



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

Popayán, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-007-2017-00057-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **ROCÍO URBANO LÓPEZ Y OTROS**
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

SENTENCIA No. 055

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia No. 215 de 03 de diciembre de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- Demanda.¹

Los docentes ROCIO URBANO LÓPEZ, JAIME RÓMULO VALLEJO MORÁN, JAIRO CAMILO VELASCO MUÑOZ y ROGELIO VEGA TORREZ, instauraron demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad del Oficio con radicado No. 4.0 - 2016-3385 de 12 de septiembre de 2016, por medio del cual se negó el derecho a pertenecer al régimen retroactivo de cesantías.

En consecuencia, solicitan se declare que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y se ordene el pago del auxilio retroactivo, liquidado con el promedio del último año devengado.

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 los docentes se vincularon antes del 31 de diciembre de 1996.

Que solicitaron 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 Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 03 de diciembre de 2018, negó 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 todos los docentes demandantes se vincularon después del 31 de diciembre de 1989, que, de acuerdo con lo anterior, el régimen de cesantías que gobernaba esa prestación era el anual. Concluyendo de esta manera que no se configuraba ninguna causal de nulidad de los actos demandados.

1.5.- El recurso de apelación.

1.5.1.- Parte demandante⁴

Arguye que el Máximo Órgano de esta Jurisdicción, mediante sentencia de 10 de febrero de 2011 (sin especificar radicado) reiteró los tres sistemas de liquidación de las cesantías de los empleados territoriales y que a través de sentencia de 22 de febrero de 2018, se fija el precedente según el cual, quienes se vincularon con anterioridad a la Ley 344 de 1992 tienen derecho a que sus cesantías se liquiden retroactivamente.

Agrega que, aunque el tema no es pacífico, dicha diferencia no puede ser desfavorable al trabajador.

² Folio 57-59 C. Ppal.

³ Folio 110-114 C. Ppal.

⁴ Folio 117 C. Ppal.

1.6.- Actuación en segunda instancia.

Por auto del 07 de marzo de 2019, se admitió el recurso de apelación⁵ y mediante providencia de 18 de marzo de 2019⁶ se corrió traslado a las partes para alegar.

El **FOMAG**⁷ indicó que para los docentes que se vinculen con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, tienen derecho a que se les liquide sus prestaciones económicas con el régimen que venían gozando, y, para quienes se vinculen con posterioridad, se aplicarán las disposiciones de los empleados públicos del orden nacional. Por lo tanto, no existe el derecho a que sea reconocido el régimen de retroactividad.

Ni la **parte demandante** ni la **representante del Ministerio Público** se pronunciaron en esta fase procesal.

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.- El problema jurídico.

Le corresponde a la Sala de Decisión determinar si debe ser revocado el fallo proferido el 03 de diciembre de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, en el que se negaron 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.

2.3. 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 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

⁵ Folio 3 C. Segunda Instancia.

⁶ Folio 8 ibídem

⁷ Folio 14-17 ibídem

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 1989⁸, 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 renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica”.*

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:

(...)

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

⁸ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

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 similares⁹, 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:

⁹ 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.

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.”¹⁰

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

2.4.- El caso concreto.

Se contrae a determinar si las cesantías de los demandantes deben reconocerse con el sistema de liquidación con retroactividad, o si por el contrario, le es aplicable el régimen anualizado.

¹⁰ 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 Chantre Campo. Consejero Ponente: William Hernández Gómez

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.

En ese orden, se tiene acreditado lo siguiente:

- La señora **Rocío Urbano López** fue vinculada al servicio docente a través del Decreto 001 de 01 de enero de 1995, posesionándose en el cargo ese mismo día¹¹.

- A través del Decreto No. 076 de 1995, fue nombrado al señor **Jaime Rómulo Vallejo Morán**. Se posesionó en el cargo el 1º de noviembre de 1995.¹²

- Por Decreto No. 060 de 31 de agosto de 1990, se nombró al señor **Jairo Camilo Velasco Muñoz**, cargo para el cual se posesionó el 02 de septiembre de 1990¹³

- El señor **Rogelio Vega Torrez** se nombró mediante Decreto No. 001B de 1º de enero de 1996. La posesión se realizó el mismo día.¹⁴

Conforme lo anterior, se tiene que todos los docentes se vincularon al servicio con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin que en se observe en el plenario prueba alguna que dé cuenta de una vinculación anterior.

Es necesario indicar que, 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.

¹¹ Folio 16-17 C. Ppal.

¹² Folio 19-21 C. Ppal.

¹³ Folio 23-24 C. Ppal.

¹⁴ Folio 27-28 C. Ppal.

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.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2017-00057-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: ROCÍO URBANO LÓPEZ Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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: (...)"

En ese orden de ideas y acogiendo la tesis expuesta, teniendo las fechas de vinculación antes relacionadas, el régimen prestacional aplicable a los demandantes es el previsto en la Ley 91 de 1989 pues su ingreso fue posterior a la vigencia de esta norma; por lo tanto, se encuentran inmersos en el régimen de cesantías anualizado. En ese orden, resulta claro que no les asiste derecho al reconocimiento de la calidad de beneficiarios del régimen de retroactividad, según lo dicho.

En virtud de lo anterior, es claro que el acto administrativo enjuiciado no se encuentra viciado de nulidad pues corresponde la liquidación de sus cesantías conforme el régimen anualizado; razón por la cual, deberá confirmarse la sentencia de instancia que negó 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.- CONFIRMAR la Sentencia No. 215 de 03 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, según lo expuesto.

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

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2017-00057-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: ROCÍO URBANO LÓPEZ Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

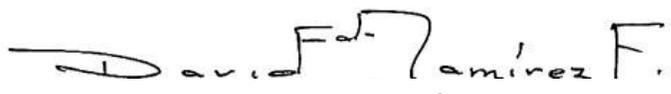
TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

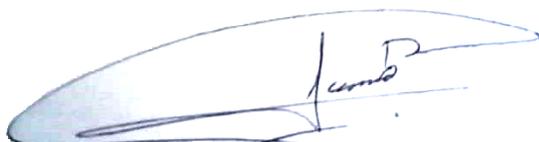
CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

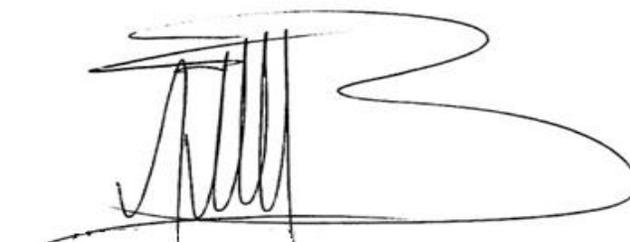
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ