CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicado	**: 66001-23-33-000-2015-00452-01**
Nº Interno	**: 3195-2017**
Demandante	**: Dora Amparo Cruz Díaz**
Demandada	**: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Medio de control	**: Nulidad y restablecimiento del derecho- Ley 1437 de 2011**
Tema	**: Cesantías régimen anualizado de docente**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Pretensiones

La señora Dora Amparo Cruz Díaz, mediante apoderado judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad parcial del **acto administrativo contenido en la Resolución Nº 057 del 9 de junio de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que ordenó el pago de una cesantía parcial.**

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagarle la cesantía parcial de manera retroactiva, tomando como base para liquidarla el tiempo de servicios desde el 6 de abril de 1993, fecha de su vinculación como docente.

La parte demandante requirió que el fallo se cumpla en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA; que las sumas adeudadas sean indexadas; que se ordene el reconocimiento de intereses moratorios; y que se condene en costas a la entidad demandada.

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Se indicó en la demanda que la señora Dora Amparo Cruz Díaz ha prestado sus servicios como docente de manera ininterrumpida al Departamento de Risaralda desde el 6 de abril de 1993.

Relató que la actora solicitó a la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, que fueron reconocidas mediante la Resolución Nº 057 del 9 de junio de 2015, por el monto de $31.209.981, acto administrativo notificado el 17 de junio de 2017.

Adujo que la liquidación de sus auxilios de cesantías se efectuó con el régimen regulado en el literal b), numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, cuando ha debido acudirse a la Ley 6 de 1945.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122.

De la Ley 6 de 1945, los artículos 12 y 17 (literal a).

Del Decreto 2767 de 1945, el artículo 1.

De la Ley 65 de 1946, el artículo 1.

Del Decreto 1160 de 1947, los artículos 1, 2, 5 y 6.

Del Decreto 2563 de 1990, los artículos 7 y 9.

De la Ley 4 de 1992, el artículo 2 (literal a).

De la Ley 60 de 1993, el artículo 6.

De la Ley 115 de 1994, el artículo 176.

Del Decreto 196 de 1995, el artículo 5.

Ley 344 de 1996, el artículo 13.

Del Decreto 1582 de 1998, el artículo 1.

De la Ley 1071 de 2006, el artículo 5 (parágrafo).

El concepto de violación se desarrolla de la siguiente manera:

Aseguró el apoderado de la actora que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria

Afirmó que según el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 corresponde al Secretario de Educación de la entidad territorial tramitar el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez e invalidez, cesantías parciales y definitivas.

Consideró que los auxilios de cesantías de los docentes territoriales se liquidaban bajo el régimen de retroactividad, y para su cómputo se debía tener en cuenta no solo el salario básico sino todos los factores salariales que percibía el empleado y que implicaran una retribución ordinaria de sus servicios.

Estimó que de conformidad con la Ley 4 de 1992 se deben respetar los derechos adquiridos de los regímenes especiales, resaltando que por ello la Ley 60 de 1993 *"en ningún momento modificó el sistema de cesantías de los docentes vinculados por las entidades territoriales (departamentales y municipales)".*

Resaltó que el acto administrativo demandado desconoció la Ley 60 de 1993 *"pues si bien la Ley 91 de 1989 estableció la manera genérica de un nuevo sistema de liquidación de cesantías, el Congreso de la República así como el ejecutivo han reglamentado de manera especial lo concerniente a dicha prestación, asegurando de manera vehemente que los docentes territoriales, departamentales, municipales y distritales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1996, conservan el sistema retroactivo de liquidación de sus cesantías, como claramente lo cierra (sic) la ley 344 de 1996".*

Resaltó *"que los docentes territoriales que fueron afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, entre el 1 de enero de 1990 y el 31 de 1996, se les respetaría el régimen aplicable en cada entidad territorial, es decir, la Ley 6 de 1945".*

Explicó que hasta el 31 de diciembre de 1996 el legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, puesto que después del 1 de enero de 1997 se dispuso su liquidación anualizada en razón de la Ley 344 de 1996; así, los docentes vinculados antes de esa fecha conservan el derecho al régimen retroactivo de las cesantías.

Indicó que debido a una errada interpretación normativa se ha aplicado a los docentes para el pago de las cesantías la Ley 91 de 1989 *"en cuanto a la no retroactividad de las cesantías a los nombrados entre el 1º de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1996".*

Advirtió entonces que la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías parciales liquidadas de forma retroactiva en virtud de la Ley 6 de 1945, Decreto 27678 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947.

Citó las sentencias C-428 de 1997 y T-777 de 2008 de la Corte Constitucional según las cuales los auxilios de cesantías deben pagarse de forma completa.

Precisó que la Ley 91 de 1989 determinó que para quienes sean nombrados docentes nacionales a partir del 1º de enero de 1990 los auxilios de cesantías se liquidaran año por año y que tienen derecho al reconocimiento de intereses sobre los saldos acumulados al 31 de diciembre de cada año; de modo que en criterio de la actora *"la ley de 1989 negó la posibilidad de que los docentes territoriales se beneficiaran de la afiliación al FNPSM, mal podría*

entonces haber cambiado su régimen de cesantías, como de manera equivocada lo vienen sosteniendo los funcionarios del Ministerio de Educación Nacional, FONPREMAG y la entidad fiduciaria que administra sus recursos".

Advirtió que el artículo 5º del Decreto 196 de 1995 estableció que a los docentes se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran al momento de afiliarse a FONPREMAG.

Aclaró entonces que la Ley 91 de 1989 cambió el régimen de liquidación de las prestaciones sociales de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero los docentes vinculados a las entidades territoriales solo vinieron a afiliarse a éste en el año 1996, como lo ordenaron la Ley 115 de 1994 y el Decreto 196 de 1995.

Aseveró que el sistema retroactivo de liquidación de cesantías estuvo vigente para los empleados del nivel territorial hasta la entrada en rigor de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el artículo 5º del Decreto 1582 de 1998. De modo que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996 tienen derecho a la aplicación del régimen retroactivo de cesantías.

3. Contestación de la demanda

El apoderado del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a las pretensiones de la demanda, así[1]:

[1] *Folios 44 a 63*

Adujo que la docente no tiene derecho al pago de las cesantías con el sistema retroactivo, puesto que su vinculación es nacional, y así lo dispone el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Destacó que según el Decreto 2831 de 2005 (reglamentario del inciso 2 del artículo 3 y del numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y del artículo 56 de la Ley 962 de 2005) la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se realizará a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas.

Expuso que los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio están regidos por la Ley 91 de 1989, que estableció el régimen anualizado de cesantías, por lo tanto, los beneficiarios de esta norma están excluidos de la aplicación de las Leyes 50 de 1990, 334 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Afirmó que en tratándose de los docentes nacionales o nacionalizados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Decreto 2831 de 2005 estableció el trámite para el reconocimiento de las prestaciones sociales.

Solicitó la vinculación como litisconsorte necesario del Municipio de Pereira y de la Fiduciaria La Previsora S.A., entidad que administra los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales del Magisterio.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante fallo del 26 de mayo de 2017, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos[2]:

Destacó que el objeto del debate consiste en establecer si la señora Dora Amparo Cruz Díaz, en su condición de docente oficial, tiene derecho a la liquidación de las cesantías parciales de forma retroactiva, de conformidad con la Ley 6 de 1945, o si por el contrario, pertenece al régimen general de cesantías de la Ley 91 de 1989.

Mencionó que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y estableció las reglas claras en cuanto al pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, regidos por las normas de los empleados públicos

[2] *Folios 82 a 86*

del orden nacional, esto es, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Señaló que la voluntad del legislador fue clasificar a los docentes como nacionales, nacionalizados y territoriales, estando sometidos a la Ley 91 de 1989, los que se vincularon a partir del 1º de enero de 1990.

Resaltó así que la señora Dora Amparo Cruz Díaz ingresó a la docencia oficial el 6 de abril de 1993 en el Municipio de Dosquebradas, por lo tanto, está regida por la Ley 91 de 1989, que prevé la liquidación anualizada de las cesantías.

Concluyó que en aplicación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionales vinculados a partir del 1º de enero de 1990 no tienen derecho al régimen retroactivo de cesantías.

5. El recurso de apelación

El apoderado de la accionante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos[3]:

Anotó que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta que en el expediente obra la prueba del nombramiento de la demandante por parte del

[3] *Folios 88 a 94*

Departamento de Risaralda, *a través del Decreto Nº 0698 del 2 de julio de 1991, en la Institución Docente Rio Mistrato [La Sala destaca que en el recurso de apelación el apoderado incurre en un error, pues la actora fue nombrada docente en el Instituto Docente la Mancha de Balboa, a través del Decreto 0171 del 6 de abril de 1993].*

Precisó que el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de febrero de 2011, en el proceso con radicado 52001-23-31-000-2006-01365 (0088-2010), consideró que una docente cofinanciada tiene derecho a la aplicación del régimen prestacional de los empleados del nivel territorial, en cuanto a la liquidación retroactiva de las cesantías, acorde con lo previsto en la Ley 6 de 1945, así:

> *"Dado que la demandante es una docente del régimen territorial, vinculada desde 1981 al Municipio de Leiva (antes del 30 de diciembre de 1996), sus cesantías deberán liquidarse con retroactividad pues así lo establecen el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de una vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial".*

La recurrente aseveró que el *A quo* se limitó a aplicar la Ley 91 de 1989, sin estudiar las demás disposiciones normativas que gobiernan el *sub lite,* lo cual lo llevó a concluir que la actora era nacionalizada, *"no obstante, haber sido vinculada por entidad territorial (Departamento de Risaralda) y haber laborado, en tal calidad, siempre al servicio de tal nivel administrativo".*

6. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 16 de febrero de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto[4]. Las partes no se pronunciaron al respecto.

7. Ministerio Público

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes razonamientos[5]:

Aseveró que la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; que respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 creó una transición normativa; y *"para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990 (nacionales y nacionalizados), dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional".*

Afirmó que dentro de las pruebas aportadas al expediente se tiene que la señora Dora Amparo Cruz Díaz fue nombrada docente mediante el Decreto 0170 del 6 de abril de 1993; de modo que su régimen corresponde al de los empleados del orden territorial, empero, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prescribe que las cesantías de los docentes vinculados a partir del 1 de

[4] *Folio 107*
[5] *Folios 112 a 117*

enero de 1990 se liquidan anualmente en concordancia con lo dispuesto en la Ley 50 de 1990. Posición que ha adoptado el Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2017[6].

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en inciso primero del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Del problema jurídico

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

Para el efecto se analizará si la señora Dora Amparo Cruz Díaz tiene derecho al reconocimiento y pago de los auxilios de cesantías retroactivos, por haber sido nombrada mediante el Decreto 0171 del 6 de abril de 1993, como docente en el Instituto Docente La Mancha de Balboa.

---

[6] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 70001-23-33-000-2015-00171-01 (0472-2016)*

Con el fin de desatar el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos: 2.1 Marco normativo y jurisprudencial; 2.2 Pruebas aportadas al proceso; y 2.3 Caso concreto.

2.1 Marco normativo y jurisprudencial

2.1.1 La educación como servicio público

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

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

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

Por su parte, la Constitución Política del año 1991 en el artículo 67 prescribió que la educación es un servicio público que tiene una función social y que corresponde al Estado ejercer la vigilancia de la prestación de este servicio y

garantizar el cubrimiento. Igualmente, el Constituyente precisó que "*La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley".*

Posteriormente, la Ley 115 de 1994[7] en el artículo tercero (modificado por el artículo 3 de la Ley 1650 de 2013) indicó que *"El servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional".*

2.1.2. Regímenes de cesantías de los empleados públicos

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

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

> ***"ARTÍCULO 1º.-*** *Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállense o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes*

[7] *Por la cual se expide la ley* general *de educación*

de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942".

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

Posteriormente, la Ley 344 de 1996 "*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"* dispuso la liquidación anual de los auxilios de cesantías, indicando en el artículo 13 que quienes se vinculen a las entidades del Estado tendrían el siguiente régimen de cesantías:

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

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

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

(…)".

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

> ***"Artículo 1º.-*** *El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*
>
> ***Parágrafo.-*** *Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998".*

El Decreto 1252 de 2000 preservó el derecho a conservar el régimen de retroactividad para los servidores públicos que al 25 de mayo de 2000 todavía lo disfrutaban. Y, el Decreto 1919 de 2002 en el artículo 3 expresó que *"Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000".*

2.1.3. Régimen de cesantías aplicable a los docentes

El legislador dispuso que la Nación asumiría el costo de la prestación del servicio de educación, a través de la Ley 43 de 1975, con ello asumió los

salarios y prestaciones sociales de los docentes de primaria y secundaria, que laboraban para los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías.

En el año 1989 la Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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.

En el artículo 15 la Ley 91 de 1989 precisa que a partir de su vigencia el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

> *"1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
>
> *(…)*
>
> *3. Cesantías:*
>
> *A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario*

devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

(…)".

En cuanto a los empleados públicos objeto de la Ley 91 de 1989 ésta distinguió entre los docentes nacionales, los nacionalizados y los territoriales, así:

***"ARTÍCULO 1o**. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*
Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

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

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

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

Sobre las cesantías el numeral 3 del artículo 15 *ídem* establece una distinción entre los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para quienes el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio *"pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado*"; y los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y los nacionales vinculados desde antes (pero solo en lo que respecta a las cesantías que se causen desde el 1º de enero 1990), respecto de quienes el Fondo *"pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad (…)".*

De la lectura de estas normas, se concluyó en la sentencia del 30 de noviembre de 2017 que ***"****i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses"*[8].

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

> *"60. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:*
>
> *1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han*

[8] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, sentencia del 30 de noviembre de 2017, proceso con radicado 70001-23-33-000-2014-00290-01 (4992-15)*

venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

(…)

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968[9], 1848 de 1969[10] y 1045 de 1978[11], o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996[12] que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989 consagró un sistema anualizado, así:
(…)

62. Así, en virtud de lo dispuesto por la citada Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se regularán por las normas de los ***empleados públicos del orden nacional****, cuyo sistema se liquidación reviste las siguientes características:*

i) Destinatarios: Docentes (nacionales o nacionalizados) vinculados desde el 1º de enero de 1990);

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial

---

[9] «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.»
[10] «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»
[11] «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.»
[12] «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período"[13]*.*

2.2 Pruebas relevantes aportadas al proceso

- Copia del Decreto 0170 del 6 de abril de 1993, *"por el cual se hace un nombramiento en básica primaria"* que designa a la señora Dora Amparo Cruz Díaz[14] en el Instituto Docente La Mancha de Balboa[15].

- Copia de la Resolución Nº 057 del 9 de junio de 2015, proferida por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, que dispuso[16]:

> *"ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer a DORA AMPARO CRUZ DIAZ, identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 42.099.198 de Pereira, la suma de $31.209.981,00, por concepto de liquidación parcial de cesantías, solicitada conforme a la parte motiva de la presente resolución que le corresponde por el tiempo de servicios como docente NACIONAL SITUADO FISCAL".*

- Copia del Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral del 15 de julio de 2015, del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el que se indica que la actora pertenece al régimen anualizado de cesantías y que su vinculación es nacional[17].

---

[13] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 20001-23-33-000-2014-00111-01 (4331-15)*

[14] *En la copia no es legible la autoridad que expidió el acto.*

[15] *Folio 8*

[16] *Folios 5 y 6*

[17] *Folio 7*

-Copia del Acta de Posesión Nº 20 del 20 de abril de 1993 de la señora Dora Amparo Cruz Díaz en el cargo de docente de la Institución Docente La Mancha de Balboa[18].

2.3 Caso concreto

En el *sub judice* la señora Dora Amparo Cruz Díaz solicita la nulidad parcial de la Resolución 057 del 9 de junio de 2015, que le reconoció las cesantías parciales, puesto que en su criterio tiene derecho al régimen retroactivo de liquidación de cesantías.

El Tribunal Administrativo de Risaralda negó las pretensiones de la demandante, al considerar que como la docente se vinculó después del 1º de enero de 1990, no tiene derecho a beneficiarse del régimen retroactivo de cesantías.

Inconforme con esta decisión, el apoderado de la accionante solicita que se revoque la providencia de primera instancia. Como fundamento del recurso de apelación alega que la docente fue nombrada por el Departamento de Risaralda antes del 30 de diciembre de 1996 y que en aplicación de la sentencia del Consejo de Estado del 10 de febrero de 2011[19], debe ser beneficiaria de la normatividad de los empleados del orden territorial, que comprende el régimen de retroactividad de las cesantías.

---

[18] *Folio 9*

[19] *Consejo de Estado, proceso con radicado 52001-23-31-000-2006-01365 y número interno 0088-10, demandante: Gloria Isela Daza Ortega*

Ahora bien, en el proceso está probado que la señora Dora Amparo Cruz Díaz fue nombrada docente mediante el Decreto 0170 del 6 de abril de 1993 en el Municipio de Pereira y que la Secretaría de Educación en la Resolución Nº 057 del 9 de junio de 2016, le reconoció cesantías parciales para reparación de vivienda *"como docente de vinculación NACIONAL SITUADO FISCAL".*

Igualmente, en el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del 15 de julio de 2015, consta que su régimen de cesantías es anualizado.

Cabe destacar entonces que la demandante tiene la calidad de docente con vinculación nacional; aunado a lo anterior su fecha de posesión fue el 20 de abril de 1993, por consiguiente, al haberse vinculado después del 31 de diciembre de 1989 (fecha de vigencia de la Ley 91 de 1989), sus cesantías se liquidan de forma anualizada.

En este orden de ideas, si bien la demandante laboró como docente para el Municipio de Risaralda su nombramiento se realizó cuando ya estaba vigente la Ley 91 de 1989, precepto que en literal b) del numeral 3º del artículo 15 establece que "*los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés*

anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad (…)".

Frente a la sentencia cuya aplicación se invoca en el recurso de apelación, cabe destacar que los supuestos fácticos estudiados por esta Corporación en la providencia del 10 de febrero de 2011[20] no se asimilan al caso de la demandante, como quiera que en dicho proceso la actora era una docente territorial vinculada desde el año 1981, claramente, antes de la vigencia de la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como corolario de expuesto, la Sala considera que la señora Dora Amparo Cruz Díaz, es una docente con vinculación nacional, como lo indica el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del 15 de julio de 2015. Así las cosas, no tiene derecho a beneficiarse del régimen retroactivo de cesantías, toda vez que después de la vigencia de la Ley 91 de 1989 el régimen anualizado se aplica a todos los docentes designados, como es el caso de la accionante, quien fue nombrada en el año 1993.

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

[20] *Consejo de Estado, proceso con radicado 52001-23-31-000-2006-01365 y número interno 0088-10, demandante: Gloria Isela Daza Ortega*

inciso primero del artículo 13 sostiene que el referido régimen anualizado se aplica s*in perjuicio* de lo ordenado en la Ley 91 de 1989, así:

> ***"ARTÍCULO 13.*** *Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*
>
> *a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
>
> *b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.*
>
> *<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".*

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

Por consiguiente, el recurso de apelación se debe denegar, toda vez que asistió la razón al *A quo* al negar las pretensiones de la demanda.

III. DECISIÓN

Hechas estas consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que negó las pretensiones de la demanda.

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 26 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ **CARMELO PERDOMO CUÉTER**