

CESANTIA DOCENTE NACIONALIZADO - Vinculado el 31 de diciembre de 1989 / EDUCADOR ESCALAFONADO EN SERVICIO ACTIVO - Puede ejercer en forma temporal mediante comisión cargo de libre nombramiento y remoción / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Lo puede ejercer el docente de forma temporal mediante comisión / COMISION - En un cargo de libre nombramiento y remoción / SALARIO Y PRESTACIONES SOCIALES - Los asignados al respectivo cargo

Según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe pagarle a los docentes nacionalizados vinculados al 31 de diciembre de 1989, un auxilio de cesantía equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de un 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. Por su parte, el artículo 66 del Decreto 2279 de 1979, permite al educador escalafonado en servicio activo, ejercer en forma temporal, mediante la figura de la Comisión, cargos de libre nombramiento y remoción. La misma preceptiva aclara que el educador nombrado en comisión no pierde su clasificación en el escalafón, pues el tiempo que dure la misma será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el mismo. Así mismo, prescribe que el salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo. Sin embargo el último inciso de la misma disposición advierte que, de no mediar un acto administrativo por medio del cual se comisione al empleado de carrera para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción, es decir, cuando el nombramiento se produzca de forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo en la docencia. Ahora bien, independientemente de si el demandante hubiere o no perdido los derechos del escalafón docente, lo cierto es que él, en el último año de servicios desarrolló actividades relacionadas con la prestación del servicio educativo, laboró bajo la dependencia del mismo empleador y obtuvo la remuneración asignada a los cargos para los cuales fue comisionado; razones suficientes para adquirir el derecho al reconocimiento y pago a sus prestaciones sociales de ley, bajo las condiciones salariales del cargo en comisión.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 - ARTICULO 15 / DECRETO 2279 DE 1979 - ARTICULO 66

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-09060-01(1778-09)

Actor: MANUEL ALBERTO CORRALES ROA

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de mayo de 2009, que denegó las súplicas de la demanda de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor Manuel Alberto Corrales Roa demandó ante el a quo la nulidad de la Resolución No. 1833 del 14 de abril de 2003, expedida por el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Cundinamarca, mediante la cual se le reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva sin computar la totalidad de los servicios prestados, ni todos los factores salariales efectivamente devengados. Igualmente pidió la nulidad de la Resolución No. 4930 del 19 de agosto de 2003, que confirmó la anterior decisión, al

resolverse el recurso de reposición interpuesto.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condenara al Ministerio de Educación Nacional, por conducto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar el auxilio de cesantía definitiva, por la suma de \$177.728.665 más la respectiva indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago. Así mismo, pidió que se ordenara en la sentencia el cumplimiento de lo previsto en los artículos 176 y subsiguientes del C.C.A.

1.2. El apoderado del demandante relató como hechos principales los siguientes:

El señor José Vicente Quiñónez Ramírez, prestó sus servicios a la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca de forma continua durante 32 años, 7 meses y 15 días, entre el 25 de abril de 1969 y el 10 de diciembre de 2001, fecha en la cual le fue aceptada la Renuncia como Directivo Docente del Colegio Departamental Silveria Espinosa de Rendón.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la cesantía definitiva, desconociendo el periodo laborado entre el 7 enero de 1998 al 30 de noviembre de 2001, durante el cual se desempeñó “en comisión” en el Despacho del Gobernador de Cundinamarca, cumpliendo diversas actividades de carácter exclusivamente docente, o ligadas íntimamente con el servicio público de educación.

1.3. Como **normas violadas** se invocaron los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política; Ley 14 de 1971; 6° del Decreto 224 de 1972;

Decreto 1950 de 1973; 66 y 68 del Decreto 2277 de 1979; y 15 de la Ley 91 de 1989.

1.4. La explicación del **concepto de la violación** se expuso en los términos que obran a folios 41 a 45 del expediente.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional, mediante apoderada adujo, que el docente demandante no tenía derecho a un mayor valor por la cesantía definitiva, por el tiempo que permaneció el docente comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción, porque tal situación aparejaba la desvinculación temporal del servicio docente, y en esta medida el salario y las prestaciones sociales del docente comisionado son las asignadas al respectivo cargo y que además son pagadas a través de los Fondos Privados de Pensiones y Cesantías.

3. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda y para tal efecto consideró que de conformidad con el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, la Comisión en una figura jurídica aplicable a los docentes que puede ser remunerada o no remunerada, cambiando en ambos casos la naturaleza de sus prestaciones.

Cuando la Comisión es remunerada, la entidad nunca pierde su obligación salarial y prestacional frente al docente, de manera que el comisionado siempre se encuentra en nómina y dichos periodos tienen repercusión en el cómputo de todas las prestaciones sociales. Por el

contrario, si la Comisión es no retribuida, la entidad pierde la obligación salarial y prestacional para con el empleado, pues resulta imposible que la entidad continúe pagando una remuneración a quien no cumple con las labores propias de su cargo y que disfruta del salario y las prestaciones sociales del otro empleo. De aceptarse tal posibilidad, la Administración realizaría un doble pago abiertamente proscrito por la Constitución Política en el artículo 128.

En el presente caso, al actor le fue concedida comisión no remunerada desde el 16 de febrero de 1998 hasta el 30 de noviembre de 2001. Durante dicho periodo se desempeñó en cargos de libre nombramiento y remoción, dependientes del despacho del Gobernador de Cundinamarca, recibiendo su salario y demás prestaciones sociales en dichos cargos **(las cuales debieron ser reconocidas, calculadas y pagadas al término de la Comisión)**, no así por el desempeño de la función docente.

Como la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca se exoneró del pago de salarios y prestaciones durante el tiempo que perduró la comisión, mal podría ahora ordenarse la inclusión de dichos periodos para calcular las cesantías definitivas a que dicha entidad le corresponde pagar, por medio del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora apela la sentencia y al efecto manifiesta que la decisión del Tribunal no es acertada, en razón a que considera que el docente por estar en comisión, ha sido retirado del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y que ha habido solución de continuidad

en el empleo docente.

Agrega, que la interpretación dada al artículo 66 del Decreto 2277 de 1979 no es la correcta, en tanto que el demandante ejerció siempre actividades relacionadas con la función docente.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico.

El presente asunto se contrae a establecer si el docente demandante quien se encontraba escalafonado, tiene derecho a que se le reconozca cesantía por el periodo que laboró durante el último año de servicios, en cargos de libre nombramiento y remoción.

5.2. Lo probado dentro del proceso.

El señor Manuel Alberto Corrales Roa laboró en la Secretaría de Educación de Cundinamarca desde el 25 de abril de 1969 hasta el 30 de noviembre de 2001 (Fls. 31 y 32). Mediante Resolución No. 001833 del 14 de abril de 2003 (primer acto acusado) se le reconoció por cesantía definitiva la suma de \$33.824.474,00 por haber laborado en forma **DISCONTINUA** entre el 25 de abril de 1969 al **9 de diciembre de 2001**, como docente nacionalizado (Fl. 2).

Según las certificaciones laborales obrantes en el plenario, entre **el 16 de febrero de 1998 al 30 de noviembre de 2001**, el actor se desempeñó en comisión en diferentes cargos de libre nombramiento y remoción, como son el de Gerente para la Educación Código 039 Grado 05, el de Consejero del

Gobernador Código 1100 Grado 11 y el de Consejero para la Educación Código 0010 Grado 11 (Fls. 28 y 128).

Mediante Oficio de 30 de noviembre de 2001, suscrito por el Subdirector de Administración y Gestión del Departamento Administrativo de Talento Humano, se le comunicó al actor que el cargo de Gerente para la Educación Código 039 Grado 05 fue suprimido mediante Decreto 2001 de 29 de noviembre de 2001, razón por la cual retornó al empleo de Rector en el Colegio Silveria Espinoza de Rendón hasta el 10 de diciembre de 2001 día en que le fue aceptada su renuncia (Fls. 10 y 128-129).

5.3. Marco jurídico

Según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe pagarle a los docentes nacionalizados vinculados al 31 de diciembre de 1989, un auxilio de cesantía equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de un 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**. Al respecto, la disposición en comento dispone:

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

(...)

3. Cesantías:

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.”

El artículo 36 ibídem, consagra como un derecho de los educadores, el obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley, derecho que a luz del artículo 53 Constitucional, resulta irrenunciable.

Por su parte, el artículo 66 del Decreto 2279 de 1979, permite al educador escalafonado en servicio activo, ejercer en forma temporal, mediante la figura de la **Comisión**, cargos de libre nombramiento y remoción. La misma preceptiva aclara que el educador nombrado en comisión no pierde su clasificación en el escalafón, pues el tiempo que dure la misma será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el mismo. **Así mismo, prescribe que el salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo:**

“ARTICULO 66. COMISIONES. El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el Escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones. Si el comisionado fuere movido por una de las causales de mala conducta contempladas en el artículo 46 de este Decreto, se le aplicará el procedimiento disciplinario establecido en el Capítulo V.

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo.”

Sin embargo el último inciso de la misma disposición advierte que, de no mediar un acto administrativo por medio del cual se **comisione** al empleado de carrera para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción, es decir, cuando el nombramiento se produzca de forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo en la docencia.

De lo expuesto anteriormente se puede establecer: 1) que de causarse el derecho a la cesantía, el empleador tiene la obligación de pagarla y el empleado la obligación jurídica de recibirla ya que es irrenunciable y 2) para que un docente escalafonado no pierda los derechos laborales que de él se derivan, por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, es necesario que intervenga la voluntad del Nominador concediendo la respectiva comisión.

En el caso concreto, las pruebas obrantes en el plenario permiten afirmar que la comisión del señor Corrales Roa al desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, no perdió los derechos que se derivan de la carrera docente, pues para la designación en los cargos de confianza que ocupó en la Gobernación de Cundinamarca si mediaron actos de comisión proferidos por la propia Administración (fls. 138, 139 y 159).

Ahora bien, independientemente de sí el demandante hubiere o no perdido los derechos del escalafón docente, lo cierto es que él, en el último año de servicios desarrolló actividades relacionadas con la prestación del servicio educativo, laboró bajo la dependencia del mismo empleador y obtuvo la remuneración asignada a los cargos para los cuales fue comisionado; razones suficientes para adquirir el derecho al reconocimiento y pago a sus prestaciones sociales de ley, bajo las condiciones salariales del cargo en comisión.

No hay justificación valedera para que la Administración se niegue a reconocer al actor un derecho laboral mínimo, originado en la ley y protegido por la Constitución, escudándose en la ocurrencia de una situación administrativa propia de los empleados de carrera, cuyos efectos no producen mengua alguna a los derechos laborales indiscutibles, como es el reconocimiento y pago de la cesantía causada. Tampoco existe duda de que el inciso tercero del artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, cuando prescribe que *“el salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo”*, se esta refiriendo al sueldo y a las prestaciones sociales del cargo que se ejerce en comisión, lo cual implica que su remuneración y carga prestacional debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo que exige el mismo.

De aceptar una interpretación opuesta, la comisión se convertiría en una carga adicional que el empleado no esta jurídicamente obligado a soportar, cuando la naturaleza de la misma comisión es la de incentivar a los educadores escalafonados, no sólo para que desempeñen cargos directivos, sino que además, por tener prelación frente a los que no están escalafonados, justificadamente obtengan mayores ingresos.

No sobra mencionar que dentro del plenario no se encuentra probado que al finalizar la Comisión no remunerada, le hubiera sido pagado el valor de sus prestaciones sociales a un Fondo Privado de Pensiones y Cesantías, como lo dejó entrever el Tribunal en la sentencia apelada. Por el contrario, los comprobantes de pago obrantes vistos a folios 208 y siguientes del expediente, dan cuenta que el demandante jamás perdió la calidad de afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto que fueron realizados descuentos mensuales sobre la asignación básica del demandante.

Así las cosas, la Sala considera que la decisión del Juez A-quo no es acertada, pues está demostrado que las resoluciones acusadas contrariaron manifiestamente los artículos 36 y 66 del Decreto 2277 de 1979 y demás normas concordantes invocadas en la demanda. Por consiguiente deberá declararse la nulidad parcial de los actos enjuiciados, en cuanto no incluyeron el tiempo comprendido entre el 16 de febrero de 1998 y el 30 de noviembre de 2001, para la liquidación y pago de la cesantía definitiva a que tiene derecho el demandante.

Por 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,

6. F A L L A

Primero: REVÓCASE la sentencia de 14 de mayo de 2009, que denegó las súplicas de la demanda instaurada por Manuel Alberto Corrales Roa contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar se dispone:

Segundo: DECLÁRASE la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1833 del 14 de abril de 2003 y 4930 del 19 de agosto del mismo año, en cuanto no incluyeron el tiempo comprendido entre el 16 de febrero de 1998 y el 30 de noviembre de 2001, para la liquidación y pago de la cesantía definitiva a que tiene derecho el demandante.

Las sumas que resulten a favor de la demandante se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de cancelar, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS
RINCÓN**

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO