



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Teléfono: 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, diez (10) de agosto de 2020.

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00031-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: AMBERTO MOSQUERA BERMUDEZ Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

SENTENCIA núm. 145

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda.

El grupo accionante conformado por AMBERTO MOSQUERA BERMUDEZ, FELIX MORENO VIVAS, AURA ELSIE ORTIZ OJEDA, PEDRO ORTIZ SOLARTE, DARLY POSSU DIAZ y LUCELLY USURIAGA LASSO, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante FNPSM, a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio nro. 4.0-2017-4285 de 15 de agosto de 2017.

A título de restablecimiento del derecho, se solicitó en la demanda se declare que los docentes son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas establecido en las leyes 6 de 1945, 91 de 1989 y la 344 de 1996, se reconozca y pague el auxilio a las cesantías de manera retroactiva, liquidado con el promedio del último salario devengado, que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas conforme al IPC, incluyendo los intereses a las cesantías; se condene en costas y agencias en derecho.

En síntesis, como base fáctica de las pretensiones, se afirmó que los docentes se vincularon al servicio con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, solicitaron el reconocimiento del auxilio a las cesantías con base en el régimen de retroactividad y fue negada dicha solicitud a través del acto administrativo demandado.

Como normas violadas se invocan los artículos 1, 2, 53, 58, 93 y 209 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, artículo 1 y 3A de la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 artículo 6, Ley 6 de 1945, artículos 13 y 14 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

En el concepto de violación, se argumentó que el acto administrativo enjuiciado se encuentra viciado de nulidad, por falta de aplicación de las normas constitucionales y legales a las cuales se ha hecho referencia, considerando que el régimen anualizado de cesantías es aplicable a quienes se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, por tanto, los docentes accionantes gozaban de un derecho cierto e indiscutible, y por tanto debía reconocer el auxilio a las cesantías de manera retroactiva.

1.2.- Contestación por parte de la Nación– Ministerio de Educación– FOMAG.

La entidad accionada dentro del término de traslado contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones de la misma, considerando que, la Ley 91 de 1989 estableció que los docentes vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990, sus cesantías serían canceladas con base en el régimen anualizado y no con retroactividad, sin excepción alguna, siendo el caso de los accionantes que fueron vinculados con posterioridad a dicha fecha.

Propuso las excepciones que denominó: *“falta de legitimación por pasiva”, “Prescripción” y “pago de la obligación contenida en el acto administrativo”*.

1.3.- Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 7 de febrero de 2018, admitida mediante auto interlocutorio núm. 189 de 26 de febrero de 2018, procediendo a su debida notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

La Nación– Ministerio de Educación– FNPSM contestó la demanda dentro del término legal y se corrió traslado de las excepciones propuestas a la parte actora el 8 de febrero de 2019.

Se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, sin embargo, en virtud del Decreto 806 de 2020 y en atención a la emergencia sanitaria presentada, se procedió a correr traslado para presentar alegaciones finales a los sujetos procesales por escrito, mediante auto núm. 376 de 2 de julio de 2020, término que corrió entre el 9 de julio al 22 de julio de 2020.

1.4.- Los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público.

La mandataria judicial de la entidad accionada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para señalar que no es procedente acceder a las pretensiones solicitadas, atendiendo al mandato contenido en la Ley 91 de 1989, considerando que los accionantes se vincularon al servicio docente con posterioridad al año 1990 y, por tanto, el régimen de cesantías aplicable es el anualizado.

La parte actora y la señora representante del Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde prestaron servicio los accionantes, este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por los actores no ha caducado atendiendo que fue impulsado dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto administrativo enjuiciado, conforme fue ampliamente estudiado en la providencia que admitió la presente demanda.

2.2.- Problema jurídico.

El problema jurídico consiste en determinar inicialmente si la Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está legitimada para el reconocimiento del régimen de cesantías solicitado en la demanda, para posteriormente estudiar la legalidad del acto administrativo enjuiciado, y, en consecuencia, establecer si les asiste razón a los docentes accionantes, en cuanto a que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivo, y, por tanto, el auxilio a las cesantías debe ser liquidado con base en el último salario devengado en servicio docente.

2.3.- Tesis.

El Despacho no accederá a las pretensiones de la demanda por considerar que los accionantes fueron vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, razón por la cual el régimen de cesantías aplicable a ellos, es el régimen anualizado.

Como fuente del derecho para decidir el presente asunto, se tendrá en cuenta:

Las leyes 91 de 1989, 344 de 1996 y 50 de 1990.

Y las reglas jurisprudenciales contenidas en los siguientes pronunciamientos:

- Sentencia proferida el 26 de noviembre de 2018 por la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P. CESAR PALOMINO CORTES dentro del proceso con radicado (0469-18), en la cual se hace un estudio sobre las situaciones en el tiempo de los docentes oficiales atendiendo la naturaleza de su vinculación.
- Sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de fechas 27 de julio de 2017 (radicado 8584-14), de la Subsección A, de 22 de febrero de 2018, (radicado 5085-16) y del 12 de abril de 2018, (radicado 0483-16), en las cuales se realiza un estudio sobre el régimen de cesantías aplicable a los docentes del nivel territorial vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, 7 de febrero de 2019, consejero ponente: William Hernández Gómez, número interno: 4258-14, actor: Oscar Luis Utria vs Ministerio de Educación: Respecto de la improcedencia en el pago de cesantías de docentes por horas catedra.
- Sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, de 16 de mayo de 2019, magistrado ponente: Carlos Hernando Jaramillo, Expediente: 2017-212, Demandante: José Oscar Paja y otros vs Ministerio de Educación.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, (ii) Lo probado en el proceso; (iii) Fundamento legal en materia de cesantías del sector público docente; y (iv) juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.5.- Razones de la decisión.

PRIMERA.- Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Como sustento de la excepción, se pone de manifiesto que el acto administrativo objeto de control jurisdiccional no fue expedido por la Nación- Ministerio de Educación Nacional-FNPSM, este último cuyos recursos tienen el propósito de cubrir las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a sus plantas de docentes, y por consiguiente, solo contiene la voluntad del ente territorial.

En efecto, del texto del acto administrativo demandado se observa que fue suscrito por el Secretario de Educación y Cultura del departamento del Cauca, pero ello en razón a un acto de delegación, pues como se recordará, para cumplir con las obligaciones de los educadores del sector público se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Ahora, las cesantías constituyen una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago es responsabilidad del citado Fondo al tenor del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, función que puede delegar en las entidades territoriales de conformidad con el artículo 9º de esa misma normatividad:

"Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

Y aunque el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 refiere que el Secretario de Educación del ente territorial respectivo es quien proyecta la resolución de reconocimiento de la prestación, quien finalmente lo aprueba es el administrador del fondo:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado"

Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”.

Entonces, por disposición legal, el ente territorial interviene en el trámite administrativo como un canal facilitador para el reconocimiento de la prestación solicitada por los docentes, pues, aunque el Secretario de Educación territorial suscribe la resolución, ello lo hace en cumplimiento de las atribuciones legales y en representación de la Nación.

De esta manera se concluye que como los actos administrativos que reconocen y ordenan pagar las cesantías de los docentes requieren aprobación del administrador del Fondo, y son suscritos por el Secretario de Educación en virtud del acto de delegación, reflejan finalmente la voluntad de la Nación, se insiste, la entidad territorial solo hace una tarea de facilitador del trámite administrativo.

En tal sentido, no prospera la excepción propuesta por la entidad accionada.

SEGUNDA.- Lo probado en el proceso.

Se acredita con la documentación recaudada, que los accionantes se vincularon en los siguientes términos:

❖ En cuanto al docente AMBERTO MOSQUERA BERMUDEZ:

- Fue nombrado en propiedad por el gobernador del departamento del Cauca mediante Decreto nro. 1331 de 4 de septiembre de 1991, en calidad de profesor de tiempo completo en el colegio Bachillerato Patía (Diurno) y de acuerdo a acta de posesión 9292 tomó posesión del cargo el 6 de septiembre de 1991.

❖ En cuanto al docente FELIX NAZARENO VIVAS:

- El alcalde del municipio de El Bordo, a través de Decreto 097 de 30 de octubre de 1993, convirtió horas cátedra en plazas docentes y nombró al accionante en calidad de profesor de tiempo completo en el Colegio Nacionalizado Bachillerato Patía, tomó posesión del cargo el 30 de octubre de 1993, hecho que se acredita con el acta de posesión 001 allegada al proceso.

❖ En cuanto a la docente AURA ELSIE ORTIZ OJEDA:

- La alcaldesa del municipio de Puerto Tejada, a través de Decreto 249 de 1° de noviembre de 1993, convirtió una solución educativa en plaza docente de tiempo completo y nombró en dicho cargo a la accionante Ortiz Ojeda en calidad de Docente Seccional en la Escuela Los Bancos, tomó posesión del cargo el 1° de noviembre de 1993, como se acredita con el acta de posesión 239.

❖ En cuanto al docente PEDRO ORTIZ SOLARTE:

- Fue nombrado por el alcalde del municipio de Patía, a través de Decreto 039 de 29 de septiembre de 1995, en calidad de Docente de tiempo completo del colegio Concentración de Desarrollo Rural el Estrecho Patía, tomó posesión del cargo el 29 de septiembre de 1995.

❖ En cuanto a la docente DARLY POSSU DIAZ:

- La alcaldesa del municipio de Puerto Tejada, a través de Decreto 246 de 1° de noviembre de 1993, convirtió horas cátedra en plazas docentes de tiempo completo, y nombró a la señora Darly Possu Díaz en calidad de profesora de tiempo completo en el Colegio Nacionalizado Fidelina Echeverry; tomó posesión del cargo el 1° de noviembre de 1993.

- Obra acta de posesión nro. 082 de 22 de octubre de 1985, con la cual se acredita que la gobernación del departamento del Cauca nombró a la docente, mediante Decreto 812 de 21 de octubre de 1985, en el cargo de profesora de horas cátedra, en el Colegio Nacionalizado Fidelina Echeverry del municipio de Puerto Tejada.

❖ En cuanto a la docente LUCELLY USURIAGA LASSO:

- La alcaldesa del municipio de Puerto Tejada, a través de Decreto 245 de 1° de noviembre de 1993, convirtió horas cátedra en plazas de tiempo completo y nombró en calidad de profesora de tiempo completo en el Colegio Nacionalizado Fidelina Echeverry a la señora Lucelly Usuriaga Lasso; tomó posesión del cargo el 1° de noviembre de 1993, acreditado con el acta de posesión 232 de 1993.

De acuerdo al contenido del acto administrativo enjuiciado, encontramos que los docentes accionantes tienen una vinculación de carácter nacional, y que coinciden las fechas de posesión en los cargos, conforme se expuso.

SEGUNDA.- Régimen de cesantías del sector docente oficial.

El auxilio de cesantías es de creación legal y se cataloga como un derecho del trabajador, que tiene por objeto cubrir la cesación del empleo, o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda.

A partir de la normatividad, se delimita que existen tres sistemas de liquidación de las cesantías, a saber:

El sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y en principio es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996;

El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998, así como un plazo perentorio de consignación al fondo privado de cesantías y una sanción moratoria por el incumplimiento de esta carga del empleador.

El sistema del Fondo Nacional de Ahorro el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.

Encontramos que la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales y en el parágrafo del artículo 2º, se advirtió que las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de su promulgación, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional. Y que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de su promulgación, 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.

En el artículo 15 se dispuso que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial. Y que a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y para las cesantías de los

docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Por su parte, el artículo 15 de la citada Ley 91 de 1989, señala que, para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el FNPSM 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.

La Ley 91 de 1989 tuvo como propósito el respeto por los derechos adquiridos de los docentes vinculados por las entidades territoriales y su afectación por el proceso de nacionalización de la educación, y la fijación de un régimen laboral unificado, que a partir de su promulgación consistiría en el amparo de los docentes al régimen prestacional de los servidores del orden nacional.

Y, en forma puntual sobre las cesantías, en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se excluyó de su aplicación a los docentes que están regidos por la Ley 91 de 1989, pues se indicó que su aplicación procedería, sin perjuicio de lo que la Ley 91 ya estipulaba. En la parte en que se prescribe: "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 (...)".

De lo que se deduce que, en materia de cesantías, a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les respetaría el régimen prestacional aplicable en la respectiva entidad territorial, y a los docentes vinculados desde 1990, sin distinción de su vinculación, se les aplicaría el régimen de cesantías de los empleados del orden nacional, sin que esto se haya visto repercutido por la Ley 344 de 1996.

Ahora, si bien en este aspecto la jurisprudencia no ha sido pacífica, y se pueden encontrar en ella pronunciamientos con criterios disímiles, algunos teniendo como punto de partida de la aplicación del régimen de retroactividad de las cesantías la vigencia de la Ley 344 de 1996, en tanto que, en otras ocasiones, el análisis se efectúa a la luz de la fecha de vinculación al servicio docente antes y después del 31 de diciembre de 1989, este Despacho acoge la última posición jurisprudencial, la cual se asienta en el análisis legal efectuado en precedencia, particularmente del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Esta posición se ajusta al entendimiento que sobre el tema tiene la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B (entre otras la proferida el 26 de noviembre de 2018 C.P. CESAR PALOMINO CORTES dentro del proceso con radicado interno 0469-18); en este sentido, en su jurisprudencia se explica que, respecto de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989 regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación, y en forma particular, al relacionar empleados territoriales y docentes en materia de cesantías vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, expone que el régimen aplicable es el previsto en la Ley 91 de 1989:

"En tal virtud, se establece que el régimen especial de docentes contemplado en la Ley 91 de 1989, frente a la prestación social – cesantías, es diferente al anualizado previsto en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, ésta última, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, la cual previó como destinatarios del régimen de liquidación anualizado de cesantías a los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, sin perjuicio de los establecido en el régimen prestacional especial de los afiliados al FOMAG, que contempla en materia de cesantías, pensiones y salud, un sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable equiparar la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes frente a los servidores públicos del nivel territorial beneficiarios del sistema anualizado.

(...)

En cuanto a dicho cargo, tal como se señaló en el acápite precedente, debido a que por disposición del Decreto reglamentario 1582 de 1998, el cual previó que son beneficiarios del régimen anualizado de liquidación de cesantías, 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, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen aplicable en el sub-lite es el especial previsto en la Ley 91 de 1989, por tratarse de un docente del nivel territorial vinculado con posterioridad al 1º de enero de 1990 . (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 27 de julio de 2017, radicado 8584-14).

Luego, en pronunciamiento de la Sección Segunda, Sub Sección A, de 22 de febrero de 2018, con radicado 5085-16, al resolver un problema jurídico semejante al caso en estudio, se explicó:

"De lo anterior se colige 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.

Posteriormente, el artículo 6.º de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5.º determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a lo previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial".

Y descendiendo al caso concreto, se aclaró:

"De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su carácter.

Finalmente, no le asiste razón a la parte demandante al señalar que por ser una docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, porque el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1.º de enero de 1990".

Significa lo anterior, que, las cesantías de los docentes territoriales o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, y las cesantías de los docentes nacionales y de los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 se rige por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses, sin retroactividad.

CUARTO.- Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Aterrizando a los casos concretos, encontramos que los accionantes se posesionaron en el cargo de docentes oficiales, en las siguientes fechas:

🚩 AMBERTO MOSQUERA BERMUDEZ: el 6 de septiembre de 1991.

🚩 FELIX NAZARENO VIVAS: el 30 de octubre de 1993.

🚩 AURA ELSIE ORTIZ OJEDA: el 1° de noviembre de 1993.

🚩 PEDRO ORTIZ SOLARTE: el 29 de septiembre de 1995.,

🚩 DARLY POSSU DIAZ: el 1° de noviembre de 1993.

🚩 LUCELLY USURIAGA LASSO: el 1° de noviembre de 1993.

Por tanto, tenemos que ha quedado plenamente establecido que los accionantes se posesionaron como docentes nacionales entre los años 1991 y 1995, 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 y sin retroactividad, de acuerdo con lo previsto en el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la citada norma, la cual por constituir norma especial prima frente a la Ley 344 de 1996, que contempló el régimen anualizado de cesantías para las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado. Además, la misma Ley 344 de 1996 en el inciso primero del artículo 13 referido anteriormente prevé que el régimen anualizado se aplica “*sin perjuicio de los*”, “*y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley*”.

En el caso de la docente Darly Possu Diaz, se resalta que fue allegada acta de posesión de 21 de octubre de 1985, el cual acredita que fue nombrada como docente de hora cátedra.

El Decreto 524 de 1975¹, dispuso:

“ARTÍCULO 2º.- A partir del 1 de febrero de 1975, el profesor externo que preste sus servicios por horas, nombrado en establecimientos nacionales percibirán una asignación por hora de clase dictada (...) PARÁGRAFO 1º.- Los nombramientos de profesores externos, y de profesores de horas extras serán sólo por el año lectivo correspondiente”.

Esta normatividad otorgó el derecho a este tipo de docentes, a percibir, además de la asignación básica por las horas efectivamente dictadas, vacaciones remuneradas y la prima de navidad.

En pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Segunda, 7 de febrero de 2019², consejero ponente: William Hernández Gómez, se explicó que los docentes de hora cátedra no tienen derecho al reconocimiento de las cesantías, porque solo perciben lo dispuesto en las normas pertinentes, en las que no se previó dicha prestación a su favor:

“En consecuencia, con claridad se puede observar que para la época en la que el demandante fue nombrado como docente catedrático se encontraban vigentes las

¹ “Por el cual se determinan las asignaciones del personal de planteles nacionales dependientes del Ministerio de Educación Nacional y se dictan otras disposiciones.”

² Consejo de Estado, Sección Segunda, 07 de febrero de 2019, consejero ponente: William Hernández Gómez, número interno: 4258-14, actor: Oscar Luis Utría vs Ministerio de Educación

disposiciones normativas ya reseñadas en las cuales de manera contundente se regulaban las prestaciones sociales a las que tenía derecho, que no eran otras que las vacaciones y la prima de navidad.

Colofón de lo expuesto, en criterio de la Sala y con apego a la norma que regula la situación administrativa del demandante, independientemente de que la prestación del servicio en la Secretaría de Educación de Barranquilla haya sido legal y reglamentaria -lo cual no se desconoce, ni está en discusión-, no es viable que con ocasión de su prestación de servicios como docente de hora cátedra se le reconozcan cesantías definitivas, pues como se ha visto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 e incluso con posterioridad a su expedición, las normas expresas que regían este tipo de servicios, no regulaban las cesantías como una prestación a la que tuvieran derecho estos empleados.

Todo lo anterior, en consonancia con la postura adoptada por la Sección Segunda de esta Corporación³, que en torno a la pretensión de cesantías por un docente catedrático, concluyó:

*«[...] CASO CONCRETO.
De la hora Cátedra.*

Conforme consta en la Certificación proferida por la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Atlántico de 15 de enero de 2004 (fls. 17-18), la actora prestó una intensidad de 20 horas mensuales de clases en el Instituto Técnico de Comercio, en la modalidad de hora cátedra según la situación fáctica.

Vista la normativa anterior, el Decreto 259 de 1981, previó las equivalencias de las horas cátedra (artículo 11), así: un mínimo de doce (12) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a un año de servicio; y menos de doce (12) y hasta seis (6) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a medio año de servicio. Con posterioridad el Decreto 52 de 1994 (art. 4), reguló el límite máximo de 16 horas semanales para la prestación de la Docencia por hora cátedra, tiempo que será tenido en cuenta para los ascensos (art. 11 Decreto 2277 de 1979) y para la liquidación de vacaciones y Prima de Navidad.

No es posible el reconocimiento de las cesantías equivalentes a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, habida consideración que el artículo 3 del Decreto 52 de 1994 no previó el pago de cesantías para los Docentes vinculados por hora cátedra, cuando advirtió que no tendrán derecho a otras prestaciones sociales diferentes a las previstas en dicha norma y en el Decreto Extraordinario 524 de 1975. [...]» (Subraya la Sala)'''.

Posición igualmente avalada por el Tribunal Administrativo del Cauca, que concluyó que los docentes vinculados por hora cátedra no tienen derecho a las cesantías y por tanto no habría lugar a discutir el régimen de retroactividad o de anualidad:

"Aplicado lo anterior al caso en estudio, se tiene que la señora Amanda Yaneth Osorio se vinculó como docente de hora cátedra en octubre de 1988, según acta de posesión a folio 40 del expediente administrativo, vinculación para la cual la ley no prevé la causación de cesantías, como se deja explicado con la normatividad y jurisprudencia trascrita; por lo que no puede seguirse de allí, o desprenderse, que haya causado el derecho al régimen de retroactividad de cesantías, al punto de conservarlo al haber sido vinculada posteriormente como docente de tiempo completo en el año 1994. En otras palabras, si no tiene derecho a las cesantías, no hay lugar a discutir el régimen de retroactividad o de anualidad, como una continuidad.

Anota la Sala que la jurisprudencia contenciosa administrativa, predica que a los docentes ocasionales o de cátedra, debe darse igual tratamiento que a los docentes vinculados de tiempo completo. Empero, este razonamiento ha sido aplicado en asuntos distintos al petitum y a la causa petendi de la demanda de la referencia, como por ejemplo, en casos de contrato realidad. Además, como la ley y la jurisprudencia no prevén la causación de cesantías para los docentes vinculados por hora cátedra, no se está en presencia de un derecho mínimo laboral reconocido en la ley, por lo que no cabe el principio de irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales contemplados en la ley. Y si bien el Consejo de Estado, en sentencia de unificación, explicó que la experiencia docente de una persona vinculada por hora cátedra, es válida para el reconocimiento de la pensión gracia, esto encontró

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, sentencia del 22 de Julio de 2010, radicación: 08001-23-31-000-2004-00028-01(0664-09), Demandante: Elsa Ballestas de Soto, Demandado: Ministerio de Educación Nacional.

fundamento en la normatividad especial que rige esta pensión, y no significa el reconocimiento de otras prestaciones a los docentes vinculados por hora cátedra”.

Es así, que, en criterio de este despacho, no es viable que con ocasión de su prestación de servicios como docente de hora cátedra se le reconozcan cesantías, pues como se ha visto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 e incluso con posterioridad a su expedición, las normas expresas que regían este tipo de servicios, no regulaban las cesantías como una prestación a la que ellos tuvieran derecho.

En consecuencia, 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, en ese orden de ideas, no tienen derecho a beneficiarse del régimen retroactivo de cesantías, por contera las pretensiones de la demanda serán denegadas.

Asentado en esto el Despacho declarará la legalidad del acto administrativo acusado y procederá a negar las pretensiones de la demanda.

3.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Respecto a las agencias en derecho, siguiendo la pauta del Consejo de Estado y acogiendo lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Cauca, se fijarán agencias en derecho, para lo cual es preciso hacer remisión a lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP, en el equivalente al 0.5 % de las pretensiones de la demanda.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme lo señalado en esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por Secretaría. Las agencias en derecho se fijan en el 0.5 % del valor de las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y con el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

CUARTO: Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

La Jueza,


ZULDERLY RIVERA ANGULO

SENTENCIA NREDE núm. 145 de 10 de agosto de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2018-00031-00
ACTORA AMBERTO MOSQUERA ARBOLEDA Y OTROS
DEMANDADA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Firmado Por:

**ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

114a2ca51ac3f03b3217d56213800507501bc4b8f07adc83ca3fcf9e075bb4de

Documento generado en 10/08/2020 04:11:38 p.m.