

CESANTIAS DEINITIVAS DE DOCENTE INTERINO NACIONALIZADO AFILIADO AL FONDO NACIONAL DEL MAGISTERIO - Reconocimiento. Vinculación. Alcance / AUXILIO DE CESANTIA – Beneficiarios

La razón por la cual se desecharon más de 20 años de servicio al momento de liquidarle las cesantías definitivas al actor, fue la de que durante esos años se desempeñó como docente *“interino”* y no bajo un nombramiento en propiedad. Dice la parte demandada que la Ley 91 de 1989 señala que serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional o de las entidades territoriales, *“(…) quiere decir, de acuerdo a lo estipulado por el Estatuto Docente, que estén inscritos en el escalafón docente, sean designados para un cargo en propiedad y tomen posesión del mismo. (Artículo 27 del Decreto 2277 de 1979)”*. La Sala no puede convalidar la anterior afirmación por no ser acertada la argumentación que la sustenta, pues en ninguna parte la Ley 91 en cita exige la condición de estar nombrado en propiedad para determinar quienes son o no afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Nótese que la norma siempre se refirió a que la afiliación dependía única y exclusivamente de que los docentes se encontraran *“vinculados”*, calificativo cuyo significado está estrechamente relacionado con el verbo *“vincular”* que según la Real Academia de la Lengua traduce, en derecho, *Sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador*. Y según la publicación de Gerard Cornu *“Vocabulario Jurídico”* de 1995, *“vincular”* es *“Hacer nacer una relación de derecho”*. En esas condiciones, y si se tiene en cuenta que una de las formas de vincularse a la administración pública es la legal y reglamentaria que está precedida de un nombramiento y una posesión, bastaba con que al momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989, el docente tuviera una relación laboral con la Administración, precedida de las formalidades antes descritas para poder considerarse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En sentido lato el auxilio de cesantía es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social, para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales. Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe **el vínculo** entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva, y parcial la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley. Es claro que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 989 – ARTICULO 4 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 1

CESANTIAS DEFINITIVAS DE DOCENTE NACIONALIZADO – Liquidación. Régimen aplicable. Retiro de la actividad

Debido a que el actor jamás interrumpió su relación laboral con el Departamento desde el año de 1960 y que la normativa relacionada anteriormente (artículo 15 de la Ley 91 de 1989), aplicable al caso del actor, consagraba el régimen retroactivo de las cesantías, era obligación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a voces de los numerales 3° y 5° del artículo 2° de la Ley 91 de 1989, reconocer al actor al término de su relación laboral, momento en el cual se causa

el derecho a la cesantía definitiva, lo laborado durante 42 años 4 meses y 20 días, teniendo en cuenta para el efecto el último salario devengado.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 1 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 2/ DECRETO 2767 DE 1945 / DECRETO 1160 DE 1947 / LEY 65 DE 1946 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00269-01(1446-06)

Actor: NERO CÁRDENAS GARCÍA

Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de diciembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por Nero Cárdenas García contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-.

ANTECEDENTES

Nero Cárdenas García, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional- para que se declarara la nulidad de la Resolución 4915 de 12 de agosto de 2003, proferida por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Cundinamarca, por medio de la cual se le liquidó la cesantía definitiva.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se revisara dicha liquidación teniendo en cuenta para el efecto todo el tiempo laborado al servicio del Departamento, entre el 11 de mayo de 1960 y el 30 de septiembre de 2002 y en consecuencia se pague la suma de \$104.702.856, por concepto de cesantía definitiva. Así mismo pidió que el valor de la condena se ajuste en los términos del artículo 178 del C.C.A, se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 y 177 ibídem y se condene en costas a la entidad demandada.

Los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones se pueden resumir de la siguiente manera:

Fue vinculado laboralmente al servicio del Departamento de Cundinamarca de manera interina, como maestro en la escuela rural Aguablanca del municipio de la Peña, mediante Decreto 0546 del 10 de mayo de 1960, siendo trasladado en lo sucesivo a otros centros educativos en calidad de maestro y Jefe de Grupo.

El 8 de mayo de 1981, mediante Decreto 01663, se le nombró como Inspector de Educación Especial, cargo donde también fue sometido a traslados a varias dependencias de Educación del Departamento.

El 16 de septiembre de 2002 se le aceptó la renuncia al empleo de Directivo Docente – Supervisor de Educación –, por lo que mediante petición radicada el 19 de noviembre de 2002 ante las oficinas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó el reconocimiento y pago de su cesantía definitiva, la cual fue atendida y liquidada con base en lo realmente laborado, esto es, desde el 11 de mayo de 1960 hasta el 30 de septiembre de 2002, arrojando una suma de \$135.457.976.00, que descontando por anticipo de cesantías la suma de \$ 30.755.120.00, daba un total de \$104.702.856.

Estando el expediente de reconocimiento de cesantía en trámite, la FIDUPREVISORA S.A. le comunicó al Coordinador de la Oficina de Prestaciones Sociales de Cundinamarca que no estaba de acuerdo con la liquidación de cesantías, por cuanto el tiempo laborado como maestro interino, esto es del 11 de mayo de 1960 al 12 de mayo de 1981, debía ser desechado. Como argumento de dicha inconformidad expuso que sólo tenían derecho a la afiliación al Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos docentes oficiales de educación primaria, secundaria y media vocacional, vinculados en propiedad.

Acogiendo el concepto emitido por la FIDUPREVISORA se profirió el acto que se impugna, el cual se acusa de ilegal puesto que desconoce que la Ley 91 de 1989 dispuso que las prestaciones sociales que atendería el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio eran las de aquellos docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de promulgación de dicha normativa, sin que en la misma se hiciera distinción respecto del tipo de vinculación docente.

Al momento en que se profirió la Ley 91 se encontraba vinculado con el Departamento de Cundinamarca como docente nacionalizado, en tal virtud y conforme al artículo 4º ibídem quedaba automáticamente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo el requisito primordial para que le atendieran el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, entre ellas las cesantías.

En la Resolución demandada se ratifica que prestó sus servicios durante 42 años, 4 meses y 20 días, pero sólo toman el periodo laborado entre el 12 de mayo de 1981 y el 30 de septiembre de 2002, para efectos de liquidar sus cesantías.

Como normas violadas invocó los artículos 2º, 25 y 58 de la Constitución Política; 1º del Decreto 1160 de 1947; 2º [5] 3º, 4º, 9º y 15 [1º] y letra a) del numeral 3 del mismo artículo de la Ley 91 de 1989; 8º y 9º del Decreto Reglamentario 1775 de 1990 y 14 del Decreto 2304 de 1990. El concepto de violación lo desarrolló a folios 52 a 56 del expediente.

Contestación de la Demanda: En la oportunidad procesal correspondiente, la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma. Manifestó que según las disposiciones contenidas en las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994, sólo pueden afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los docentes oficiales de educación primaria, secundaria y media vocacional vinculados en propiedad, lo que excluye de plano al actor, quien ejerció como docente interino durante el periodo comprendido entre 1960 y 1981.

Aclaró que la FIDUPREVISORA debe dar el visto bueno a las liquidaciones de las prestaciones sociales del magisterio y con base en ello expedir la disponibilidad presupuestal, en virtud del artículo 7° del Decreto 1775 de 1990.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "C", declaró la nulidad de la Resolución 4915 de 2003 y en consecuencia ordenó la reliquidación de las cesantías definitivas del actor, incluyendo para el efecto el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1960 y el 11 de mayo de 1981 y tomando como base el último salario devengado. (fls. 114-140)

En primer lugar hizo un recuento del artículo 2° de la Ley 91 de 1989 y del artículo 2° de la Ley 43 de 1975 para determinar cual era la entidad responsable del pago de aquellas prestaciones causadas por el personal docente antes del proceso de nacionalización. Dijo que las cesantías que a través de esta vía se reclaman no habían sido causadas al momento de la nacionalización de la educación, por lo que era deber de la Nación el pago de estas con repetición a la respectiva entidad territorial por los periodos que legalmente le corresponda.

Aclaró que los docentes que fueron nacionalizados y que permanecieron vinculados a 31 de diciembre de 1989, como el actor, mantendrían el régimen prestacional previsto en normas vigentes de la entidad territorial, entre las que se cuentan las cesantías retroactivas.

Dijo que el hecho de que el actor haya sido nombrado en principio como docente interino no significa que hubiese que darle un tratamiento distinto a los vinculados en propiedad, menos aún cuando el periodo de vinculación excede los límites razonables de lo que puede llamarse una vinculación en interinidad.

Explicó que siendo evidente el derecho que tiene el actor a las cesantías retroactivas que causó al momento de su desvinculación por no haber una interrupción en su relación laboral desde 1960 hasta el año 2002, era necesario que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconociera las cesantías retroactivas desde 1960, pudiendo repetir contra la entidad territorial correspondiente.

LA APELACIÓN

La parte demandada apeló la decisión del a-quo argumentando que el Tribunal se extralimitó en sus funciones al condenar a la entidad al pago de una prestación para la cual no ha recibido aportes ni ha efectuado cruces con el Departamento de Cundinamarca como entidad nominadora, como lo dispone el artículo 8° de la Ley 91 de 1989.

Insistió que según lo estipula la referida Ley, son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los docentes vinculados por nombramiento del gobierno nacional o las entidades territoriales, queriendo significar, de acuerdo con lo estipulado por el Estatuto Docente, que estén inscritos en el escalafón docente, sean designados para un cargo en propiedad y tomen posesión del mismo.

Resaltó que el artículo 38 de la Ley 715 de 2001 no contempla la situación de docentes vinculados a través de nombramientos interinos o provisionales, realizados en fecha anterior a su vigencia, por lo tanto no puede entenderse que estos docentes, cuyas prestaciones ya estaban causadas, han sido afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por último, señaló que de conformidad con el artículo 27 del Decreto 1706 de 1989, las demandas que se llegaren a presentar por causa de nombramientos con desconocimiento de lo prescrito en dicho artículo, se tendrán que dirigir contra el municipio o entidad territorial respectiva y contra el funcionario que produjo el acto.

CONSIDERACIONES

El presente asunto se circunscribe a determinar la legalidad de la Resolución 4915 de 12 de agosto de 2003, expedida por el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Cundinamarca y el Coordinador de la Oficina del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Cundinamarca, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a favor del señor Nero Cárdenas García.

Para ello, y en atención a los argumentos plasmados en la demanda, la defensa que frente a las pretensiones de la misma hizo la entidad demandada, y las consideraciones del Tribunal que fueron cuestionadas mediante el recurso de apelación que se decide, es necesario que en el presente asunto se analice el tipo de vinculación del actor al sector educativo, los efectos de ese nombramiento en materia prestacional y las repercusiones que pudo tener en él el proceso de nacionalización de la educación, para de ahí determinar el régimen prestacional que en dado caso lo cobijaría y el posible acreedor de sus cesantías por el periodo que se debate en el presente asunto.

En el expediente reposa a folio 6 el Decreto 0546 de 10 de mayo de 1960 “*Por el cual se hacen unos nombramientos y se causan otras novedades en el ramo de la Educación*”. En dicho decreto se nombró de manera **interina** al docente Nero Cárdenas “**(...) al servicio del Departamento**”

A folio 9 se encuentra el **Acta de Posesión No. 4962 del 11 de mayo de 1960**, donde consta que el actor compareció al Despacho del Jefe de Personal de la Secretaría de Educación de Cundinamarca con el fin de preparar la diligencia de **posesión** del cargo de Maestro de Escuela, para lo cual el “**posesionado**” – Nero Cárdenas García- exhibió copia del Decreto de nombramiento, de la cédula de ciudadanía y certificado de paz y salvo expedido por Hacienda Nacional.

Y a folio 10 se encuentra el Decreto 01663 del 8 de mayo de 1981 “*por el cual se reclasifica un cargo y se hace un nombramiento en la Secretaría de Educación*” el cual dispuso lo siguiente:

“(...)

Inspector *Artículo 2° Nómbrase al señor NERO CÁRDENAS GARCÍA, de Educación Especial - Despacho del Secretario de Educación- con una asignación mensual de \$32.000.00 correspondiente a la Clase VI Categoría 72, en reemplazo de Aníbal Barrero Arévalo, quien pasa a otro cargo.*

*Artículo 3° **El funcionario** nombrado en virtud del presente Decreto, conservará su carácter de Inspector de Educación en **Comisión**.*

*Artículo 4° **El funcionario** nombrado en virtud del presente Decreto, **por estar al servicio del Departamento**, sólo requerirá para su posesión del pago de los derechos por excedente de sueldo y de la firma del Acta respectiva.” (El destacado es nuestro)*

Las pruebas relacionadas hasta aquí y el contenido de las mismas dejan ver una disyuntiva entre la forma de vinculación del actor al sector educativo del Departamento de Cundinamarca y la manera en que efectivamente desarrolló sus labores como docente, pues si bien su ingreso fue en "interinidad", del empleo como Maestro tomó posesión a través de un nombramiento que le hizo la autoridad competente.

Se podría decir, a falta de norma expresa que contenga la figura de la interinidad como una forma de proveer cargos docentes, que esta se utiliza en general por razones justificadas de necesidad y urgencia para desarrollar funciones retribuidas por las Administraciones Públicas, en tanto no fuera posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia.

Empero las formas legalmente establecidas para vincular personal a entidades públicas, son: la vinculación legal y reglamentaria (**de empleados públicos**), laboral contractual (**de trabajadores oficiales con esa clase de contratos**) y por contratos de prestación de servicios (**contratistas**), cada una con su propio régimen jurídico.

El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, señala en su segundo inciso que: ***"...Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo o que ha tomado posesión del mismo"***

En ese orden, es claro que cuando el actor se vinculó al Departamento de Cundinamarca en 1960, lo hizo como empleado público a través de una relación legal y reglamentaria, de acuerdo con las formalidades que rodearon su ingreso a la Administración.

Ahora, la Ley 43 de 1975 decidió "nacionalizar" la educación oficial primaria y media de los entes territoriales y así, una vez aplicada, el antiguo personal administrativo y docente de dichos planteles (escuelas y colegios, etc.) se convirtió en el llamado "**personal nacionalizado**", el cual quedó sometido a NORMAS NACIONALES en cuanto a su régimen de personal (docente y administrativo).

La Ley 91 de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" establece en su artículo 1° lo siguiente:

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

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

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

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

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

Así las cosas, en virtud del proceso de nacionalización de la educación en Colombia, y a voces del artículo 1° de la Ley 91 de 1989, el docente Nero Cárdenas García, pasó a ser un docente "nacionalizado", al cual se le atenderían sus prestaciones sociales a través del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

En efecto, el artículo 4° de la Ley 91 de 1989 dispuso:

*"Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y **nacionalizados** que se encuentren **vinculados** a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica. (Subraya fuera del texto origina)*

La razón por la cual se desecharon más de 20 años de servicio al momento de liquidarle las cesantías definitivas al actor, fue la de que durante esos años se desempeñó como docente "interino" y no bajo un nombramiento en propiedad. Dice la parte demandada que la Ley 91 de 1989 señala que serán afiliados al

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional o de las entidades territoriales, “(...) quiere decir, de acuerdo a lo estipulado por el Estatuto Docente, que estén inscritos en el escalafón docente, sean designados para un cargo en propiedad y tomen posesión del mismo. (Artículo 27 del Decreto 2277 de 1979)” (fl. 73)

La Sala no puede convalidar la anterior afirmación por no ser acertada la argumentación que la sustenta, pues en ninguna parte la Ley 91 en cita exige la condición de estar nombrado en propiedad para determinar quienes son o no afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Nótese que la norma siempre se refirió a que la afiliación dependía única y exclusivamente de que los docentes se encontraran “vinculados”, calificativo cuyo significado está estrechamente relacionado con el verbo “vincular” que según la Real Academia de la Lengua traduce, en derecho, *Sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador*. Y según la publicación de Gerard Cornu “Vocabulario Jurídico” de 1995, “vincular” es “Hacer nacer una relación de derecho”.

En esas condiciones, y si se tiene en cuenta que una de las formas de vincularse a la administración pública es la legal y reglamentaria que está precedida de un nombramiento y una posesión, bastaba con que al momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989, el docente tuviera una relación laboral con la Administración, precedida de las formalidades antes descritas para poder considerarse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No puede ser de recibo la interpretación que le da la entidad demandada al término “vinculados” que trae la Ley 91 de 1989, según la cual debe entenderse como tal al docente cuyo nombramiento se haya efectuado en propiedad, por así establecerlo el artículo 27 del Decreto 2277 de 1979, puesto que tal interpretación desfigura y descontextualiza el vocablo “vinculado” al que ya se hizo referencia. Además, la normativa que a su juicio dispone esta condición, regula es el ingreso a la Carrera Docente.

Una cosa es la forma en que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraban vinculados, entendiéndose tal acepción en la forma que se dejó establecida en párrafos anteriores, y otra, es qué tipo de docentes puedan gozar de los derechos y garantías propias de la Carrera Docente, que son, a voces del artículo 27 del Estatuto Docente *“los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo”*.

Confunde entonces el ente demandado los requisitos y condiciones que debe acreditar un empleado público para reclamar unos derechos que devienen de toda relación laboral, con las exigencias que debe cumplir un docente para gozar de las prerrogativas que da un sistema de méritos como lo es la Carrera Docente, entre las cuales está el ser designado en un cargo docente en propiedad.

En sentido lato el auxilio de cesantía es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social, para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales. Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe **el vínculo** entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva, y parcial la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley.

Con esas precisiones es claro que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad.

Esclarecido como está que la forma de vinculación del actor a la Administración Departamental, no condiciona de ninguna manera el derecho que le asiste al pago de sus cesantías al momento de terminar su relación laboral, analizará la Sala las consecuencias, para efectos del reconocimiento y pago de dicho auxilio, del proceso de nacionalización de la educación, y así fijar el acreedor de sus cesantías por el periodo que se debate en el presente asunto.

Para ello, es necesario diferenciar la normatividad aplicable a cada una de las tres categorías diferentes de personal vinculado, las cuales se encuentran definidas en el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

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

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º 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 (...).”

El artículo 2º ibídem dispuso la forma como se asumiría el pago de obligaciones prestacionales de los docentes nacionalizados, así:

“(...) De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1. (...)

3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1º de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980) así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieron sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el Artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional del Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo. (...)

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.”.
(Destaca la Sala)

Por su parte el numeral 3º del artículo 15 ibídem estableció:

“(…) 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.”.*

De las disposiciones transcritas, así como de la situación laboral del actor, se deduce que la normativa prestacional aplicable en el presente caso es la vigente para el sector territorial al momento de entrada en vigor de la Ley 43 de 1975. Dicha normatividad es la establecida en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1945 y en los Decretos 2767 de 1945, 1160 de 1947 y concordantes¹.

El artículo 1º de la Ley 65 de 1946, *“por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”*, estableció:

“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

PARAGRAFO. Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, comisarías y Municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6a. de 1945², y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley.”.

¹ Ver Sentencia del 3 de febrero de 2000, proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado interno 1781-1998, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

² Artículo 22 de Ley 6ª de 1945: “El Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, señalará por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados y obreros correspondientes.”.

Así las cosas, el auxilio de cesantía creado por la norma anteriormente transcrita, es una prestación social a que tiene derecho el docente vinculado, bajo el contexto en que se dejó plasmado en esta providencia, la cual se paga por año de servicio o proporcional al tiempo laborado.

Entonces, debido a que el actor jamás interrumpió su relación laboral con el Departamento desde el año de 1960 y que la normativa relacionada anteriormente, aplicable al caso del actor, consagraba el régimen retroactivo de las cesantías, era obligación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a voces de los numerales 3° y 5° del artículo 2° de la Ley 91 de 1989, reconocer al actor al término de su relación laboral, momento en el cual se causa el derecho a la cesantía definitiva, lo laborado durante 42 años 4 meses y 20 días, teniendo en cuenta para el efecto el último salario devengado.

En ese orden, estuvo acertada la decisión del Tribunal en cuanto ordenó al Fondo demandado su reconocimiento y pago por el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1960 y el 11 de mayo de 1981, pudiendo repetir contra la entidad territorial correspondiente el periodo que en derecho deba cubrir, en los términos establecidos por el Tribunal, los cuales avala en su totalidad esta Sala a través de esta providencia.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala confirmará la decisión impugnada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección "C", dentro del proceso instaurado por Nereo Cárdenas García contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior decisión la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada en la precitada fecha.

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No.: 1446-06 Actor: Nereo Cárdenas García

ANEXO

CESANTIAS DOCENTE NACIONALIZADO

EXPEDIENTE No.: 1446-06

ACTOR: NERO CARDENAS GARCÍA

DEMANDADO: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

ACTO DEMANDADO: Resolución 4915 de 12 de agosto de 2003, proferida por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Cundinamarca, por medio de la cual se le liquidó la cesantía definitiva.

SINTESIS DEL PROBLEMA JURIDICO: El demandante trabajó durante 42 años 4 meses y 24 días como docente al servicio del Departamento de Cundinamarca. Al momento de liquidarle sus cesantías definitivas no tuvieron en cuenta 20 años de servicio (de 1960 a 1981) como quiera que ese nombramiento había sido en "interinidad" y según el Fondo demandado sólo pueden afiliarse a él los docentes oficiales de educación primaria, secundaria y media vocacional, vinculados en propiedad, lo que excluye de plano al actor quien ejerció como docente interino durante el periodo comprendido entre 1960 y 1981.

DECISION DEL TRIBUNAL (Cundinamarca Dra. Oviedo) Accede:

Dijo que el hecho de que el actor haya sido nombrado en principio como docente interino no significaba que hubiese que darle un tratamiento distinto a los vinculados en propiedad, más aún cuando el periodo de vinculación excede los límites razonables de lo que puede llamarse una vinculación en interinidad. Explicó que siendo evidente el derecho que tiene el actor a las cesantías retroactivas que causó al momento de su desvinculación por no haber una interrupción en su relación laboral desde 1960 al año 2002, era necesario que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconociera las cesantías retroactivas desde 1960, pudiendo repetir contra la entidad territorial correspondiente.

PROYECTO DE DECISION: SE CONFIRMA

1.) Se dijo que para que un empleado público, como el actor, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación Legal y Reglamentaria, tuviera derecho al auxilio de cesantía, bastaba con que existiera un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad. Se agregó que la norma en que fundamenta la condición de estar en propiedad está relacionada con el ingreso a la Carrera Docente (artículo 27 del Decreto 2277 de 1979).

2.) Se probó que el actor era un **docente nacionalizado** que jamás interrumpió su relación laboral con el Departamento desde el año de 1960 y que la normativa aplicable a su caso con relación al auxilio de cesantías era la contenida en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1945 y en los Decretos 2767 de 1945, 1160 de 1947 y concordantes.

3.) Conforme a ello y en atención a que las normas referenciadas consagraban **el régimen retroactivo de las cesantías**, era obligación que el Fondo de Prestaciones Sociales Del Magisterio, a voces del numeral 3º y 5º del artículo 2º de la Ley 91 de 1989, reconociera al actor al término de su relación laboral, momento en el cual se **causa** el derecho de la cesantía definitiva bajo el régimen retroactivo, lo laborado durante 42 años 4 meses y 20 días, teniendo en cuenta para el efecto el último salario devengado

PROYECTÓ: JORGE MARIO SEGOVIA

REVISÓ: ANGÉLICA HERNÁNDEZ GUTIERREZ