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que este era el encargado de pagar las prestaciones de los docentes.

Resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del oficio No. 1766 del 20 de mayo de 2016, emanado de la Secretaría de Educación Departamental en representación de la

² Folio 53-55 C. Ppal.

³ Folio 108-111 C. Ppal.

Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de su representante territorial, expedirá el acto administrativo mediante el cual reconozca, liquide y ordene el pago de las cesantías a la docente CARMENZA LÓPEZ LARA identificada con cédula de ciudadanía No. 31.148.570 de Palmira, en los términos del literal a) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es decir teniendo en cuenta el régimen retroactivo dado su carácter de docente vinculada en el año 1978, de conformidad con lo expuesto.

En el evento en que haya lugar el Ministerio podrá ejercer las acciones de recobro ante la entidad territorial.”

1.5.- El recurso de apelación.⁴

1.5.1.- Nación-Ministerio de Educación-FOMAG⁵

Después de hacer referencia a la creación y funcionamiento del FOMAG, arguye que la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003, prevé una forma de liquidación especial de las cesantías del personal docente, diferente a los demás servidores estatales.

Que, conforme las normas en cuestión, los docentes que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990, sus cesantías se liquidarán y pagarán anualmente, sin retroactividad. Distinción que aduce, no le dable al intérprete, dado que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, no establece excepción alguna.

Posteriormente, hace alusión al pago de las cesantías y que aquello está sujeto a disponibilidad presupuestal.

Conforme lo anterior, solicita se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones.

1.6.- Actuación en segunda instancia.

Por auto del 11 de febrero de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto⁶ y mediante providencia de 20 de febrero de 2019⁷ se corrió traslado a las partes para alegar.

Ni las **partes** ni la **representante del Ministerio Público** se pronunciaron en esta fase procesal.

A través de auto de 11 de febrero de 2020⁸, se requirió al departamento del Cauca para que allegara la historia laboral de la demandante.

⁴ Folio 112 C. Ppal.

⁵ Folio 112 C. Ppal.

⁶ Folio 4 C. Segunda Instancia.

⁷ Folio 9 ibídem

⁸ Folio 18 ibídem

II. CONSIDERACIONES.

2.1.- Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con la previsión del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Sala de decisión, actuando como Juez de segunda instancia, se limitará a los cargos de la apelación, según los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

2.2.- Caducidad.

El literal d) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, consagra como regla general, que los actos administrativos de carácter particular deben ser enjuiciados dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su notificación.

Se discute aquí si la docente CARMENZA LÓPEZ LARA tiene derecho a la aplicación del régimen de cesantías retroactivas para la liquidación de dicho emolumento. Ello fue resuelto por el departamento del Cauca a través del Oficio 4.0-2016-1766 de 20 de mayo de 2016⁹, sin que exista constancia de notificación personal.

De tener como fecha cierta la de expedición del acto, se tiene que en principio, contaba la parte interesada hasta el 21 de septiembre de 2016 para entablar la demanda. Sin embargo, presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 14 de junio de 2016¹⁰, suspendiendo el término por 100 días.

La constancia fue expedida el 14 de septiembre de 2016 y dado que la demanda se presentó el 15 de septiembre de 2016¹¹ -incluso dentro de los 4 meses siguientes- se impone concluir que en el presente asunto no se configuró la caducidad del medio de control.

2.3.- El problema jurídico.

Le corresponde a la Sala de Decisión determinar si debe ser revocado el fallo proferido el 24 de octubre de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda.

En esa medida, se analizará si el acto demandado se halla viciado de nulidad y si hay lugar a expulsarlo del mundo jurídico con el consecuente restablecimiento del derecho, para lo cual se abordará el desarrollo normativo y jurisprudencial que rodea las cesantías de los docentes, así como la valoración probatoria en el caso concreto.

2.4. Del régimen de cesantías en el ramo docente.

Las cesantías son una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son

⁹ Folio 29-30 C. Ppal.

¹⁰ Folio 31 ibidem

¹¹ Folio 34 ibidem.

definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria, que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora – FIDUPREVISORA S.A.-.

Dicha ley definió las tres categorías de docente, así:

“Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975. (...)”

Debe decirse que las prestaciones sociales de los docentes nacionales como nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989¹², y los docentes que se vinculen con posterioridad a ésta, están reguladas por dicha normatividad, según se desprende del contenido del artículo 4º:

*“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. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renunciaciones a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa”.*

En el párrafo del artículo 2º previó que las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado causadas hasta la fecha de su promulgación, se seguirían 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:

“Artículo 2º.- 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:

(...)

¹² “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, 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 numeral 1° del artículo 15, dispuso frente al régimen prestacional:

“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.”

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 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”.

En pronunciamiento reciente, la Subsección A del Consejo de Estado, resolvió un asunto que fue fallado en primera instancia por este Tribunal, hizo un recuento de pronunciamientos previos coincidentes sobre el tema y expresó:

“Así las cosas, como lo ha señalado esta subsección en asuntos similares¹³, 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 1º 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.”¹⁴

De esta manera, según la anterior interpretación realizada por dicho Órgano, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) a los docentes nacionales y a todos los

¹³ 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.

¹⁴ Consejo De Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 12 de abril de 2018. Radicación Número: 19001-23-33-000-2014-00104-01(0483-16). Actor: Cristóbal Chantré Campo. Consejero Ponente: William Hernández Gómez

vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un régimen anualizado de cesantías.

Ahora bien, en oportunidades anteriores, se había sostenido por esta Corporación que la Ley 91 de 1989 no regulaba 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 -31 de diciembre de 1996-, tenían derecho al régimen retroactivo de cesantías. Pero mediante Sentencia del 14 de junio de 2018¹⁵, haciendo recepción de los precedentes del Órgano de cierre de esta Jurisdicción, esta Colegiatura cambió su postura, indicando lo siguiente:

*“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.
(...)*

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: (...).”

Conforme lo anterior, en el ramo docente es posible que en la actualidad algunos educadores conserven el régimen retroactivo de cesantías; ello dependerá de la fecha de vinculación laboral; de ahí la importancia de establecer ésta.

2.5.- El caso concreto.

La presente demandada se interpuso con el objeto de obtener el cambio de régimen de liquidación de las cesantías.

La *a quo* encontró que le asistía el derecho a la demandante, al haberse vinculado con anterioridad al 1990 y ser docente del orden territorial. Por su parte, el FOMAG insiste en que, a los docentes vinculados con posterioridad al 01 de enero de 1990, sus cesantías deben liquidarse con un régimen de anualidad, sin retroactividad.

Dentro del plenario se hallan los siguientes elementos probatorios:

- Decreto No. 11 de 06 de marzo de 1978, “[p]or medio del cual se hace un nombramiento en INTERINIDAD”, mediante el cual se nombró a Carmenza López Lara, para desempeñar las funciones de profesora en el colegio San Diego, en el

¹⁵ Expediente: 19001 33 31 007 2016 00299 00. Actor: Magnolia Sofía Morales y Otros. Demandado: Nación – MinEducación – FOMAG. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Magistrado Ponente: Carlos Hernando Jaramillo Delgado.

municipio de Corinto. Posesionándose en el cargo, el 07 de marzo de dicha anualidad.¹⁶

- Constancias emitidas por el alcalde de Corinto, donde se señala que la docente fue ratificada en el cargo para los años 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986 y 1987¹⁷.

- Resolución No. 260 de 1987, proferida por el alcalde del municipio de Corinto, por la cual se hicieron unos traslados en comisión, trasladando a la docente Carmenza López Lara al Colegio Comercial del Cauca, de dicha municipalidad.¹⁸

- Decreto No. 042 de 1987, por medio de la cual se nombró a la accionante en propiedad como seccional en el Colegio Instituto Comercial del Cauca, en el municipio de Corinto. El acto fue expedido por el alcalde municipal, en uso de sus atribuciones legales y se posesionó en el cargo, el 31 de diciembre de 1987, con efectos desde el 01 de enero de 1988.¹⁹

- Decreto No. 071 de 1990, “[p]or el cual se nombra en propiedad a una docente de Primaria en la Escuela Nacionalizada “San Rafael”, que funciona en este municipio”, a través del cual, el alcalde del municipio de Corinto en ejercicio de las funciones atribuidas en el artículo 9º de la Ley 29 de 1989 y de acuerdo con los Decretos 2277 de 1979 y 1706 de 1989, previa certificación emitida por el delegado permanente del FER, se nombró a la aquí demandante.²⁰

- Decreto No. 078 de 1994, rubricado por el alcalde del municipio de Corinto, en el que se decretó:

“ARTÍCULO 1º. Aceptar a partir del Primero 1º de Septiembre de 1994, la renuncia presentada por CARMENZA LÓPEZ LARA, con Cédula de Ciudadanía No. 31’148.570 de Palmira (V), Grado 8º en el Escalafón Nacional Docente, de las funciones de Directora de la Escuela Rural Mixta “SAN RAFAEL” que funciona en este Municipio.

ARTÍCULO 2º. Nombrar a partir del Primero (1º) de Septiembre de 1994 a CARMENZA LÓPEZ LARA, como Seccional de la Escuela Rural Mixta “SAN RAFAEL” de Corinto Cauca”²¹

- Decreto No. 075 de 1994, “POR EL CUAL SE COMISIONA POR ENCARGO A UNA DOCENTE NACIONALIZADA DEL NIVEL DE EDUCACIÓN BASICA PRIMARIA”, según el cual, comisionó a la docente al mismo cargo en el Colegio “Instituto Comercial del Cauca” del municipio de Corinto. Posesionándose en el cargo el 01 de septiembre de 1994²²

- Decreto No. 170 de 24 de diciembre de 1996, “POR EL CUAL SE NOMBRA EN PROPIEDAD A UN DOCENTE NACIONALIZADO EN CORINTO CAUCA”. Así, el alcalde municipal nombró a la aquí demandante en propiedad en el cargo de docente en el Instituto Comercial del Cauca en el municipio de Corinto. Se posesionó ese mismo día.²³

¹⁶ Folio 12-13 C. Ppal., y 28 C. Segunda Instancia, medio magnético, archivo “31148570.pdf”, pág. 80.

¹⁷ Folio 28 C. Segunda Instancia, medio magnético, archivo “31148570.pdf”, pág. 67-76.

¹⁸ *Ibidem*, pág., 65

¹⁹ *Ibidem*, pág. 62 y 64

²⁰ *Ibidem*, pág., 57-58

²¹ *Ibidem*, pág., 54-55

²² *Ibidem*, pág., 51-53

²³ *Ibidem*, pág., 49-50

- Decreto No. 0548-06-2007 expedido por el gobernador del departamento del Cauca, “[p]or el cual se distribuyen en el Municipio de Corinto, unos Docentes con cargo al Sistema General de Participaciones, de la planta incorporada del Departamento de Cauca, según Decreto No. 0495 del 01 de junio del año 2007, de conformidad con el Artículo 302 del año 2002.”, listado en el que se incluía a la docente Carmenza López Lara, quien se posesionó en el cargo el 25 de junio de 2007²⁴.

- Decreto No. 0331-04-2018, por el cual, el gobernador del departamento del Cauca, en uso de sus atribuciones legales, especialmente las conferidas en la Ley 715 de 2001, traslado a la docente, al mismo cargo en el nivel básica primaria en la Institución Educativa INCODELCA sede La Plata, en el municipio de Corinto (Cauca).²⁵

Sin embargo, antes de analizar el fondo del asunto, observa esta Corporación que, **en sede administrativa, la parte actora señala que su vinculación como docente acontece desde 1993**²⁶. Sin embargo, en vía judicial se señaló que su vinculación ocurrió en **1978**.

Frente a lo anterior, ha dicho el Consejo de Estado que la falta de agotamiento de la vía administrativa, en otrora, vía gubernativa, se constata de dos maneras: cuando no se interpone el recurso obligatorio ante la ley dentro del término previsto, o, cuando tanto en la petición inicial como en los recursos, no se plantearon los mismos supuestos fácticos o pretensiones esbozadas en sede judicial. Ello por cuanto, la petición que se haga, le concede a la administración la oportunidad de pronunciarse sobre los hechos y pretensiones que se reclaman, para, sobre esto, emitir un pronunciamiento de fondo, o revisarlas para revocarlas, modificarlas o aclararlas, según el caso.

En igual sentido, ha dicho que *“debe existir congruencia entre lo solicitado en la vía gubernativa y lo pedido en la posterior demanda contenciosa, pues resulta contrario a la finalidad de aquélla, que se eleve una petición ante la administración y se interponga una demanda con la inclusión de puntos que no se pusieron en consideración de la entidad administrativa.”*²⁷.

Dicho de otro modo, si bien se ha permitido presentarse nuevo o mejores argumentos en sede judicial a los expresados en sede administrativa, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido clara en señalar que no pueden plantearse nuevos hechos o hechos diferentes a los ya conocidos por parte de la administración, pues de hacerse así, acarrearía una vulneración al debido proceso a la entidad demandada.

Luego, resultaba claro que, si la peticionaria señaló que su vinculación inició en 1993, la entidad demandada negara el derecho reclamado, habida consideración que, conforme las normas y jurisprudencia señalados en acápite precedente,

²⁴ Ibídem, pág., 38, 45-48

²⁵ Ibídem, pág. 30

²⁶ Folio 25 C. Ppal.

²⁷ Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00262-00(10318-05). Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila

quienes se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990, el régimen para liquidar sus cesantías es el anualizado.

Ante esta discordancia entre los supuestos de hechos planteados en la reclamación administrativa y aquellos señalados en la demanda, se advierte una vulneración al debido proceso a la administración, pues fue con los elementos que brindó la peticionaria, que resolvió la solicitud y emitió el acto administrativo que aquí se demanda.

Luego entonces, ante la inexistente identidad fáctica expuesta en sede administrativa, esta Sala no podría emitir un pronunciamiento de fondo, irregularidad que, además, no fue advertida en primera instancia. En ese orden, se revocará la sentencia de instancia y en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

2.5.- Costas.

El artículo 188 del CPACA, dispone que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

Tal disposición procesal se halla contenida en el artículo 365, que señala:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...).”

Pese a que se cumplen las previsiones del artículo reseñado, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en consideración a que la demanda se presentó previo al cambio de posición que anteriormente sostenía esta Corporación, en virtud del cual las pretensiones contaban con un eventual margen de vocación de prosperidad.

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,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia No. 209 de 24 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, y en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas de segunda instancia.

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

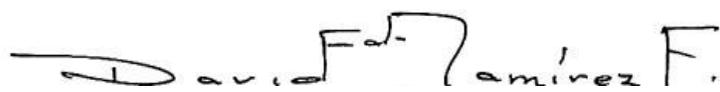
CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

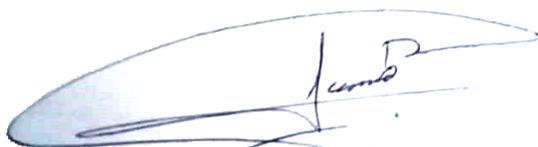
EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2016-00304-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: CARMENZA LÓPEZ LARA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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

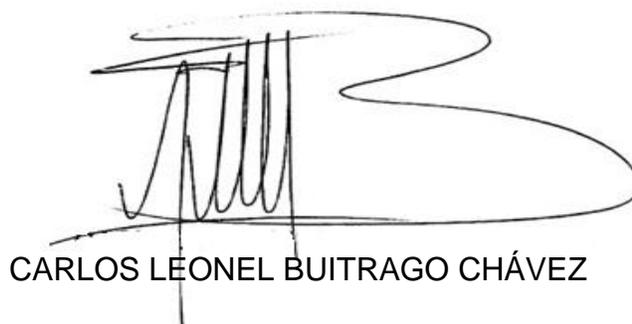
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ