



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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 31 de enero de 2019.

Radicación: 54001-23-33-000-2015-00399-01.
No. Interno: 0521-2017.
Demandante: Marlene Sepúlveda López.
Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Norte Santander, Municipio San José de Cúcuta – Secretaría de Educación.
Asunto: Docente – régimen anualizado.

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 en la audiencia inicial celebrada el 9 de noviembre de 2016, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que negó el reconocimiento 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, la señora Marlene Sepúlveda López presentó demanda el 18 de agosto de 2015² contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³, el municipio de Cúcuta y el departamento de Norte de Santander.

2.1.1 Pretensiones.

a. Declarar la nulidad parcial de la Resolución 0104 del 4 de febrero de 2015, por la cual, el secretario de despacho de la Dirección Educativa de la Secretaría de Educación del Norte de Santander le reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales bajo el sistema anualizado.

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 32 del expediente.

³ En adelante, FOMAG.

b. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las entidades demandadas reconocer las cesantías parciales de manera retroactiva a partir de su vinculación ocurrida el 7 de marzo de 1995 y la diferencia resultante de la reliquidación del emolumento.

c. Igualmente, se condene a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios y la indexación de la condena, conforme a los artículos 187 y 192 del CPACA.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes⁴:

2.1.2. Fundamentos fácticos.-

a. La demandante manifestó que labora al servicio docente del departamento de Norte de Santander desde el 7 de marzo de 1995; y el 15 de noviembre del 2014, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a compra de vivienda.

b. Señaló que mediante la Resolución 0104 del 4 de febrero de 2015, el secretario de despacho de la Dirección Educativa de la Secretaría de Educación del Norte de Santander, le reconoció la suma de \$22.411.217 por concepto de la prestación social, la cual liquidó conforme al sistema anualizado, pese a que de acuerdo a la fecha de ingreso era beneficiaria del régimen retroactivo. El anterior acto administrativo le fue notificado personalmente el 12 de febrero de 2015.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

4. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁵:

- 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 parágrafo Ley 1071 de 2006.

⁴ FF. 5 y 6.

⁵ Folios 6 a 20 del expediente.

- Reglamentarias: Decretos 2767 de 1945, 1160 de 1947, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 2563 de 1990, 1582 de 1998.

5. Señaló que el acto administrativo acusado fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, puesto que desconoció el mandato legal que garantiza el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los especiales, ya que si bien la Ley 91 de 1989 estableció de manera genérica un nuevo sistema de liquidación de la aludida prestación social, la ley y los decretos reglamentarios señalados previeron que los docentes territoriales (departamentales, municipales y distritales) vinculados entre el 1º de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1996 conservan la retroactividad de sus cesantías, pese a la afiliación al FOMAG.

6. Manifestó que el acto acusado adolece de falsa motivación, bajo el argumento que por mandato del artículo 121 de la Constitución Política, ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las atribuidas en la norma superior y la ley, cuyas disposiciones fueron desconocidas por las entidades demandadas, por cuanto el régimen de cesantías anualizado previsto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996⁶, solo es aplicable a quienes ingresaron a los órganos del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, como lo ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷.

2.4. Contestación de la demanda.

7. **El municipio de Cúcuta**⁸ manifestó que carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto para la expedición de los actos administrativos como el aquí demandado, existe una delegación legal de la Nación al secretario de educación, y el pago de las prestaciones sociales reconocidas se encuentre a cargo de la Fiduprevisora S.A., sin que a partir de ello se pueda endilgar alguna responsabilidad a la entidad territorial; y aunado a ello, indicó que conforme a la Ley 91 de 1989⁹, los

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

[...]

Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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;»

⁷ Al respecto citó: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2008. Rad. 2003-04095. C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Sentencia del 10 de febrero de 2011. Rad. 2006-01365 (0088-2010). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 2000-505. C.P. Bertha Lucía Ramírez Páez.

⁸ Folios 57 -59 expediente

⁹ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, son beneficiarios del sistema retroactivo de cesantías sin lugar a la retroactividad.

8. **La Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG¹⁰** se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que la Ley 91 de 1989¹¹ creó al FOMAG como una cuenta especial de la Nación, cuya administración de los recursos le corresponde a la Fiduprevisora S.A. y por disposición legal, está dotada de la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos, en tanto el patrimonio autónomo carece de personería jurídica para ser parte en un proceso.

9. En cuanto al régimen de cesantías de la actora, sostuvo que debido a la vinculación con posterioridad al 1º de enero de 1990, el sistema que rige su situación jurídica es el de liquidación anual y sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses sobre el acumulado de la prestación social a 31 de diciembre de cada año, conforme a las normas vigentes para los empleados del orden nacional.

10. Propuso como excepciones, las que denominó: i) integración del contradictorio y falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la función de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes del sector oficial se trasladó a los entes territoriales, por mandato constitucional¹² desarrollado por las Leyes 60 de 1993¹³ y 715 de 2001¹⁴; y ii) prescripción de los derechos laborales que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad.

11. **El departamento de Norte de Santander¹⁵** adujo que no es la entidad responsable de las pretensiones de la demandante, ya que la administración departamental no expidió el acto acusado, sino la secretaría de educación, pero en virtud de la delegación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG¹⁶, cuya función legal es atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

¹⁰ Folios 101 - 107 y 112 - 116 del expediente.

¹¹ *Ibidem* 9.

¹² Artículo 356 de la Constitución Política.

¹³ « 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.»

¹⁴ « 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»

¹⁵ Folios 122 y 123.

¹⁶ De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 « Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios», y el Decreto 2831 de 2005 « Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

2.5. Audiencia Inicial con fallo.

12. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander en audiencia inicial realizada de manera concentrada el 9 de noviembre de 2016¹⁷, declaró no probados los medios exceptivos formulados por las entidades demandadas y fijó el litigio en los siguientes términos:

«[...] determinar si en el presente caso corresponde pronunciarse sobre los actos administrativos No. 104 del 4 de febrero de 2015, expedidos por la Secretaria de Educación del Municipio de San José de Cúcuta que reconoció y pagó a los demandantes por concepto de liquidación de cesantías, se ajusta a derecho, o si por el contrario, como lo sostiene la parte demandante fue expedido con falsa motivación acorde con los cargos formulados en la demanda, motivo por el cual procede declarar su nulidad parcial y ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar las cesantías parciales de manera retroactiva, ordenando cancelar el mayor valor resultante.»

13. De conformidad con el artículo 179 del CPACA prescindió de la audiencia de pruebas, concedió la oportunidad a las partes para que alegaran de conclusión y procedió a emitir el fallo por el cual se negaron las pretensiones, al considerar que el régimen aplicable para los docentes territoriales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional como la demandante, es el consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁸, el cual dispuso respecto de los educadores vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, el reconocimiento y pago de un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada anualidad, liquidadas anualmente y sin retroactividad. Igualmente, se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida dentro del proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

14. La **demandante** manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia¹⁹, con el propósito de que sea revocado y en su lugar, se acceda a la liquidación de las cesantías parciales de acuerdo con el sistema retroactivo, al considerar que en principio podría pensarse que un empleado público docente que se vincule después del 1º de enero de 1990, se le aplica la Ley 91 de 1989 que acabó con la liquidación de cesantías retroactivas y la convirtió en anualizada a través de la creación del FOMAG; sin embargo, la relación legal y reglamentaria como *docente territorial*, la hizo beneficiaria de una normatividad especial que solucionó un vacío de orden

¹⁷ FF. 176-180.

¹⁸ « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

¹⁹ FF. 183 - 203.

jurídico, esto es, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996²⁰, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998²¹.

15. Sostuvo que aquellos docentes nombrados con cargo a los recursos propios de los departamentos después del año 1975 y hasta 1990, cuando se expidió la Ley 91 de 1989, conforme al artículo 1º, se les clasificó como territoriales, quienes no estaban afiliados al FOMAG, debido a que sus prestaciones sociales eran reconocidas por la entidad territorial, y en tal virtud, les era aplicable la Ley 6ª de 1945²² y el Decreto 1160 de 1947²³, que establecía el sistema retroactivo de las cesantías, régimen especial que al ser un derecho adquirido que debe garantizarse, tal como lo dispuso el artículo 2º de la Ley 4 de 1992²⁴.

16. Por lo anterior, la liquidación de las cesantías parciales de los docentes que se vincularon a partir de la publicación de la aludida Ley 344 de 1996, será anualizada; y respecto de los *docentes territoriales* que fueron afiliados al FOMAG entre el 1º de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1996 se les respetaría el sistema vigente de la correspondiente entidad territorial, esto es, el de retroactividad.

17. En tal sentido, sostuvo que a la actora no le es aplicable la Ley 91 de 1989, así como tampoco la Ley 50 de 1990²⁵ que eliminó la retroactividad de dicho emolumento para dar paso a un sistema anualizado, en la medida que solo regula a los «docentes

²⁰ « Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.
 [...]»

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.»

²¹ « 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.»

²² « Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.»

²³ « Sobre auxilio de cesantía.» Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones legales, y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Ley 65 de 1946; 12 y 17 de la Ley 6 de 1945, y 13 de la misma Ley, en armonía con el 7 de la Ley 64 de 1946; y las disposiciones pertinentes del Decreto 2350 de 1944.

²⁴ « Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.
 [...]»

ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;»

²⁵ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

territoriales vinculados a partir del 1º de enero de 1990, por disposición del citado Decreto reglamentario 1582 de 1998²⁶, sin que en modo alguno modificara el régimen de los docentes departamentales, distritales o municipales (territoriales) vinculados con anterioridad, como de manera expresa lo previó la Ley 60 de 1993²⁷.

18. Arguyó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁸, el beneficio de la retroactividad de las cesantías es aplicable a aquellos empleados públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y en tal virtud, deberá respetárseles el sistema prestacional de la respectiva entidad territorial, atendiendo igualmente el principio de confianza legítima como una regla *sine qua non* en las actuaciones de la administración, el cual consiste en que las decisiones adoptadas por la administración respetarán el ordenamiento jurídico, así como las expectativas de un particular que actúa de buena fe, ya por mandato constitucional esta constituye una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

19. El **demandante** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia²⁹.

20. La **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**³⁰ insistió en las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva, e igualmente sostuvo que por disposición legal, la retroactividad de las cesantías cobija únicamente a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, *a contrario sensu* de aquellos que ingresaron a partir del 1º de enero de 1990, quienes serán beneficiarios del sistema anualizado y sujeto al reconocimiento de intereses.

²⁶ « 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.»

²⁷ « 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»

²⁸ Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2008. Rad. 2003 – 04095. C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Sentencia del 10 de febrero de 2011. Rad. 2006-01365 (0088-2010) C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

²⁹ Folios 247 a 259.

³⁰ Folios 260 a 263.

VI. CONSIDERACIONES

21. 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 saneamiento del proceso por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

6.1. Problema jurídico.-

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

1) Establecer si la señora Marlene Sepúlveda López, quien alega ser docente territorial, para efecto del reconocimiento de las cesantías parciales le es aplicable la Ley 6 de 1945³¹, que consagró el régimen de cesantías retroactiva, o si por el contrario, es destinataria de la Ley 91 de 1989³² y por consiguiente, se encuentra bajo el sistema de liquidación anualizada.

23. 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.

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

24. 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.

³¹ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.»

³² « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

25. 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 1975³³; 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 Nacional³⁴.

26. 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)

27. Como se expuso, la citada ley 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 ingresaran 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

³³ «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.»

³⁴ 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.

por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...]. (Resaltado fuera del texto original).

28. 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»³⁵.

29. 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.

30. Lo anterior, debido a que los entes territoriales con anterioridad al proceso de nacionalización de la educación ordenado por la Ley 43 de 1975³⁶, regularon de distinta manera el asunto atinente a los salarios y prestaciones sociales de los

³⁵ Destacado por la Sala.

³⁶ «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.»

docentes oficiales, por lo que en varios departamentos y municipios, antes de la expedición de dicha norma, los maestros oficiales devengaban emolumentos adicionales a los mínimos legales, lo cual responde a la voluntad o intención del legislador de garantizar el respeto por los derechos adquiridos de los docentes nacionalizados que venían devengando emolumentos salariales y prestacionales adicionales a los mínimos legales, reconocidos por normas territoriales.

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 1968³⁷, 1848 de 1969³⁸ y 1045 de 1978³⁹, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁴⁰, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

31. Lo anterior, por cuanto la finalidad del legislador y de manera conjunta con el Gobierno Nacional⁴¹ al crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era precisamente **unificar el sistema prestacional de los maestros del sector público**, que con ocasión de la diversidad de regímenes que obedecían a las vinculaciones con las diferentes entidades territoriales, generó un grave desorden y desigualdad que pretendió eliminarse con la expedición de la Ley 91 de 1989. En la exposición de motivos del entonces Proyecto de ley 49 de 1989⁴², se planteó la problemática y la solución, en los términos que la Sala se permite transcribir a continuación:

«[...]»

Diagnóstico de la situación.

De 1973 para atrás la educación primaria y secundaria era un servicio público a cargo de las entidades territoriales; coexistían en el sector 22 regiones departamentales diferentes; otros para las intendencias y comisarías, un régimen híbrido para los territorios de misiones sujetos a concordato y otro régimen para el Distrito Especial. Por separado, la Nación también contaba con su propio régimen vigente en los planteles atendidos por docentes nombrados directamente por el Ministerio.

Como puede observarse la situación del magisterio en materia prestacional revestía un desorden y una complejidad enormes, donde las diferencias de remuneración alcanzaban extremos tales que, por ejemplo, profesionales del mismo rango que laboraban en el Distrito Especial, recibían un 40% más que sus colegas que estaban ubicados en otros territorios del país.

³⁷ «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.»

³⁸ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

³⁹ «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.»

⁴⁰ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁴¹ Representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de Educación Nacional.

⁴² Consultado en Anales del Congreso 69 del 1º de septiembre de 1989. Páginas 7 y 8.

[...]

Solución al problema.

Con este proyecto pretendemos definir, de una vez por todas, las responsabilidades en materia salarial y prestacional, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones vigentes y futuras.

[...]

Para poder atender de manera eficiente y oportuna las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley y con el objeto de contar con un instrumento moderno, ágil y exclusivamente dedicado a esta tarea se propone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...] Los objetivos del Fondo son: **Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; buscar los mecanismos para la prestación de los servicios médico-asistenciales y velar porque tanto la Nación como los departamentos cumplan oportunamente con los recursos que le corresponden** [...]. (Resaltado de la Sala).

32. En este orden, la finalidad del legislador fue además de la creación de un fondo que atendiera las prestaciones sociales de los docentes oficiales, fue establecer un régimen único para todos los maestros vinculados a partir del 1º de enero de 1990, a quienes se les aplicarían las normas de los empleados públicos del orden nacional. Así se plasmó en el pliego de modificaciones del proyecto de ley⁴³, que actualmente es la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

«[...] **El principio imperante divide en dos los regímenes prestacionales del Magisterio.** El primero rige a los docentes que se vinculen hasta el 31 de diciembre de 1989 y el segundo, **a quienes lo hagan a partir del 1º de enero de 1990.** El primero a su vez contiene tantos sistemas normativos (regímenes) cuantas diferencias se presentan entre los que regulan las prestaciones con los docentes en una u otra entidad territorial.

[...]

El principio de unificación prestacional o de régimen único es relativo y se entiende de la siguiente manera: Todos los maestros, con excepción de los del nivel superior o universitario vinculados a la Nación, de conformidad con las leyes vigentes, a partir del 1º de enero de 1990, quedarán sometidos al sistema prestacional y de cesantías aplicable a los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con las leyes presentes o futuras, y teniendo en cuenta que en la actualidad se reúnen en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1968.».

33. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la citada Ley 91 de 1989, dispuso que 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 incorporaron a partir del 1 de enero de 1990, sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados, quienes estarían regulados por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:

⁴³ Consultado en Anales del Congreso 103 de 1989.

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.

34. Posteriormente, a través de la Ley 60 de 1993⁴⁴, se creó el situado fiscal que sería destinado a la educación⁴⁵ y se definieron los porcentajes de participación cedidos por la Nación a los entes territoriales, el cual sería administrado bajo la responsabilidad de los departamentos y distritos⁴⁶. En el artículo 6 *ibidem* 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

⁴⁴ «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».

⁴⁵ «Artículo 9. El situado fiscal, establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El Situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política.»

⁴⁶ «ARTICULO 11. Distribución del situado fiscal. El situado fiscal consagrado en el artículo 356 de la Constitución Política, se distribuirá en la siguiente forma: 1. El 15% por partes iguales entre los Departamentos, el Distrito Capital y los Distritos de Cartagena y Santa Marta. 2. El 85% restante, de conformidad con la aplicación de las siguientes reglas: a) Un porcentaje variable equivalente a la suma de los gastos de atención de los usuarios actuales de los servicios de salud y educación de todos los departamentos y distritos del país, hasta el punto que sumado con el porcentaje del numeral lo permita la prestación de los servicios en condiciones de eficiencia administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del presente artículo. Este porcentaje se considerará para efectos de cálculo como el situado fiscal mínimo. b) El porcentaje restante, una vez efectuada la distribución por Situado Fiscal Mínimo para salud y educación, se asignará en proporción a la población potencial por atender, en los sectores de salud y educación, y al esfuerzo fiscal ponderado, de conformidad con los criterios establecidos en el parágrafo 2 del presente artículo. La metodología para establecer la población usuaria actual, para aplicar las reglas de distribución de los recursos del situado fiscal y para diseñar los indicadores pertinentes, será adoptada por el CONPES para la Política Social de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo. En todo caso se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: i) Los usuarios actuales en educación, son la población matriculada en cada año en el sector oficial, más la becada que atiende el sector privado. La población becada se contabilizará con una ponderación especial para efectos de la estadística de usuarios. ii) La población potencial, en educación, es la población en edad escolar comprendida entre los 3 y los 15 años de edad, menos la atendida por el sector privado. iii) Los usuarios actuales en salud, son la población atendida en cada año por las instituciones oficiales y privadas que presten servicios por contratos con el sector oficial, medida a través del registro de las consultas de medicina, enfermería y odontología y de los egresos hospitalarios. iv) La población potencial en el sector salud se mide como la población total del departamento, no cubierta plenamente por el sistema contributivo de la seguridad social, ponderada por el índice de necesidades básicas suministrado por el DANE.»

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)

35. 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**⁴⁷.

36. 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.»

37. En el artículo 4 *ibidem* 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**

⁴⁷ «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»

en la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios o demás disposiciones que lo modifiquen, tal como se transcribe a continuación:

«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 regirán 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)

38. De acuerdo con las normas transcritas, se concluye que los docentes vinculados a plazas municipales y departamentales mediante convenios con la Nación – Ministerio de Educación Nacional, conforme lo dispone el artículo 4 del Decreto 196 de 1995, se seguirían rigiendo por Ley 91 de 1989, que previó en materia prestacional la aplicación de las normas de los **empleados públicos del orden nacional**.

39. 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 renunciaciones 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.»

40. A través del Acto Legislativo 01 de 2001⁴⁸, se creó el **Sistema General de Participaciones** de los entes territoriales y en desarrollo del mismo, se expidió la Ley 715 de 2001 «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.» en virtud de la cual, se estableció un porcentaje de **recursos de la Nación** para cada uno de los sectores que posteriormente se repartiría entre los municipios, distritos y departamentos⁴⁹.

41. De las normas señaladas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁵⁰, los docentes 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** que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

42. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, **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 1996⁵¹ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró **un sistema de liquidación anualizado de cesantías** para las «[...] personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado.».

⁴⁸ «Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política.

[...]

ARTÍCULO 2. El artículo 356 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios. [...]»

⁴⁹ «Artículo 4. Distribución Sectorial de los Recursos. Modificado por el art. 2, Ley 1176 de 2007, Modificado transitoriamente por el art. 4, Decreto Nacional 017 de 2011. El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 2º, se distribuirá las participaciones mencionadas en el artículo anterior así: la participación para el sector educativo corresponderá al 58.5%, la participación para el sector salud corresponderá al 24.5 la participación de propósito general corresponderá al 17.0. »

⁵⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁵¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

43. 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 en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 del 14 de abril del 2016⁵², sostuvo que la voluntad del legislador al expedir la Ley 91 de 1989, fue unificar el sistema laboral - prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1 de enero de 1990, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros, que por disposición de las entidades territoriales a las que se encontraban adscritos, les habían sido reconocidas algunas prestaciones adicionales a las mínimas legales. En esta oportunidad, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, precisó lo siguiente:

«[...] con la intención de “definir de una vez por todas las responsabilidades en materia salarial y prestacional” entre la Nación y las entidades territoriales, nuevamente por iniciativa del Gobierno Nacional, se tramita la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el FOMAG, el cual es pensado como un “mecanismo ágil y eficaz” para “poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente.”

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, [...]»

44. Por todo lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad al 1 de enero de 1990, por el solo 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 registrarán entre otros, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.», es decir, las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

⁵² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 14 de abril de 2016. Rad. 2013-00134-01. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

6.3. Análisis del caso concreto.

45. En el *sub judice*, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el régimen aplicable para los docentes territoriales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como el caso de la demandante, es el consagrado en la Ley 91 de 1989⁵³, la cual previó respecto de aquellos vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, el reconocimiento y pago de un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

46. La demandante manifestó que la Ley 91 de 1989 no le es aplicable, debido a que ostenta la calidad de docente territorial, respecto de los cuales el Decreto 1582 estableció en el artículo 1º que serían destinatarios del régimen anualizado previsto en el artículo 13 de Ley 344 de 1996, quienes se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, de modo que en atención a que su vinculación al servicio docente oficial ocurrió el 7 de marzo de 1995, conserva el régimen retroactivo previsto en la Ley 6ª de 1945⁵⁴ y el Decreto 1160 de 1947⁵⁵.

47. A continuación se analizan las pruebas que obran en el expediente relacionadas con los supuestos fácticos alegados por la apelante, lo cual es relevante para la decisión.

i) Decreto 199 del 7 de marzo de 1995⁵⁶, por el cual el secretario de educación departamental de Norte de Santander nombró en propiedad a la señora Marlene Sepúlveda López con grado 1º en el Escalafón Nacional Docente para desempeñar el cargo de docente seccional en la Escuela Rural La Trinidad del municipio de Teorama, del cual tomó posesión el 29 de marzo de 1995, según se observa en el acta de dicha diligencia⁵⁷.

⁵³ « 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.»

⁵⁴ « Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.»

⁵⁵ « Sobre auxilio de cesantía.» Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones legales, y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Ley 65 de 1946; 12 y 17 de la Ley 6 de 1945, y 13 de la misma Ley, en armonía con el 7 de la Ley 64 de 1946; y las disposiciones pertinentes del Decreto 2350 de 1944.

⁵⁶ Folios 26 a 28.

⁵⁷ Que obra a folio 29.

Demandante: Marlene Sepúlveda López-.
 Expediente: 54001-23-33-000-2015-00399-01 (0521-2017)-.
 Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 FOMAG, departamento de Norte de Santander y municipio de Cúcuta-.

48. Lo anterior, le permite a la Subsección establecer que debido a la vinculación de la demandante como docente a partir del **29 de marzo de 1995**, se encuentra cobijada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁵⁸, 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.

ii) En cuanto a la liquidación de las cesantías y los intereses a la prestación social, se observa que con la contestación de la demanda, el apoderado del municipio de Cúcuta allegó el extracto expedido por la Fiduprevisora S.A., en el que observan los siguientes movimientos por las anualidades de **1996 a 2011**⁵⁹, así:

AÑO	DTF	CESANTÍAS	ACUMULADO	INTERESES	FECHA	FECHA DE PAGO DE INTERESES	ENTIDAD BANCARIA
1996	27.99%	\$261.786	\$261.786	\$73.274	19/10/98	12/12/97	BBVA Cúcuta
1997	24.37%	\$317.836	\$579.622	\$141.254	19/03/98	30/03/98	Caja de Crédito Agrario Ind. y Minero
1998	34.57%	\$405.203	\$984.825	\$340.454	04/05/99		
1999	16.20%	\$445.488	\$1.430.313	\$231.711	05/05/00		
2000	13.67%	\$504.887	\$1.935.200	\$264.542	07/05/01		
2001	12.89%	\$552.544	\$2.487.744	\$320.670	05/03/02		
2002	9.07%	\$876.066	\$3.363.810	\$305.098	05/03/03		
2003	8.07%	\$930.561	\$4.294.371	\$346.556	05/03/04		
2004	8.13%	\$980.942	\$5.275.313	\$428.883	12/03/05		Banco Popular Cúcuta
2005	7.19%	\$1.073.113	\$6.348.426	\$456.452	13/03/06		
2006	6.56%	\$1.233.714	\$7.582.140	\$497.388	10/04/07	23/04/07	
2007	8.26%	\$1.393.306	\$8.975.446	\$741.372	10/03/08	31/03/08	
2008	10.04%	\$1.610.909	\$10.586.355	\$1.062.870	06/04/09	17/04/09	
2009	6.24%	\$1.820.456	\$12.406.811	\$774.185	30/03/10	12/04/10	Banco Agrario Teorama
2010	3.88%	\$2.104.517	\$14.511.328	\$563.040	12/11/11	12/07/11	
2011	4.61%	\$2.403.388	\$16.914.716	\$207.814	21/03/12	09/05/12	

iii) En virtud de la solicitud de cesantías efectuada por la demandante el 15 de noviembre de 2014⁶⁰, el secretario de despacho de la Dirección Educativa de la Secretaría de Educación del Norte de Santander por medio de la Resolución 104 del 4 de febrero de 2015⁶¹ le autorizó a la actora el retiro parcial de cesantías en su calidad de «docente nacional con recursos del situado fiscal/ presupuesto Ley 91» por las anualidades de **1996 a 2013**, con destino a compra de vivienda, por la suma de \$22.411.217.

⁵⁸ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁵⁹ Según se observa al reverso del folio 80.

⁶⁰ Solicitud que obra a folio 75.

⁶¹ Copia auténtica que obra a folios 24 y 25 del expediente.

49. Del total liquidado por concepto de la prestación social, se descontó lo cancelado por un retiro parcial de cesantías que ya se había realizado anteriormente, según lo informado en el mismo acto administrativo, así:

No. Resolución	Fecha	Valor
515	02/05/2010	\$12.406.811

50. En consecuencia, a través de este acto administrativo se le ordenó el pago por concepto de *anticipo de cesantía* con destino a compra de vivienda el valor de **\$10.004.406**; decisión que fue notificada personalmente a la titular el 12 de febrero de 2015, quien renunció a los términos de ejecutoria⁶².

51. De acuerdo con los elementos probatorios que obran dentro del expediente, se establece que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la actora **desde la fecha de su vinculación**, un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período (anual) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia⁶³, sobre el **ahorro o el acumulado de cesantías a 31 de diciembre de cada año**, cuyos valores fueron pagados a través de los bancos BBVA, Agrario y Popular, e igualmente, se le autorizaron retiros parciales de cesantías que ya le habían sido liquidadas en el 2010 y la efectuada a través del acto acusado, en el año 2014, suma dineraria que correspondió a **\$10.004.406**.

52. De ese modo, la demandante a partir de su ingreso al servicio docente oficial es beneficiaria del sistema anualizado y sujeto a intereses, razón por la cual, sus cesantías se liquidaron bajo dicho régimen, por lo que a través del acto acusado solo se autorizó el retiro parcial de la prestación social respecto del cual ya se había

⁶² Reverso del folio 25.

⁶³ «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%»

efectuado la liquidación y se pagaron los intereses sobre el saldo de las cesantías durante cada anualidad, según la norma que regulaba la situación fáctica de la actora en materia prestacional.

53. Por tal razón, para la Sala no es de recibo que después de **20 años, 4 meses y 15 días** después de su vinculación, solo hasta el 18 de agosto de 2015 cuando solicita se declare la nulidad parcial de la Resolución 104 del 4 de febrero de 2015, pretenda discutir el sistema de liquidación que la cobija desde el inicio de su relación legal y reglamentaria, a efectos de que le sea pagada la diferencia por la liquidación durante todo el período laborado, y cuyo retiro le fue autorizado a través del acto acusado, aun cuando ha sido destinataria de los beneficios previstos por el legislador en el sistema anualizado.

54. De acuerdo con los elementos probatorios que obran dentro del expediente, la Subsección estableció que debido a la vinculación de la demandante como docente a partir del **29 de marzo de 1995**, cuando tomó posesión del cargo de docente seccional en la Escuela Rural La Trinidad, se encuentra cobijada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶⁴, 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.

55. Ahora bien, 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 1975⁶⁵ y creó el sistema General de Participaciones desarrollado por la Ley 715 de 2001⁶⁶, 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

⁶⁴ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁶⁵ 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 comisarias; 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.»

⁶⁶ «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»

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 regirán por las normas de orden nacional.

56. Por lo anterior, pese a que si bien la actora fue vinculada para ejercer el cargo de docente en el municipio de Teorama (Norte de Santander), ello no le otorga el carácter de territorial en materia prestacional, toda vez que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 previó respecto de los maestros **vinculados a partir del 1 de enero de 1990, la aplicación de las normas vigentes de los empleados públicos del orden nacional**, y solo mantuvo la condición de docente territorial, para aquellos nombrados sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975⁶⁷, esto es, con la previa autorización del Ministerio de Educación Nacional.

57. En consecuencia, debido a la fecha de su vinculación, la demandante está regulada en materia prestacional por las normas de los empleados públicos del orden nacional, por ende, **no es destinataria del régimen de retroactividad**, en tanto no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del mismo, dado que en primer lugar no ostenta la condición de servidora pública del orden territorial y en segundo, dicho sistema mantuvo su vigencia para aquellos **docentes** que se vincularan con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

58. En tal sentido, el régimen que le resulta aplicable es el anualizado de que trata el literal b) del numeral 3 del artículo 15 ibídem⁶⁸, por lo que el acto administrativo acusado fue expedido con base en las normas que regulan la situación jurídica de la actor, sin que la Sala pueda pasar por alto que la Resolución 104 del 4 de febrero de 2015, únicamente le autorizó un anticipo parcial de cesantías con destino a reparaciones locativas, puesto que su liquidación de **1995 a 2013** se efectuó anualmente, e igualmente, se pagó de un interés anual por parte del FOMAG sobre el saldo de estas cesantías a 31 de diciembre de cada anualidad.

59. Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida en la audiencia inicial celebrada el 9 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Norte de

⁶⁷ «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.

[...]

Artículo 10º.- 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.»

⁶⁸ 65 ibídem.

Santander, en tanto negó la reliquidación de las cesantías parciales con base en el régimen de retroactividad.

60. 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 proferida en la audiencia inicial celebrada el 9 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, en tanto negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Marlene Sepúlveda López.

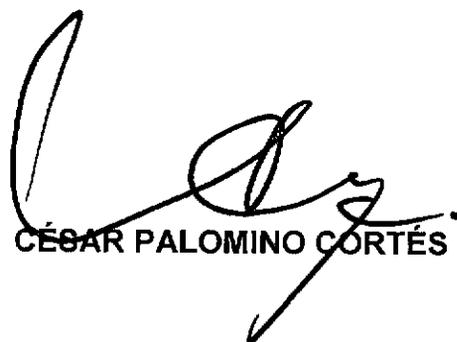
SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUETER


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

9. 2
10. 2



11. 2