



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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 14 de febrero de 2019

Radicación: 25000-23-42-000-2015-04922-01.
No. Interno: 3910-2017
Demandante: Humberto Basabe Díaz.
Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Asunto: Docente – cesantías parciales – Régimen anualizado a retroactivo.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2017, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, que negó la reliquidación y pago de las cesantías parciales bajo el régimen de retroactividad.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

2. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹, el señor Humberto Basabe Díaz presentó demanda el 29 de septiembre de 2015² contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³.

¹ Consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.

² Según se observa a folio 24 del expediente.

³ En adelante, FOMAG.

2.1.1 Pretensiones.

- a. Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1175 de 2 de marzo de 2015, mediante la cual la directora de talento humano de la secretaría de educación de Bogotá, le reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales con destino a reparaciones locativas, conforme al régimen de liquidación anualizado.
- b. Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de las cesantías parciales de manera retroactiva, por todo el tiempo laborado desde su vinculación y liquidada con base en el salario devengado a la fecha de la radicación de la solicitud de la prestación aludida.
- c. Condenar a la entidad demandada, a cancelar la diferencia entre la cantidad efectivamente reconocida a través del acto acusado y la debida reliquidación de las cesantías parciales de manera retroactiva.
- d. Finalmente, condenar a la entidad demandada a la indexación de la suma adeudada, los intereses moratorios y al cumplimiento del fallo, de conformidad con los artículos 187, 192 y 195 del CPÁCA.

2.1.2. Fundamentos fácticos.

- a. El demandante manifestó⁴ que ha prestado sus servicios ininterrumpidamente al Distrito Capital de Bogotá desde el 15 de abril de 1991 en virtud de su vinculación como docente de manera temporal mediante Resolución 14910 de 25 de octubre de 1990; y el 15 de diciembre de 2014, solicitó el reconocimiento de las cesantías parciales con destino a reparaciones locativas.
- b. Señaló que mediante la Resolución 1175 de 2 de marzo de 2015, la directora de talento humano de la secretaría de educación de Bogotá D.C., le reconoció la prestación aludida bajo el régimen anualizado, razón por la cual, desconoció en primer lugar, que prestó sus servicios desde el 15 de abril de 1991, y en segundo, que pese a la fecha de su vinculación, el sistema de cesantías que le resulta aplicable es el retroactivo, conforme lo previsto en las Leyes 6 de 1945⁵, 344 de 1996⁶ y demás normas concordantes.

⁴ Folio 25 y 26 del expediente.

⁵ «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.»

⁶ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

c. Finalmente, sostuvo que en el sub-judice es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006, en tanto fue solo con la expedición del acto acusado que se canceló de manera parcial la prestación aludida.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

3. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁷:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122.
- Legales: artículos 12 y 17 Ley 6ª de 1945; 1º de la Ley 65 de 1946; 2 literal a) de la Ley 4 de 1992; 6 de la Ley 60 de 1993; 176 de la Ley 115 de 1994; 13 de la Ley 344 de 1996; 5 párrafo Ley 1071 de 2006.
- Reglamentarias: Decretos 2767 de 1945, 1160 de 1947, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 2563 de 1990, 1582 de 1998.

4. Señaló que la voluntad del legislador al expedir las normas invocadas, fue la de conservar los derechos adquiridos y el régimen prestacional vigente a los docentes vinculados a una entidad territorial, por lo que si bien es cierto que la Ley 91 de 1989⁸, dispuso un nuevo sistema de liquidación de la aludida prestación social para los maestros nacionales y nacionalizados, también lo es que a través de la Ley 344 de 1996⁹ y el Decreto 1582 de 1998¹⁰, se estableció que los empleados públicos del orden territorial, entre ellos, los educadores estatales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, como es el caso del actor, son beneficiarios de la retroactividad de las cesantía, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹ y el Consejo de Estado¹².

5. Arguyó que existe falsa motivación del acto acusado, toda vez que la Ley 91 de 1989¹³, previó el régimen anualizado solamente para que aquellos docentes

⁷ Folios 26 a 45 del expediente.

⁸ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁹ «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones.»

¹⁰ «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.»

¹¹ C -428 de 1997, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa; T-777 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 28 de febrero de 2008, Rad. 2003-04095-01, C.P.: Jesús María Lemus Bustamante; Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 10 de febrero de 2011, Rad. 2006-01365-01, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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

nacionales afiliados al FOMAG y fue solo a partir de la anualidad de 1996, con la expedición de la Ley 115 de 1994¹⁴ y el Decreto 196 de 1995¹⁵, que los maestros que ingresaron a laborar con los departamentos y municipios, fueron incorporados a dicho fondo, por lo que es evidente que el sistema de retroactividad pretendido estuvo vigente desde el 1 de enero de 1990 al 31 de diciembre 1996, es decir, hasta que entró a regir la Ley 344 de 1996¹⁶, mediante la cual se estableció que a partir de su publicación, los servidores territoriales que se vinculen a los órganos y entidades del Estado serán beneficiarios del régimen anualizado.

6. Adujo que la entidad demandada desconoció la Ley 1071 de 2006¹⁷, e igualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁸ y de esta Corporación¹⁹, por las cuales se estableció que el pago de la prestación aludida debe realizarse dentro los 65 días siguientes a la presentación de solicitud, pues de lo contrario, el empleador debe reconocer la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo prevista en el artículo 5 ibídem²⁰.

2.4. Contestación de la demanda.

7. La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG²¹, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que no es el legitimado en la causa por pasiva para conocer de aquellas, en tanto por disposición legal, el trámite del reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes le corresponde a las secretarías educación del ente territorial al que se encuentre adscritos y el pago de aquellas a la Fiduprevisora S.A como entidad encargada de administrar los recursos del FOMAG, razón por la cual, solicitó con fundamento en el artículo 61

¹⁴ «Por la cual se expide la ley general de educación»

¹⁵ «Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6ª de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.»

¹⁶ «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ « Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

¹⁸ C-448 de 1996; T-418 de 1996.

¹⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. 2000-00537-01, C.P.: Jesús María Lemos Bastamente; Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Rad. 2000-00505-01, C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

²⁰ «ARTÍCULO 5º. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.»

²¹ Folio 62 a 69.

233

del Código General del Proceso²², que se integre al proceso a la Secretaría de Educación de Bogotá.

8. Sostuvo que la liquidación de las cesantías parciales reconocidas al señor Basabe Díaz, se realizó conforme a derecho sobre el tiempo laborado, pues se tuvo en cuenta para tales efectos, la Resolución 202 de 1 de febrero de 1993, por la cual se le nombró en propiedad como docente del Distrito Capital de Bogotá con efectos a partir del 8 del mismo mes y año.

9. Propuso la excepción de prescripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²³.

2.5 Audiencia Inicial.

10. El magistrado ponente en la audiencia inicial celebrada el 24 de noviembre de 2016²⁴, una vez efectuado el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el FOMAG y en cuanto al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006²⁵, sostuvo que ello no constituía una pretensión, pues no se formuló como tal en el acápite de pretensiones de la demanda, y tampoco fue discutida dentro del trámite de la conciliación prejudicial.

11. Se fijó el litigio a folio 88 del expediente, en los siguientes términos:

«[...] Determinar si el señor Humberto Basabe Díaz tiene derecho a que las cesantías parciales que le fueron reconocidas por medio de la Resolución 1175 de 2 de marzo de 2015, se liquiden bajo el régimen retroactivo y no anualizado, teniendo en cuenta para tal efecto la totalidad de tiempo de servicio prestado como docente, el último salario devengado y todos los factores salariales, conforme lo establecido por las Leyes 6 de 1945, y 65 de 1946, así como los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947.»

²² «ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término. [...]

²³ « 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.»

²⁴ FF. 86 a 91.

²⁵ « Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

12. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, mediante sentencia de 21 de junio de 2017²⁶, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien es cierto, tal como lo aduce el demandante, fue incorporado como docente temporal al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 17 de abril de 1991 al 2 de diciembre de 1992 y del 20 de enero de 1992 hasta la terminación de ese año lectivo y posteriormente nombrado en propiedad a través de la Resolución 202 de 1 de febrero de 1993, de la cual tomó posesión día 5 de febrero de 1993 con efectos a partir del 8 del mismo mes y año, también lo es que ambas vinculaciones se dieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989²⁷, por lo que, la liquidación de sus cesantías se encuentra cobijada por lo previsto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 ibídem²⁸, máxime cuando el legislador no condicionó el ingreso al servicio educativo con posterioridad a 1º de enero de 1990, a una modalidad particular, es decir, sea esta nacional, territorial o nacionalizada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

13. El apoderado de la parte **demandante**²⁹ adujo que el fallo de primera instancia, al igual que la entidad demandada, desconocieron la totalidad del tiempo de servicios prestados por el actor desde el 15 de abril de 1991 como docente temporal del Distrito Capital de Bogotá, pues simplemente se tiene como fecha de su ingreso al sector educativo, para efectos de la liquidación de la prestación aludida, la señalada en la Resolución 0202 de 1 de febrero de 1993, por la cual fue nombrado en propiedad, sin tener en cuenta que la jurisprudencia de esta Corporación³⁰ ha sostenido que la afiliación al FOMAG depende únicamente de la existencia de una «relación laboral con la administración»,

²⁶ F.F. 105 a 119.

²⁷ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

²⁸ «Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

3. Cesantías:

[...]

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.»

²⁹ F.F.121 a 134

³⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 17 de agosto de 2011, Rad. 2004-00269-01, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

precedida del respectivo nombramiento y posesión, sin distinguir si se trata de una vinculación interina o permanente.

14. Por otro lado, indicó que el actor, es un docente territorial pues tal calidad se deriva de que el acto administrativo por el cual fue nombrado en propiedad se expidió por el representante legal de una entidad territorial y por lo tanto, en los términos del artículo 1º de la Ley 91 de 1989³¹, es un *educador de orden distrital financiados con recursos propios*.

15. Señaló que la Ley 91 de 1989, extendió el sistema de liquidación anualizado de las cesantías a los docentes nacionales y nacionalizados vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990 y afiliados al FOMAG, sin modificar de manera alguna el régimen de retroactividad previsto para los educadores nombrados por una entidad territorial, pues aquel, fue desarrollado por la Ley 60 de 1993³² y el Decreto 196 de 1995³³, por los cuales no solo se previó la incorporación de los maestros territoriales al fondo, sino también que se les respetaría el régimen prestacional vigente del ente al que se encontraban adscritos, que no es otro; que el contemplado en la Ley 6 de 1945³⁴ y demás normas concordantes.

16. Por lo expuesto, sostuvo que el régimen de retroactividad de los empleados territoriales, entre ellos los educadores estatales, se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1996, esto es, a la fecha entrada en rigor de la Ley 344 de 1996³⁵ y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998³⁶, por las cuales se cambió para todos los servidores públicos el sistema de liquidación de la prestación aludida al

³¹ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio [...]»

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

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

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

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 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.»

³² «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.»

³³ «Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 68 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.»

³⁴ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.»

³⁵ «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones.»

³⁶ «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.»

anualizado contemplado en la Ley 50 de 1990³⁷, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional³⁸ y del Consejo de Estado³⁹.

17. Concluyó que al cumplir con todos los requisitos legales para que el FOMAG le reconozca la prestación aludida bajo el sistema de retroactividad y a su vez la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006⁴⁰, solicita se declare la nulidad del acto acusado y se acceda sus pretensiones.

18. En cuanto a la condena en costas, indicó con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación⁴¹, que el solo hecho de ser la parte vencida en el proceso, no implica su imposición, pues se debe verificar un proceder de mala fe y temeridad, el cual no se configura en el sub-judice, en tanto la parte demandante obró con diligencia en todas las actuaciones judiciales.

V. CONSIDERACIONES

Cuestión Previa.

19. La parte demandante, dentro del recurso de apelación, solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en Ley 1071 de 2006⁴², derivada del pago fuera del plazo legal de las cesantías parciales; no obstante, ello no será estudiado en la presente Litis, por cuanto ya fue objeto de discusión en la audiencia inicial, en la cual se estableció que tal petición no sería analizada como pretensión de la demanda, en cuanto en primer lugar, no fue relacionada dentro del acápite de «pretensiones» sino de «hechos», y en segundo, toda vez que aquella no fue ventilada dentro del trámite de la conciliación prejudicial; decisión que fue notificada en estrados y contra la cual no se interpuso recurso.⁴³

³⁷ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

³⁸ C -428 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa; T-777 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 28 de febrero de 2008, Rad. 2003-04095-01, C.P.: Jesús María Lemus Bustamante; Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 10 de febrero de 2011, Rad. 2006-01365-01, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁴⁰ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

⁴¹ Consejo de Estado – Sección Primera, Sentencia de 16 de abril de 2015, Rad. 2012-00446-01; Sentencia de 17 de octubre de 2013, Rad. 2012-00282-01, C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁴² «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

⁴³ Ver folio 88 del expediente.

Análisis del asunto.

20. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

Problema jurídico.-

21. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, le corresponde a la Sala:

1) Establecer si el señor Humberto Basabe Díaz, quien alega ser docente territorial, para efecto del reconocimiento de las cesantías parciales le es aplicable la Ley 6 de 1945, esto es, el régimen de cesantías retroactiva, o si por el contrario, es destinatario de la Ley 91 de 1989 y por consiguiente, se encuentra bajo el sistema de liquidación anualizado.

22. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el siguiente estudio: (i) Del régimen de cesantías de los docentes y el proceso de descentralización de la educación; y (ii) Análisis del caso en concreto.

Del régimen de cesantías de los docentes y el proceso de descentralización de la educación.

23. La Ley 43 de 1975 «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones», implementó un proceso de nacionalización de la educación estatal, el cual tenía como propósito trasladar gradualmente a la Nación la totalidad de los costos de la prestación de dicho servicio, entre los que estaban comprendidos los salarios y las prestaciones sociales de los docentes

24. Posteriormente, la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», diferenció las categorías en que se agruparían los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las

disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha de vinculación. Al efecto, consagró que los docentes oficiales se agruparían así:

(i) en el **personal nacional**, el cual reúne a los docentes nombrados por el Gobierno Nacional;

(ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁴⁴; y

(iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes 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 mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con la autorización del Ministerio de Educación Nacional⁴⁵.

25. Así mismo, en el párrafo del artículo 2.º *Ibidem* previó cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la citada ley, así:

«[...] 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 [...]» (Se destaca)

26. Como se expuso, la ley *ibidem* creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, 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 ingresarán con posterioridad a ella. Dice la norma:

«[...] 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

⁴⁴ «Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.»

⁴⁵ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

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 [...].
(Resaltado fuera del texto original).

27. En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3 del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

«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, 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»⁴⁶.

28. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula dos 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 aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁴⁷, 1848 de 1969⁴⁸ y 1045 de 1978⁴⁹, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁵⁰, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

⁴⁶ Destacado por la Sala.

⁴⁷ «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.»

29. Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados con anterioridad a 31 de diciembre de 1989, **conservarían el régimen prestacional que gozaban en la entidad territorial a la cual se encontraban adscritos, esto es, la Ley 6 de 1945 y demás normas concordantes** y quienes se incorporen a partir del 1 de enero de 1990, sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados, se regularán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:

i) 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;

ii) 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.

30. Posteriormente, a través del artículo 6 de la Ley 60 de 1993⁵¹, se señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaran a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

«El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y **las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989**, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.» (Se resalta)

⁴⁸ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁴⁹ «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.»

⁵⁰ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁵¹ «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

31. En desarrollo de los principios constitucionales sobre el derecho a la educación, fue proferida la Ley 115 de 1994 «Por la cual se expide la ley general de educación», a través de la cual se definió en el artículo 115 que el régimen especial de los educadores estatales sería el previsto en dicha norma y en las **Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993**⁵².

32. Ahora bien, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al FOMAG surgió con el Decreto 196 de 1995 «por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994», a través del cual se categorizaron y definieron los distintos tipos de educadores estatales cuyas prestaciones sociales serían reconocidas a través del citado fondo una vez estuvieran debidamente afiliados, así:

«Artículo 2º.- *Definiciones.* Para los efectos de la aplicación del presente Decreto, los siguientes términos tendrán el alcance indicado en cada uno de ellos:

Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.

Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:

a) Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;

b) Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.

Docentes de Establecimientos Públicos Oficiales: Son aquellos que pertenecen a la planta de personal del respectivo establecimiento público educativo nacional o territorial, laboran en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media y son pagados con recursos establecimiento.

Prestaciones sociales causadas y no causadas: Las prestaciones causadas son aquellas para las cuales se han cumplido los requisitos que permiten su exigibilidad, y las prestaciones sociales no causadas son aquellas en las que tales requisitos no se han cumplido, pero hay lugar a esperar su exigibilidad futura, cuando reúnan los requisitos legales.»

33. En el artículo 4 *ibídem* se previó que los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados mediante convenios por la Nación – Ministerio de Educación Nacional serían **afiliados al citado fondo bajo el régimen establecido en la Ley 91 de 1989** y sus decretos reglamentarios o demás disposiciones que lo modifiquen, tal como se transcribe a continuación:

⁵² «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones»

«Artículo 4º.- Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional. Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación- Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se registrarán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo.- Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagarán con cargo al situado fiscal.» (Se resalta)

34. En los artículos 5 y 7 del citado decreto, se estableció que a los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran al momento de su vinculación.

Dice la norma:

«Artículo 5º.- Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, [...]. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.»

35. De las normas expuestas se evidencia que fue el Decreto 196 de 1995⁵³, a través de su artículo 5º el que dispuso la incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de aquellos docentes municipales, departamentales y distritales financiados con recursos propios, además estableció que se les respetaría el sistema vigente al momento de su incorporación, y previó para quienes ingresaran con posterioridad a la entrada en vigencia del citado decreto, el régimen de la Ley 91 de 1989.

⁵³ «por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.»

36. Ahora bien, considera la Sala pertinente señalar que el Consejo de Estado al pronunciarse respecto de si los docentes oficiales son destinatarios de la prima de servicios contemplada en el Decreto 1042 de 1978 mediante la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 proferida el 14 de abril de 2016⁵⁴, sostuvo que la finalidad del legislador al expedir la Ley 91 de 1989 fue la de unificar el **régimen prestacional de los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990**, equiparándolo desde el punto de vista prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros que se vincularan con anterioridad al 31 de diciembre de 1989. En esta oportunidad, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, precisó lo siguiente:

«[...] La ponencia para primer debate deja claro además, que el propósito de esta ley no es sólo la creación de un fondo que dote de agilidad y eficiencia el pago de salarios y prestaciones a los docentes oficiales, sino que, en aras de **“resolver el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio (...) y de la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo”**, la intención también era la **“definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990”**, pero respetando **“las normas vigentes en las entidades territoriales para los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y para quienes ingresen con posterioridad a esa fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.”**

Tal y como se lee en la exposición de motivos de la ley bajo estudio y en las ponencias para primer y segundo debate, la meta principal del legislador de 1989 fue la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1990, [...]»

37. Por todo lo expuesto, se concluye que los docentes que ingresaron con posterioridad al 1 de enero de 1990, por el sólo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, y ostentar la calidad de cofinanciados, **no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad**, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[...] 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.», como lo es la Ley 344 de 1996⁵⁵ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró un sistema de

⁵⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección B, Sentencia de 14 de abril de 2016 con Rad. 2013-00134-01. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁵ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

liquidación anualizado de cesantías para las «[...] personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado.».

Análisis del caso concreto.

38. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que las vinculaciones del actor como docente del Distrito Capital de Bogotá, en las modalidades de temporal y en propiedad, se dieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989⁵⁶, por lo que para efectos de la liquidación de las cesantías parciales, le resulta aplicable el régimen previsto en el literal b) del numeral 3º del artículo 15 ibídem⁵⁷.

39. Por su parte, el apelante único insiste en que es un docente territorial pues fue vinculado en propiedad antes del 31 de diciembre de 1996, fecha de entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁵⁸, a través de un acto administrativo proferido por un representante legal de una entidad territorial, y en tal virtud, tiene derecho a la liquidación de la prestación aludida bajo el régimen de retroactividad.

40. Frente a ello, el acervo probatorio que obra dentro del proceso es el siguiente:

1) Con la presentación de la demanda, se allegó la Resolución 202 de 1 de febrero de 1993⁵⁹, por la cual el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, el Director del Servicio Civil y el Secretario de Educación del Distrito Capital de Bogotá, nombraron en propiedad al señor Humberto Basabe Díaz como docente de dicho ente territorial, del cual tomo posesión el 5 de febrero de 1993, con efectos a partir de 8 del mismo mes y año, según consta en Acta que obra a folio 10 del expediente.

⁵⁶ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁵⁷ «Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

3. Cesantías:

[...]

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.»

⁵⁸ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁵⁹ Ver folios 11 a 14.

2) Comunicación del 15 de abril de 1991⁶⁰, por la cual el jefe de división de personal de la Secretaría de Educación de Bogotá, le informa al señor Basabe Díaz que fue vinculado como docente temporal del año lectivo de 1991, en virtud lo dispuesto en la Resolución 14910 de 25 de octubre de 1990, proferida por el Ministerio de Educación Nacional.

3) Copia de la Resolución 1175 de 2 de marzo de 2015⁶¹, por la cual la directora de talento humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, en virtud de la reclamación efectuada por el actor el 15 de diciembre de 2014⁶², le autorizó el retiro parcial de cesantías correspondientes a las anualidades **1993 a 2013**, por la suma de \$29.337.056, de la cual le fue descontada por concepto de cesantías parciales ya pagadas, el valor de \$6.593.802, y quedó un saldo líquido de **\$7.500.000**, el cual se discriminó así:

Repórtes anuales de cesantías	
Cesantía año 1993	177.051
Cesantía año 1994	240.626
Cesantía año 1995	322.707
Cesantía año 1996	402.913
Cesantía año 1997	540.743
Cesantía año 1998	717.025
Cesantía año 1999	941.470
Cesantía año 2000	1.028.075
Cesantía año 2001	1.084.699
Cesantía año 2002	1.279.635
Cesantía año 2003	1.435.807
Cesantía año 2004	1.508.595
Cesantía año 2005	1.564.822
Cesantía año 2006	1.690.575
Cesantía año 2007	1.746.324
Cesantía año 2008	1.845.681
Cesantía año 2009	1.987.233
Cesantía año 2010	2.555.311
Cesantía año 2011	2.636.310
Cesantía año 2012	2.768.118
Cesantía año 2013	2.863.336
TOTAL REPORTE DE CESANTÍAS	29.337.056

Las sumas dinerarias cuyo retiro le había sido autorizado correspondiente a la aludida prestación social, fueron las siguientes:

Resolución	Fecha	Fecha de Pago	Valor
8520 ⁶³	29/12/2003	22/11/2005	6.593.802
Total pagado cesantías parciales:			6.593.802

⁶⁰ Ver folio 8 del expediente.

⁶¹ Según se observa a folios 3 a 5 del expediente.

⁶² Según se observa a folios 7 del cuaderno 1.

⁶³ Ver folio 56 del cuaderno 1.

El anterior acto fue notificado personalmente al titular el 9 de marzo de 2015, según se observa a folio 6 del expediente.

4) En virtud de las pruebas decretadas en la Audiencia Inicial⁶⁴, se allegó certificación de 22 de diciembre de 2016⁶⁵, por la cual el profesional especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., informó lo siguiente:

«Que según comunicación de fecha 15 de abril de 2016, firmada por el jefe de división de personal, indica que fue vinculado como docente temporal por el año lectivo de 1991, tal como lo estipula la Resolución 14910 de 25 de octubre de 1990, emanada del Ministerio de Educación Nacional.

Que según constancia firmada por el Rector del Colegio Distrital «San Francisco» expedida el 13 de marzo de 1995, laboró en esa institución como docente temporal de tiempo completo en el área de tecnológicas (mecánica automotriz) durante el periodo comprendido entre 17 de abril de 1991 y el 2 de diciembre de 1991 [...]»

5) Extracto de Intereses de Cesantías⁶⁶, expedido por el FOMAG, del cual se observan los siguientes movimientos:

AÑO	DTF	CESANTIA	ACUMULADO	INTERES	FECHA	FECHA DE PAGO DE INTERESES	ENTIDAD BANCARIA
1993	0	177.051		0			
1994	0	240.626		0			
1995	0	322.707		0			
1996	27.99%	402.913	1.143.293	320.009	02/03/97		
1997	24.37%	540.743	1.684.040	410.401	29/03/98		
1998	34.57%	717.025	2.401.065	830.048	12/03/99		
1999	16.20%	941.470	3.342.535	541.491	11/03/00	30 MAR 2000	BBVA
2000	13.67%	1.028.075	4.370.610	597.462	07/05/01	30 MAY 2001	BANCO DAVIVIENDA
2001	12.89%	1.084.699	5.455.309	703.189	05/03/02	26 MAR 2002	BANCO POPULAR
2002	9.07%	1.138.493	6.593.802	598.058	05/03/03	28 MAR 2003	BANCO POPULAR
2002	9.07%	141.142	141.142	12.802	15/10/07		
2003	8.07%	1.205.427	7.799.229	629.398	05/03/04	26 MAR 2004	BANCO POPULAR
2003	8.07%	230.380	371.522	29.982	15/10/07		
2004	8.13%	1.268.222	9.067.451	737.184	12/05/05	31 MAR 2005	BANCO POPULAR
2004	8.13%	240.373	611.895	49.747	15/10/07		
2005	7.19%	1.337.695	3.811.614	274.055	13/03/06	30 MAR 2006	BANCO POPULAR
2005	7.19%	226.857	838.752	60.306	15/10/07		
2006	6.56%	1.690.575	5.502.189	360.944	09/03/07	20 MAR 2007	BANCO POPULAR
2006	6.56%	0	838.752	55.022	15/10/07		
2007	8.26%	1.746.324	8.087.265	668.008	10/03/08		
2008	10.04%	1.845.681	9.932.946	997.268	06/04/09		
2009	6.24%	1.987.233	11.920.179	743.819	30/03/10		
2010	3.88%	2.55.311	14.475.490	561.649	10/03/11		
2011	4.61%	2.636.310	17.111.800	788.854	21/03/12		
2012	5.85%	2.768.118	19.879.918	1.162.975	27/03/13		
2013	4.44%	2.863.336	22.743.254	1.009.800	22/03/14		

41. Ahora bien, dentro de los cargos expuestos en el recurso de apelación, el apoderado de la parte demandante aduce que el fallo de primera instancia no tuvo

⁶⁴ Folio 89 y 90 del expediente.

⁶⁵ Ver folio 96.

⁶⁶ Ver folios 14 y 27 del cuaderno 1.

242

en cuenta para efectos de la liquidación de la prestación aludida, la totalidad de los tiempos laborados desde su vinculación como docente territorial a partir del 15 de abril de 1991, pues se tomó como fecha de ingreso al sector educativo oficial, la señalada en la Resolución 202 de 1 de febrero de 1993, por la cual se nombró en propiedad al señor Basabe Díaz con efectos a partir del 8 del mismo mes y año.

42. En ese orden de ideas, esta Subsección, considera oportuno señalarle a la parte recurrente, que si bien aportó comunicación expedida por el jefe de división de personal de la Secretaría de Educación de Bogotá, por la cual se le informa al señor Basabe Díaz, que fue vinculado como «docente temporal por el año lectivo de 1991 tal como lo estipula la Resolución 144910 de 25 de octubre de 1990»⁶⁷, y además Certificado de 22 de diciembre de 2016, proferido la misma institución, que da cuenta de ello, tales documentos no constituyen prueba idónea que acredite la existencia de una relación legal y reglamentaria de carácter temporal entre el docente y el Distrito Capital de Bogotá, pues al efecto, es necesario allegar el acto de nombramiento y la posesión, con el fin de que la Sala de decisión pueda tener certeza sobre el supuesto fáctico afirmado por el actor relativo a la vinculación a partir del 15 de abril de 1991.

43. Al respecto; esta Corporación en sentencia de 17 de agosto de 2011⁶⁸, al estudiar sobre el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de un docente vinculado de manera temporal, sostuvo lo siguiente:

« [...] pues en ninguna parte la Ley 91 en cita exige la condición de estar nombrado en propiedad para determinar quienes son o no afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...] En esas condiciones, y si se tiene en cuenta que una de las formas de vincularse a la administración pública es la legal y reglamentaria que está precedida de un nombramiento y una posesión, bastaba con que al momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989, el docente tuviera una relación laboral con la Administración, precedida de las formalidades antes descritas para poder considerarse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...] Es claro que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad.»

44. De lo expuesto se desprende, que si bien la modalidad del nombramiento, sea en propiedad o temporal, no condiciona el derecho al auxilio de cesantías, pues únicamente se requiere la existencia una relación legal y reglamentaria, la cual deberá estar precedida de un nombramiento y una posesión.

⁶⁷ Ver folio 7 del expediente.

⁶⁸ Sección Segunda – Subsección A, Rad. 2004-0269-01, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

45. En tal sentido, debido a que en el presente caso, dichos elementos de prueba no fueron aportados al expediente, el aserto del demandante atinente a que la fecha de vinculación del señor Basabe Díaz ocurrió el 15 de abril de 1991, no está demostrada dentro del proceso.

46. Establecido lo anterior, tal como lo dispuso el *A-quo*, independientemente de la vinculación del actor como docente temporal (**17 de abril de 1991**) o en propiedad (**8 de febrero de 1993**), debido a que ambas se dieron con posterioridad al 1º de enero de 1990, esto es, a la entrada en vigencia la Ley 91 de 1989, el señor Basabe Díaz, se encontraba regulado por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶⁹, que estableció que los educadores que ingresaran a partir del 1º de enero de 1990, **sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados**, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los **empleados públicos del orden nacional**, y que además previó su literal b) del numeral 3 ibídem la liquidación de las cesantías en forma anualizada.

47. Ahora bien, de acuerdo con el sistema del cual es beneficiario, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le ha reconocido y pagado al demandante un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período (anual) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia⁷⁰, sobre el **ahorro o el acumulado de cesantías a 31 de diciembre de cada anualidad**, a través de las entidades bancarias BBVA, Banco Davivienda y Banco Popular.

⁶⁹ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁷⁰ «Año/Tasa Promedio de Captación

2017: 6.37%

2016: 7.52%

2015: 5.13%

2014: 4.46%

2013: 4.44%

2012: 5.85%

2011: 4.61%

2010: 3.88%

2009: 6.24%

2008: 10.04%

2007: 8.26%

2006: 6.56%

2005: 7.19%

2004: 8.13%

2003: 8.07%

2002: 9.07%

2001: 12.89%»

Los anteriores valores fueron consultados en el siguiente link: <http://www.fomag.gov.co/documents/Intereses-cesantias/2018/CERTIFICACION%20DTF.pdf>.

48. Lo expuesto, le permite a la Sala concluir que durante toda la vinculación laboral, el actor tenía conocimiento del sistema del que era beneficiario y de que el valor de la aludida prestación social le era notificado año a año, previo a su remisión a la entidad fiduciaria para efectuar el **pago de los intereses**, sin que en ese tiempo manifestara a la entidad su desacuerdo frente al régimen aplicado; máxime cuando le fueron autorizados retiros parciales en la anualidad de 2003 y posteriormente, a través de la Resolución 1175 de 2 de marzo de 2015.

49. Por consiguiente, para la Sala no es de recibo que después de **22 años, 7 meses y 21 días** de su vinculación, pretenda controvertir con la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el sistema de cesantías que regula su situación jurídica, y en virtud del cual el FOMAG le reconoció al demandante un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período (anual) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre el **ahorro o el acumulado de cesantías a 31 de diciembre de cada anualidad**, y que tal como se expuso, contempla unos beneficios totalmente diferentes a los del régimen de retroactividad.

50. Así las cosas, el acto administrativo demandado se expidió conforme a ley, puesto que tal como allí se consideró, en virtud de la vinculación del demandante como docente a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, es beneficiario del régimen anualizado, de conformidad con el literal b), numeral 3 ibidem⁷¹, que estableció que los educadores que ingresaran a partir del 1º de enero de 1990, **sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados**, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los **empleados públicos del orden nacional**, y que además previó la liquidación de la prestación aludida en forma anualizada y no retroactiva.

51. Por lo anterior, pese a acreditarse que el decreto de nombramiento en propiedad del actor fue expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, el Director del Servicio Civil y el Secretario de Educación del Distrito Capital de Bogotá, ello no le otorga el carácter de territorial, pues en materia prestacional la Ley 91 de 1989 no distinguió respecto de los docentes **vinculados a partir del 1 de enero de 1990**, toda vez que, como se expuso, el legislador estableció que

⁷¹ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

estarían regulados por las normas vigentes para los empedados públicos del nivel nacional.

52. Finalmente, esta Sala considera pertinente señalar que el Estado en ejercicio de la división y organización administrativa que previó el artículo 1º de la Carta Política y en cumplimiento de los artículos 356 y 357 ibídem, descentralizó la educación primaria y secundaria que se había nacionalizado a través de la Ley 43 de 1975⁷² y creó el sistema General de Participaciones desarrollado por la Ley 715 de 2001⁷³, la cual estableció un porcentaje de **recursos** para cada uno de los sectores que posteriormente se repartiría **entre los municipios, distritos y departamentos** y distribuyó las competencias entre aquellos y la Nación para ejercer la prestación del servicio educativo; lo que en consecuencia devino en que la vinculación de los docentes se efectuara a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, sin que ello implique que adquieran tal característica, pues como se expuso, quienes ingresen a partir del 1 de enero de 1990, se registrarán por las normas de orden nacional.

53. De otro lado, se observa, que la parte apelante señala que no se encuentra de acuerdo con la decisión relativa a la condena en costas, pues el solo hecho de ser la parte vencida en el proceso, no implica su imposición, en tanto de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación⁷⁴, se debe verificar un proceder de mala fe y temeridad, el cual en su parecer no se configura en el sub-judice.

54. Ahora bien, debido a que de la lectura del fallo de primera instancia, se logra evidenciar que el *A-quo* en la parte resolutive no condenó en costas, dicho cargo no ser objeto de estudio por esta Subsección.

55. Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia proferida por el 21 de junio de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, en tanto negó la reliquidación de las cesantías parciales con base el régimen de retroactividad, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

⁷² La Ley 43 de 1975 «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.» nacionalizó los servicios educativos públicos hasta el bachillerato y reguló la forma de prestarlos y de administrarlos por la Nación, que asumió la competencia directa de la prestación de este servicio.»

⁷³ «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones»

⁷⁴ Consejo de Estado – Sección Primera, Sentencia de 16 de abril de 2015, Rad. 2012-00446-01; Sentencia de 17 de octubre de 2013, Rad. 2012-00282-01, C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

56. 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: CONFIRMAR la sentencia del 21 de junio de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, que negó las pretensiones de la demanda.

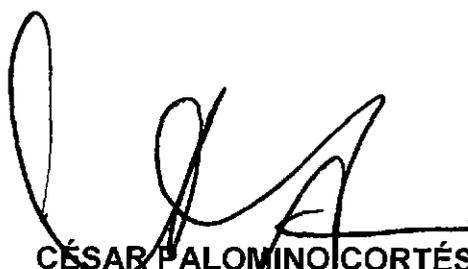
SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PÉRDOMO CUÉTER


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

100



100