



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado : 200012333000201600123 01
N° Interno : 3191 – 2017
Demandante : LUZ DARY ALVAREZ SANTANA
Demandado : Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales
Magisterio
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Cesantías docente.
Liquidación anual / retroactiva
Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en el curso de la audiencia llevada a cabo el veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017), por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cesar, negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Luz Dary Álvarez Santana, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la Resolución 004593 del 1 de septiembre de 2015 expedida por la Secretaría de Educación del Cesar, por la cual reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

retroactivas, tomando como base el tiempo de servicios desde su vinculación como docente (20 de enero de 1993), liquidadas sobre el último salario devengado y teniendo en cuenta de manera retroactiva todo el tiempo de servicios, en aplicación de la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947.

Igualmente pretendió que las sumas adeudadas se le incorporen los ajustes de valor conforme al IPC; que se le reconozcan y paguen los intereses moratorios; que de las sumas que resulten a favor se descuente lo cancelado en virtud del acto administrativo demandado; y se le condene en costas a la entidad demandada

1.2. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 54 – 78), en síntesis son los siguientes:

La señora Luz Dary Álvarez Santana ha prestado sus servicios como docente al Municipio del Becerril (Cesar), con fecha de vinculación el 20 de enero de 1994, con vinculación municipal.

Presentó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías definitivas, el 17 de junio de 2015 ante la Secretaría de Educación del Cesar, petición resuelta a través de la Resolución 004593 del 1 de septiembre de 2015, en la que se le ordena el pago de unas cesantías definitivas.

Afirmó que las entidades demandadas de manera flagrante desconocen la totalidad de los tiempos de servicio prestados por la demandante, ya que fue nombrada por prestación de servicios desde el 20 de enero de 1993, en el Municipio del Becerril, y para efectos de liquidar las cesantías definitivas, toma como fecha de ingreso al magisterio, el 5 de diciembre de 1994, y como fecha para liquidar la prestación, 2003.



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Sostuvo que *"la(s) entidad(es) demandada(s) aplicó(aron) a efectos de liquidar su CESANTÍA DEFINITIVA el régimen contemplado en el literal B), numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y NO el contemplado en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias."*

Adujo que con el acto acusado, se ha cancelado de manera parcial la cesantía definitiva solicitada el 17 de junio de 2005, ocasionándose la mora en el pago total de la misma, por lo que es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como vulnerados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política; 12 y 17 de la Ley 6 de 1945; 1 del Decreto 2767 de 1945; 1 de la Ley 65 de 1946; 1, 2, 5 y 6 del Decreto 1160 de 1947; 89 del Decreto 1848 de 1969; 5, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; 7 y 9 del Decreto 2563 de 1990; 2 literal a) de la Ley 4 de 1992; 6 de la Ley 60 de 1993; 176 de la Ley 115 de 1994; 5 del Decreto 196 de 1995 y 13 de la Ley 344 de 1996.

2. Contestación de la demanda

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda (ff. 97 – 108), por carecer de sustento fáctico y jurídico necesario para que prosperen. Refirió que la parte demandante no acredita ni siquiera sumariamente, que el acto administrativo haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, en cuanto el auxilio de las cesantías de la demandante, ha sido liquidado con arreglo a la



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos prestacionales de la docente. Sostuvo que las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, y no es posible incluirle sanciones moratorias que se encuentran previstas por fuera de su ámbito normativo. Además, el pago de las mismas, se encuentra sujeto a disponibilidad presupuestal y el turno según el orden de presentación de las correspondientes solicitudes.

De la misma forma, propuso las excepciones de pago de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

Refirió que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene la función de pagar las prestaciones, sin embargo, la misma se encuentra supeditada a la expedición del acto administrativo por parte de las secretarías de educación, y es a una sociedad fiduciaria, a quien le corresponde la administración de los recursos del fondo.

Sostuvo que el pago de las prestaciones sociales se encuentra supeditadas a la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de solicitudes, de lo cual se deduce que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pago efectivamente a la demandante, es producto del turno de atención correspondiente y la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Cesar, a través de la sentencia proferida en el curso de la audiencia llevada a cabo el 25 de mayo de 2017 (ff. 147 – 156), declaró fundada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada, negó la pretensión de la demanda referente al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas en favor de la actora y se inhibió de pronunciarse de fondo en relación con la pretensión de



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

Analizó el régimen de cesantías retroactivas de los docentes para establecer que como la demandante se vinculó al servicio docente en el Municipio de Manaure Balcón (Cesar), desde el 18 de enero de 1993, la cesantía reclamada sea reconocida bajo el sistema anualizado, en virtud de que su vinculación se produjo con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Consideró que no le asiste razón a la parte demandante, cuando afirma que debe aplicarse el régimen de liquidación retroactiva de cesantías con fundamento en la Ley 344 de 1996 que consagró el sistema anualizado de liquidación de cesantías, y que no puede ser aplicada con anterioridad a su expedición, teniendo en cuenta que la demandante por haberse vinculado con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, su situación se encuentra reglamentada por una normatividad especial, como lo es la Ley 91 de 1989.

En relación con el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago de la totalidad de las cesantías definitivas, sostuvo que no basta que la sanción moratoria este prevista en la ley, es necesario provocar un pronunciamiento de la administración, que sea demandable ante esta jurisdicción. Conforme con lo anterior, encontró probado que la demandante no acudió a la administración solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la totalidad de las cesantías, por lo que ante la inexistencia de un acto administrativo para estudio respecto de esta pretensión, declaró de oficio la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, en relación con la pretensión de reconocimiento y pago mencionado, aclarando que el concepto de vía gubernativa desapareció de la terminología procesal administrativa, y ahora se denomina actuación administrativa.

Concluyó que a la demandante se le liquidó correctamente las cesantías definitivas, reconociendo las sumas liquidadas anualmente, puesto que su vinculación se presentó después de entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, ante lo cual no es aplicable la liquidación en forma retroactiva, por lo que



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

declaró fundada la excepción de inexistencia de la obligación propuestas por la entidad demandada, y respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, declaró la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.

4. Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación, para que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda (ff. 107 – 123).

Alegó que la sentencia desconoce la totalidad de los tiempos de servicio prestados por la demandante, en cuanto fue nombrada desde el 20 de enero de 1993 a través de contrato de prestación de servicios en el Municipio del Becerril, en el cargo docente, y la entidad a efectos de liquidar la cesantía definitiva, toma como fecha de ingreso al magisterio oficial, desde su nombramiento en propiedad, desde el 5 de diciembre de 1994.

Sostuvo que las entidades no certificaron la totalidad del tiempo de servicios efectivamente laborado por la demandante, pues solo se limita a establecer que fue nombrado en propiedad a partir del 5 de diciembre de 1994, siendo obligación de las entidades acreditar todos los tiempos de servicio.

Reiteró que la Ley 91 de 1989 no se aplica a la demandante, por no encontrarse afiliado al momento de su nombramiento, así como tampoco la Ley 50 de 1990, en cuanto solo es aplicable a los docentes territoriales que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, por lo que afirma que con la expedición de la Ley 60 de 1993, se estableció que se debía respetar el régimen aplicable al momento de su nombramiento.

Manifestó que el acto administrativo demandado transgrede la normatividad existente porque inaplica una norma que regula expresa y particularmente la profesión docente, aduciendo que por una particular y errada interpretación de la normatividad frente a las cesantías, la demandante debió someterse a



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

las condiciones caprichosas impuestas por las entidades demandadas, desconociendo el derecho consagrado en estatutos normativos exclusivos para el sector docente.

Consideró que la demandante cumplió con los requerimientos legales para que se le reconozca y pague las cesantías retroactivas, sin embargo el *a quo* partiendo de una subjetiva interpretación normativa, trasgredió la ley e hizo nugatorio el derecho que le asiste, motivo por el cual la sentencia apelada debe ser revocada y en su lugar despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Mediante memorial visible a folios 267 a 275 del expediente, ratificó los argumentos y excepciones propuestos en la contestación de la demanda, para afirmar que las pretensiones no se encuentran llamadas a prosperar, en cuanto no le asiste el derecho que reclama la demandante.

Reiteró que es de competencia de las secretarías de educación la expedición del acto y el trámite de las solicitudes, y es a cargo de la sociedad fiduciaria de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el pago de las prestaciones, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal, de manera tal que no se le puede endilgar negligencia, en razón a que el reconocimiento de la cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal. .

5.2. Parte demandante

Vencido el término para presentar alegatos de conclusión, la parte demandante guardó silencio.



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

Cumplido el término establecido en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el representante del Ministerio Público, no realizó pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en los términos del recurso de apelación presentado por la parte demandante, procede revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, se analizará si la señora Luz Dary Álvarez Santana tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, por haber sido nombrada docente territorial desde 20 de enero de 1993, esto es, antes del 31 de diciembre de 1996, fecha de entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que estableció el régimen anualizado de cesantías para los empleados que vincularan al Estado.

¹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El Tribunal Administrativo del Cesar a través de la proferida en el curso de la audiencia llevada a cabo el 25 de mayo de 2017, negó las pretensiones de la demanda.

2.3. Análisis de la Sala

2.3.1. La educación como servicio público

La Ley 43 de 1975 estableció que la educación primaria y secundaria es un servicio público a cargo de la Nación, y que, en consecuencia los gastos que sufragaban los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios correrían por cuenta de la Nación.

Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* indicó que éste es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Dicho Fondo tiene la competencia de atender las prestaciones sociales de los docentes que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley.

Por su parte, la Constitución Política del año 1991 en el artículo 67 prescribió, que la educación es un servicio público que tiene una función social, y que corresponde al Estado ejercer la vigilancia de la prestación de este servicio y garantizar el cubrimiento. Igualmente, el Constituyente precisó que *“La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”*.

Posteriormente, la Ley 115 de 1994² en el artículo tercero (modificado por el artículo 3 de la Ley 1650 de 2013) indicó que: *“El servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente los particulares*

² Por la cual se expide la ley general de educación



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional”.

2.3.2. Regímenes de cesantías de los empleados públicos

La Ley 6 de 1945 regula el régimen de cesantías retroactivo que consiste en liquidar esta prestación con el último salario devengado, así en el artículo 17 precisó que los empleados y obreros nacionales gozan de un auxilio de cesantía *“a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio”*. Este derecho prestacional fue extendido a los empleados municipales y departamentales por el Decreto 2767 de 1945.

En el mismo sentido, el Decreto 1160 de 1947 *“sobre el auxilio de cesantía”* otorgó el derecho a percibirlo a los empleados al servicio de la Nación de cualquier rama del poder público independiente de su vinculación y causal de retiro de servicio. En efecto, el artículo 1º *ibídem* señaló:

“ARTÍCULO 1º.- *Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.”*

Por otra parte, el Decreto 3118 de 1968 *“Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”* estableció la liquidación anual de las cesantías para los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden Nacional.

Posteriormente, la Ley 344 de 1996 *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”* dispuso la liquidación anual de los auxilios de



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

cesantías, indicando en el artículo 13 que quienes se vinculen a las entidades del Estado tendrían el siguiente régimen de cesantías:

"ARTÍCULO 13. 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:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo. (...)"

El régimen anualizado de liquidación de cesantías se extendió a los empleados del nivel territorial por disposición del Decreto 1582 de 1998 "por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia", que en el artículo primero remitió a las normas pertinentes sobre el auxilio anualizado de la Ley 50 de 1990 señalando:

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998."

El Decreto 1252 de 2000 preservó el derecho a conservar el régimen de retroactividad para los servidores públicos que al 25 de mayo de 2000 todavía lo disfrutaban. Y, el Decreto 1919 de 2002 en el artículo 3 expresó que "Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.

2.3.3. Régimen de cesantías aplicable a los docentes

El legislador dispuso en la Ley 43 de 1975 que la Nación se encargaría del costo de la prestación del servicio de educación, con ello asumió los salarios y prestaciones sociales de los docentes de primaria y secundaria, que laboraban para los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías.

En el año 1989, la Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado, y de los que ingresaran con posterioridad a ella.

En el artículo 15 la Ley 91 de 1989 precisa que *“A partir de su vigencia el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º 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 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, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

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 1o. 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 de 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, acumuladas 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.

4. Vacaciones:

Las vacaciones del personal docente que se vincule a partir del 1o. de enero de 1990, continuarán regidas por lo previsto en el Decreto-Ley 2277 de 1979. Esta Ley no incluye la prima de vacaciones a que tienen derecho de manera general los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con el Decreto 1045 de 1978.

PARÁGRAFO 1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.

PARÁGRAFO 2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989: Primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

En cuanto a los beneficiarios la Ley 91 de 1989 distinguió entre los docentes nacionales, los nacionalizados y los territoriales, así:

“ARTÍCULO 1o. 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 1. de enero de 1976 y los vinculados a



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. *Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad”.*

Sobre las cesantías el numeral 3 del artículo 15 *ibídem* establece una distinción entre los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para quienes 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”; y los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y los nacionales vinculados desde antes (pero solo en lo que respecta a las cesantías que se causen desde el 1º de enero 1990), respecto de quienes el Fondo “pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad (...)”.

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 de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, 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”³.

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

³ 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)



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

“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 1968⁴, 1848 de 1969⁵ y 1045 de 1978⁶, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁷ 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);

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”⁸.

⁴ «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.»

⁵ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁶ «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.»

⁷ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁸ 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)



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

2.4. De lo probado en proceso

El Alcalde Municipal de Manaure Balcón del Cesar, mediante el Decreto 000078 del 21 de noviembre de 1994 (f. 18), nombró a la señora Luz Dary Álvarez Santana, como docente de la Institución Educativa Concentración de Desarrollo Rural, en el municipio de Manaure Balcón del Cesar, cargo del cual tomó posesión el 5 de diciembre de 1994, conforme se constató en el acta de posesión visible a folio 19 del expediente.

Según el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral del 5 de mayo de 2015, se constató que la demandante se desempeñó como docente de básica primaria, con régimen de cesantías anual⁹.

Mediante la Resolución 001466 del 3 de abril de 2014, la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, retiró del servicio activo a la demandante, asignada a la Institución Educativa Ángela Torres del Municipio de Becerril (Cesar), por presentar una incapacidad permanente equivalente al 100% (f. 16).

Obra constancia a folio 24 del expediente, en la cual la secretaria de Educación Departamental, certificó que a la demandante a través de la resolución 2981 del 29 de noviembre de 2011, se le reconoció cesantías parciales por la suma de \$8.635.001.

La Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, a través de la Resolución 004593 del 1 de septiembre de 2015, resolvió reconocer a la docente Luz Dary Álvarez Santana, la suma de \$17'346.543, por concepto de liquidación definitiva de cesantías, que le correspondía por el tiempo de servicios prestados como docente con vinculación municipal¹⁰.

2.5. Del caso concreto

⁹ Folio 12

¹⁰ Folios 5 - 6



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La demandante solicita la nulidad del acto administrativo que le reconoció sus cesantías definitivas parciales, liquidándolas anualmente conforme lo señala la Ley 91 de 1989; sin embargo, ésta considera que al desempeñarse como docente territorial desde el año 1993 es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías regulado en la Ley 6 de 1945.

El Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda, porque la demandante se vinculó como docente después de la expedición de las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

La demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, porque en su criterio, solo los docentes territoriales vinculados a partir de la vigencia de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, están sometidos al régimen anualizado de cesantías.

Ahora bien, en el proceso está probado que la señora Luz Dary Álvarez Santana fue nombrada docente por el Alcalde Municipal de Manaure Balcón del Cesar (Cesar), mediante el Decreto 000078 del 21 de noviembre de 1994, tomando posesión del mismo, el 5 de diciembre de la misma anualidad.

A través de la Resolución 001466 del 3 de abril de 2014, el Gobernador del Cesar, retiró del servicio a la demandante, por presentar invalidez equivalente al 100% de su capacidad laboral.

También está demostrado que la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, mediante la Resolución 004593 del 1 de septiembre de 2015, le reconoció las cesantías definitivas, liquidándolas anualmente, acorde con lo previsto en la Ley 91 de 1989, y en ella reconoció que la demandante prestó sus servicios entre el 5 de diciembre de 1994 al 7 de abril de 2014.

Igualmente, consta en el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del 5 de mayo de 2015 (ff. 12 - 14), que el régimen de cesantías de la demandante es anual.



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Así las cosas, se advierte que la demandante se encuentra vinculada como docente desde el 5 de diciembre de 1994, sin que exista prueba en el plenario que acredite su nombramiento desde el 20 de enero de 1993 en el Municipio del Becerril (Cesar), conforme lo afirma en el recurso de apelación; sin embargo, aun cuando se tuviese en cuenta esta última fecha como vinculación la docencia oficial, la misma se produce después del 31 de diciembre de 1989, fecha de entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, de modo tal, que las cesantías reconocidas por el acto administrativo acusado, se deben liquidar en forma anual, tal y como así lo realizó la entidad demandada.

En este orden de ideas, si bien la docente ha laborado como docente al servicio del Municipio de Manaure – Balcón del Cesar (Cesar), lo cierto es que su vinculación se realizó cuando ya estaba vigente la Ley 91 de 1989, precepto que en literal b) del numeral 3º del artículo 15 establece que *“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 1º 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 (...)”*.

Por consiguiente, la Sala considera que la demandante no tiene derecho a beneficiarse del régimen retroactivo de cesantías, conforme se realizó en la sentencia de primera instancia, ya que en aplicación de las normas de la Ley 91 de 1989, por haberse vinculado a la docencia en el año 1994, esto es, después del 1 enero de 1990, la liquidación de sus cesantías se realiza cada año.

En este punto de lo debatido, se aclara que los docentes tienen una regulación en materia de cesantías contenida en la Ley 91 de 1989, que por ser norma especial prima frente a la Ley 344 de 1996, que contempló el régimen anualizado de cesantías para las personas que vinculen a los órganos y entidades del Estado. Además, la misma Ley 344 de 1996 en el



No. Interno: 3191 – 2017
 Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

inciso primero del artículo 13 sostiene que el referido régimen anualizado se aplica *"Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley"*.

"ARTÍCULO 13. 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:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

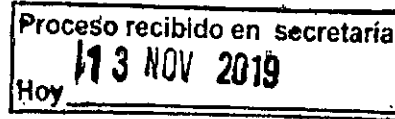
<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

Así las cosas, se entiende que la implementación de la liquidación anual de las cesantías para los empleados públicos regulados por la Ley 344 de 1996, se hizo sin perjuicio de lo que ya había ordenado sobre el particular la Ley 91 de 1989 para los docentes.

III. DECISIÓN

La Sala confirmará la sentencia proferida en el curso de la audiencia llevada a cabo el 25 de mayo de 2017, por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se negó las pretensiones incoadas, al considerar que la demandante no tiene derecho a que las cesantías sean liquidadas con el régimen retroactivo, por cuanto su vinculación a la docencia se realizó en el año 1994, es decir, después del 1 de enero de 1990 conforme a las previsiones contenidas en la Ley 91 de 1989, por lo que la liquidación de las cesantías sea realiza cada año.



No. Interno: 3191 – 2017
Demandante: Luz Dary Álvarez Santana
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

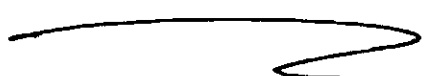
FALLA

PRIMERO.- CONFIRMESE la sentencia proferida en el curso de la audiencia llevada a cabo el veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las súplicas de la demanda promovida por la señora **LUZ DARY ÁLVAREZ SANTANA** en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ