

TRASLADO DE DOCENTE NACIONALIZADO - Regulación legal. Requisitos. Efectos

El traslado - nombramiento de un docente nacionalizado a un municipio ubicado en un departamento diferente a aquel en el cual se encuentre laborando, está regulado por el Decreto 1706 de 1989 "Por el cual se reglamentan los artículos 7º, 10 y 18 de la Ley 29 de 1989 y se dictan otras disposiciones"; que en esencia pretendió racionalizar y asegurar la correcta aplicación de los recursos humanos y físicos comprometidos con la prestación del servicio educativo, en lo relacionado con nombramientos y traslados y en general con la administración del personal docente y administrativo de los institutos educativos nacionales y nacionalizados, entre otros. Concretamente su artículo 4º, que fue modificado por el artículo 1º Decreto 1910 de 1991 dispone, que cuando por conveniencia del servicio sea indispensable autorizar un traslado de un docente nacionalizado a un municipio de diferente departamento, el Alcalde nominador de este municipio podrá efectuar el nombramiento respectivo, siempre que se aglutinen los requisitos de solicitud expresa del interesado, certificación de la vacancia definitiva del cargo y de la respectiva disponibilidad presupuestal, al igual que certificación de que el docente cumple los requisitos para el desempeño del cargo. El Parágrafo de este artículo señala que "La posesión del docente en el nuevo cargo vacante implica su desvinculación del cargo anterior, sin solución de continuidad, y deberá efectuarse dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación del nombramiento".

FUENTE FORMAL: DECRETO 1706 DE 1989 / LEY 29 DE 1989 - ARTICULO 7 / LEY 29 DE 1989 - ARTICULO 10 / LEY 29 DE 1989 - ARTICULO 187

DOCENTES NACIONALES - Definición / DOCENTES NACIONALIZADOS - Definición

El artículo 1 de la Ley 91 de 1989, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 - ARTICULO 1 / LEY 45 DE 1975 - ARTICULO 10

CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS - Aplicación de régimen territorial a los vinculados al 31 de diciembre de 1989 / CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS - Aplicación del régimen del orden nacional a los vinculados a partir del 1 de enero de de 1990 / CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS - Sistema de retroactividad a los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 / CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS - Sistema anualizados de cesantías a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 / CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALES - Sistema anualizado de cesantías

La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. 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 los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. 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 a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 / LEY 43 DE 1945

CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS - Factores. Aplicación del régimen aplicable a los empelados públicos del orden nacional / LIQUIDACION DE CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADAS - doceava parte de las primas o remuneraciones que no tienen carácter mensual

Los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efecto de liquidar las cesantías de los empleados públicos cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, eran los contemplados por el Decreto No. 2712 de 1999, pero luego con la entrada en vigencia del Decreto No. 1919 de 2002, es decir, a partir del 1º de septiembre de 2002, estos empleados territoriales cuentan con el mismo régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público Nacional y precisamente, los factores de liquidación del Auxilio de Cesantías de los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional se encuentran regulados por el artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978, norma que en consecuencia es la que se debe aplicar a los empleados regidos por el régimen prestacional territorial al momento de liquidar sus cesantías. De manera particular el Decreto No. 1045 de 1978, que aplica para empleados públicos territoriales, en su artículo 45, señala que las primas que deben tenerse en cuenta como factores para liquidar las cesantías son: las de servicios, vacaciones, navidad y las primas y bonificaciones que se hubieren otorgado debidamente con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Para efecto de la liquidación de las referidas primas, es el Decreto 1160 de 1947, el que en el inciso 2º de su Parágrafo 1º establece, que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2712 DE 1999 / DECRETO 1919 DE 2002 / DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 45 / DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 38

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09)

Actor: ARACELLY GARCIA QUINTERO

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contra la sentencia de 12 de diciembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que declaró la nulidad de la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, en virtud de la cual le reconoció la cesantía definitiva a la demandante.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora ARACELLY GARCÍA QUINTERO por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío a fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que ordenó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, que se le reconozca y pague la cesantía definitiva equivalente al promedio de los salarios, sobresueldos y primas de toda especie, devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que se produjo su retiro definitivo del cargo en cuantía de \$46.870.854, descontando lo reconocido por concepto de cesantías parciales; que se le cancele la sanción prescrita “en la Ley 344 de 1996”, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, desde el momento del retiro hasta la cancelación efectiva; que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A; y que se condene en costas al demandado.

Relató la actora en el acápite de hechos, que fue nombrada como docente de secundaria en el Departamento de Risaralda, mediante Decreto Departamental No.1479 de 16 de marzo de 1973 e inició labores el 26 de marzo del mismo año.

El 27 de junio de 1994, presentó renuncia al cargo que desempeñaba, que le fue aceptada mediante el Decreto No. 575 de 17 de agosto de 1994; acto administrativo, en el que simultáneamente se ordenó su traslado, en la modalidad de traslado - nombramiento, para continuar prestando sus servicios en el Departamento del Quindío.

El 2 de mayo de 2001, por estimar que el Decreto en mención fue expedido de manera irregular, solicitó su revocatoria directa ante la Alcaldía de Pereira, quien lo revocó parcialmente mediante el Decreto No. 933 de 29 de octubre de 2001, en el sentido de aclarar, que no se produjo su desvinculación temporal, sino que se utilizó la figura de traslado -nombramiento para no afectar su situación prestacional, de conformidad con la Ley 91 de 1989.

El 27 de diciembre de 2001, luego de cumplir los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, se le aceptó la renuncia definitiva a su cargo, por medio de la Resolución Municipal No. 840.

Posteriormente, el 15 de marzo de 2003, solicitó ante el Ministerio de Educación Nacional, el reconocimiento y pago de sus cesantías, quien por medio de la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, ordenó el "*pago de una cesantía definitiva*", sin tener en cuenta el periodo que trabajó sin solución de continuidad en el Departamento de Risaralda, desde el 26 de marzo de 1973 hasta el 26 de agosto de 1994.

Citó como disposiciones violadas el inciso 1º del literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945; 4º del Decreto 1706 de 1989; literal a) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y 84 del Decreto 01 de 1984.

El concepto de violación lo fundamentó advirtiendo, que su vinculación como docente nacionalizada se produjo desde el 26 de marzo de 1973, es decir, antes de la vigencia de la Ley 91 de 1989. Pero, como el demandado erróneamente presumió una solución de continuidad que nunca existió, no le computó el periodo que laboró en el Departamento de Risaralda desde el 26 de marzo de 1973 hasta el 26 de agosto de 1994, ni tampoco tuvo cuenta la revocatoria parcial del acto acusado, en lo referente a la aceptación de su renuncia; con todo lo cual, sus

cesantías no se liquidaron en debida forma, es decir, en razón de un mes de sueldo por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado.

Argumentó, que el demandado incurrió en expedición irregular al igual que en falsa motivación, cuando desconoció las pruebas que aportó al expediente administrativo y que informaban que se había revocado parcialmente el acto administrativo que aceptó su renuncia como docente y que en consecuencia lo que operó fue la figura del traslado -nombramiento, que no es otra cosa que una permuta con otro docente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando, que de conformidad con el artículo 68 del Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, cuando se produce el retiro del servicio se genera la cesación de las funciones del educador en el ejercicio del cargo, renuncia que constituye causal de desvinculación y que impide la contabilización del periodo de tiempo que medie entre una y otra vinculación; que fue lo que ocurrió en el presente asunto, en el que la demandante presentó renuncia voluntaria al empleo que ocupaba, solicitó las cesantías definitivas que se le cancelaron a los 6 meses de elevar la petición y transcurridos 6 años pidió la revocatoria del acto que le aceptó su renuncia, luego de darse cuenta que debió utilizar la figura de la permuta; con lo que se anuló la solución de continuidad.

Señaló, que tal como se le advirtió en anterior oportunidad a la demandante, con ocasión de su reclamación para el pago de las cesantías; debe devolver el valor de las que le fueron canceladas en virtud del acto acusado, con la debida indexación aplicando el IPC para cada año a partir de 1995 y hasta julio de 2005; valor que asciende a la suma de \$17'765.657.

Indicó también, que la Fiduprevisora no puede considerar el pago de las cesantías definitivas como parcial, toda vez, que el requisito para el trámite de cesantías parciales es diferente y tiene un tratamiento legal específico no correspondiente al caso.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó *“Falta de causa”*, porque a la demandante de acuerdo con su solicitud, le fueron reconocidas las cesantías definitivas mediante la Resolución No. 516 de 1995, por el período comprendido entre 26 de marzo de 1973 y 30 de agosto de 1994, y *“Pago”*, pues se produjo el pago parcial de las cesantías mediante el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas, tal como se acreditó en el expediente administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Quindío declaró la nulidad de la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia, ordenó el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva a favor de la demandante, por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 1973 y el 27 de diciembre de 2001, tomando como salario base de liquidación, la suma de \$1´627.931 por cada año adeudado, *“computando todo aquello que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, es decir que **en caso de haber recibido primas o remuneraciones que no tengan carácter mensual se contabilizarán una doceava de la suma que corresponda**”*, con la deducción de los pagos parciales que a título de cesantías ya habían sido reconocidos durante el periodo liquidado.

Al efecto señaló, que cuando la demandada expidió la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, que ahora se acusa, ha debido tener en cuenta el Decreto No. 933 de 29 de octubre de 2001, que *“revoco”* la aceptación de la renuncia presentada por la actora y que además *“aclaró”*, que se configuró fue un traslado voluntario por permuta y no una renuncia al cargo; con lo que no hubo solución de continuidad y por tanto, la liquidación del auxilio de cesantías debe abarcar todo el tiempo servido por la accionante a partir del 26 de marzo de 1973.

Entonces, como la relación laboral de la accionante inició en 1973 hasta su retiro definitivo en el 2001, sin solución de continuidad, tal como se infiere del material probatorio obrante en el proceso, es evidente que para la liquidación de sus cesantías definitivas, debió tomarse como base el salario devengado durante el último año, de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, que es la aplicable en este caso, descontando los valores que por tal concepto se le pagaron durante la vigencia de su relación laboral. Y con ello, el pago de las

cesantías efectuado “en el año 1994”, es decir, en medio de su vinculación, no puede considerarse como definitivo, sino parcial, al margen de que el acto se hubiera titulado como pago de prestaciones sociales definitivas e incluso, que no se hubieran adelantado los trámites propios del pago de las cesantías parciales.

Se tiene entonces, que con la no liquidación correcta de las cesantías de la actora, se quebrantó el régimen legal aplicable a los docentes nacionalizados, lo que implica una falsa motivación en la actuación acusada, que desvirtúa su presunción de legalidad, lo que hace viable declarar su nulidad, pero sin que proceda la sanción moratoria, porque lo que dio lugar a la demanda fue la negativa de incluir en la liquidación el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 1973 y el 17 de agosto de 1994; situación que no encaja dentro de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, según la cual la sanción procede cuando la Administración habiendo reconocido el derecho con la liquidación en firme del auxilio, niega su pago dentro del plazo señalado.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el demandado presentó recurso de apelación, que sustentó en jurisprudencia relacionada con los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, para a renglón seguido argumentar, que es improcedente la liquidación de las cesantías definitivas con la inclusión de la doceava parte de las sumas que correspondan a primas o remuneraciones que no tengan el carácter mensual, habida cuenta que no fueron peticionadas por la actora; con lo que la condena fue impuesta ultra y extrapetita.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ni **la parte demandante**, ni **la parte demandada**, intervinieron en esta etapa procesal.

El Ministerio Público manifestó, que la decisión del *a quo* debe ser confirmada, pero modificándola en el sentido de que deben incluirse, de acuerdo con lo previsto en el Decreto No. 1045 de 1978, solo los factores de asignación básica, prima de navidad y de vacaciones, que son los que se encuentran debidamente

certificados al interior del proceso (Folios 47), pues no pueden tenerse en cuenta aquellos factores que no fueron probados.

CONSIDERACIONES

Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar, si la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, que reconoció la cesantía definitiva a favor de la actora, quien laboró como docente nacionalizada, adolece de falsa motivación, en razón a que ordenó la liquidación de dicha prestación, solo por el período comprendido entre el 26 de agosto de 1994 y el 27 de diciembre de 2001, y si tal como lo manifiesta en el recurso de alzada el apelante, no deben incluirse como factores para la liquidación de dicha prestación, la doceava parte de las sumas que correspondan a las primas o remuneraciones que no tengan carácter mensual.

A fin de desatar la controversia planteada, la Sala inicialmente hará referencia a la normativa que regula la materia, para posteriormente relacionar las probanzas que obran en el expediente y seguidamente adentrarse en el estudio del caso concreto.

NORMATIVA REGULATORIA

DEL TRASLADO -NOMBRAMIENTO

El **traslado - nombramiento** de un docente nacionalizado a un municipio ubicado en un departamento diferente a aquel en el cual se encuentre laborando, está regulado por el Decreto 1706 de 1989 *“Por el cual se reglamentan los artículos 7º, 10 y 18 de la Ley 29 de 1989 y se dictan otras disposiciones”*; que en esencia pretendió racionalizar y asegurar la correcta aplicación de los recursos humanos y físicos comprometidos con la prestación del servicio educativo, en lo relacionado con nombramientos y traslados y en general con la administración del personal docente y administrativo de los institutos educativos nacionales y nacionalizados, entre otros.

Concretamente su artículo 4º, que fue modificado por el artículo 1º Decreto 1910 de 1991 dispone, que cuando por conveniencia del servicio sea indispensable autorizar un traslado de un docente nacionalizado a un municipio de diferente departamento, el Alcalde nominador de este municipio podrá efectuar el nombramiento respectivo, siempre que se aglutinen los requisitos de solicitud expresa del interesado, certificación de la vacancia definitiva del cargo y de la respectiva disponibilidad presupuestal, al igual que certificación de que el docente cumple los requisitos para el desempeño del cargo.

El Parágrafo de este artículo señala que *“La posesión del docente en el nuevo cargo vacante implica su desvinculación del cargo anterior, **sin solución de continuidad**, y deberá efectuarse dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación del nombramiento”*.

Se tiene entonces, que por disposición expresa de la Ley, cuando se produce un traslado - nombramiento de un docente a nivel territorial, la desvinculación del cargo que ocupaba con anterioridad opera, pero sin que exista solución de continuidad.

DE LAS CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS

La Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, **son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976** y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

¹ **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975** *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”*. **Artículo 10º.**- *“En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos*

El artículo 4º de esta Ley señala, que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su promulgación ² y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

El Parágrafo del artículo 2º de esta Ley establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, 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.

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, 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, se regirá de la siguiente manera: 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, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, 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.

De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo 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. Y para los docentes que se vinculen a partir del

planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”.

1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 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 continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

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 los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

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

DE LOS FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR CESANTÍAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS

El Decreto 2712 de 1999 *“Por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden*

² Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

territorial”, en su artículo 2º, estableció como factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal, los siguientes: la asignación básica mensual; los gastos de representación; la prima técnica, cuando constituye factor de salario; los dominicales y feriados; las horas extras; el auxilio de alimentación y transporte; la prima de navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; los viáticos que reciban funcionarios públicos y trabajadores oficiales, cuando se hayan percibido por término no inferior a 180 días en el último año de servicio; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y primas y bonificaciones que se hubieren otorgado debidamente con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 ³.

Luego, el Decreto 1919 de 2002 *“Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”*, en su artículo 1º dispuso, que a partir de su vigencia, es decir, desde el 1º de septiembre de 2002, **los empleados públicos vinculados** o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a la Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, **gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional**. Y agregó, que las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.

³ El texto del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 señalaba que *“Las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del presente Decreto, elaborarán para aprobación del Gobierno el proyecto de estatuto de su personal en el que se determinen las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la Carrera Administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país”*.

Su artículo 3º dispuso, 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 No. 1252 de 2000.

Por su parte el Decreto No. 1252 de 2000, en su artículo 2º, estableció que los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

Ahora bien, el **Auxilio de Cesantías para los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional**, se encuentra regulado por el Decreto No. 1045 de 1978 *“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**”*, que en su artículo 45, establece como factores para su liquidación los siguientes: la asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, los auxilios de alimentos y transporte, **la prima de navidad**, la bonificación por servicios prestados, **la prima de servicios**, los viáticos que reciban funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por término no inferior a 180 días en el último año de servicio, los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978, **la prima de vacaciones**, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y primas y bonificaciones que se hubieren otorgado debidamente con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Por manera que, los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efecto de liquidar las cesantías de los empleados públicos cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, eran los contemplados por el Decreto No. 2712 de 1999, pero luego con la entrada en vigencia del Decreto No. 1919 de 2002, es decir, a partir del 1º de septiembre de 2002, estos empleados territoriales cuentan con el mismo régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público Nacional y precisamente, los factores de liquidación del Auxilio de Cesantías de los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional se encuentran regulados por el artículo 45 del Decreto No.

1045 de 1978, norma que en consecuencia es la que se debe aplicar a los empleados regidos por el régimen prestacional territorial al momento de liquidar sus cesantías.

DE LAS PRIMAS COMO FACTOR DE LIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS

Como se advirtió, de manera particular el Decreto No. 1045 de 1978, que aplica para empleados públicos territoriales, en su artículo 45, señala que las primas que deben tenerse en cuenta como factores para liquidar las cesantías son: las de servicios, vacaciones, navidad y las primas y bonificaciones que se hubieren otorgado debidamente con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Para efecto de la liquidación de las referidas primas, es el Decreto 1160 de 1947⁴, el que en el inciso 2º de su Parágrafo 1º establece, que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Aparece demostrado al interior del proceso según Certificación expedida el 18 de enero de 2002, por la Secretaría de Educación Departamental y Cultural de Pereira, que la actora prestó sus servicios al **Departamento de Risaralda** como docente de enseñanza secundaria desde el 26 de marzo de 1973 según Decreto de nombramiento No. 01479 de 16 de marzo de 1973 y Acta de Posesión No. 8606. Además, que *“POR DECRETO No. 575 DEL 17 DE AGOSTO DE 1994 SE LE HACE UN TRASLADO NOMBRAMIENTO CON **EL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO**, ACLARADO POR DECRETO No. 933 DEL 29 DE OCTUBRE DE 2001 EN EL SENTIDO QUE LA DOCENTE EN MENCIÓN NO PIERDE CONTINUIDAD AL EFECTUARSE DICHO TRASLADO”*. (Folios 36 Cuaderno Principal).

Así mismo se observa, que la Alcaldía de Pereira (Risaralda), expidió el Decreto No. 575 de 17 de agosto de 1994 *“Por el cual se hace un traslado - nombramiento*

⁴ Decreto No. 1160 de 29 de marzo de 1947 *“Sobre auxilio de cesantía”*.

de un docente”, en el que se dispuso *“Aceptar la renuncia”* que la actora presentó el 27 de junio de 1994, al cargo de docente de básica secundaria del Instituto José Antonio Galán de dicha Ciudad. Y, consta, que el nombramiento de la persona que reemplaza a la demandante se hace en aplicación *“...al traslado - nombramiento dispuesto en el artículo 4º Decreto 1706/89”*. (Folio 18 Cuaderno Principal).

Por medio de la Resolución No. 516 de 2 de agosto de 1995, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago a favor de la actora de la cesantía definitiva, por la suma de \$3.842.664.38. Pero, la demandante en escrito de 13 de agosto de 2002, solicitó ante el Fondo, su modificación, habida cuenta que la cesantía a pagar no era definitiva sino parcial, en razón de que no se produjo una renuncia al cargo, sino un traslado - nombramiento por permuta con otra docente. En respuesta a dicha petición, el Fondo le informó que tenía que reintegrar el valor que le fue pagado con la debida indexación que asciende a la suma de \$14.912.103. (Folios 81 y 82, 77 a 80 y 113 a 117 Cuaderno Principal).

De igual manera aparece Certificación de Tiempo de Servicios emitida el 26 de diciembre de 2001, por la Secretaría de Educación - Gobernación de Quindío, que corrobora que la demandante prestó sus servicios para el **Departamento del Quindío** en el nivel de Básica Secundaria en Propiedad como Nacionalizado en forma continua así: **desde el 26 de agosto de 1994** hasta el 19 de abril de 1999 en el Instituto Quimbaya - Diurno - Quimbaya, por traslado nombramiento de otro Departamento; desde el 20 de abril de 1999 hasta el 12 de marzo de 2000 en el Instituto Simón Bolívar- Quimbaya por Traslado; y desde el 13 de marzo de 2000 hasta su renuncia en el Centro Docente Gabriela Mistral - Armenia por permuta. (Folios 44 Cuaderno Principal).

El 21 de mayo de 2001, la actora solicitó a la Alcaldía de Pereira la revocatoria del Decreto No. 575 de 1994, porque en ningún momento renunció al cargo que venía desempeñando, sino que por el contrario, se acogió a la figura del traslado - nombramiento, que opera sin solución de continuidad, por lo que sus cesantías se debían cancelar de manera retroactiva al momento de su retiro definitivo y no como se le estaban cancelando año por año. (Folios 19 a 32 Cuaderno Principal).

Se observan los reportes de las liquidaciones anuales de cesantías por los años 1994 a 2001. (Folios 61, 62 y 66 a 71 Cuaderno Principal).

Es así como el 29 de octubre de 2001, la Alcaldía de Pereira (Risaralda) emite el Decreto No. 933, *“Por medio del cual se revoca parcialmente y se aclara el Decreto 575 del 17 de agosto de 1994”*, en el que explica que la demandante convino con otra docente la permuta del cargo que ocupaba y fue en razón de dicha situación que expidió el Decreto No. 575 de 1994, pero como en este último acto, se dispuso *“Aceptar la renuncia”* de la actora y tal determinación generaba su desvinculación temporal, situación que le causaba grave perjuicio para efectos *“... del régimen establecido por la Ley 91 de 1989”*; se decretó su revocatoria parcial y se cambió su enunciado por el siguiente: ***“Por el cual se hace un traslado por permuta libremente convenida entre dos docentes de diferente departamento”***; permuta que se hizo sin solución de continuidad. (Folios 33 a 35 Cuaderno Principal).

El **27 de diciembre de 2001**, la actora presentó renuncia irrevocable al cargo de docente, ante la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira (Risaralda), en razón a que reunía requisitos para su jubilación. Y por medio de la Resolución No. 840 de la misma fecha, se le aceptó su renuncia. (Folios 39 a 41 Cuaderno Principal).

Posteriormente, el 15 de mayo de 2003, solicitó ante el Ministerio de Educación en el Departamento del Quindío, la liquidación de sus cesantías definitivas, de conformidad con lo establecido por el Decreto 575 de 1994 con la aclaración del Decreto 933 de 2001. (Folios 42 y 43 Cuaderno Principal).

Por medio de la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, que ahora es objeto de debate, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció a la demandante como cesantía definitiva la suma de \$8.495.515, por el período comprendido entre el 26 de agosto de 1994 y el 27 de diciembre de 2001, en calidad de docente nacional. De dicha Resolución se notificó en forma personal el 28 de agosto de 2003 (Folios 16, 17 y 57 Cuaderno Principal).

Aparecen las Resoluciones Nos. 335 de 8 de agosto de 1978 y 2706 de 20 de marzo de 1993, que dan cuenta de pagos parciales de cesantías a favor de la demandante (Folios 151, 147 y 148, Cuaderno Principal).

DEL CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala, como se advirtió en párrafo precedente, revisar la legalidad de la Resolución No. 547 de 25 de agosto de 2003, en orden a determinar la correcta liquidación de las cesantías definitivas de la actora concretamente frente a la normativa aplicable para tal efecto y los factores que al respecto deben tenerse en cuenta.

Pues bien, tal como se infiere de las probanzas referidas, la demandante efectivamente ingresó a laborar como docente al servicio del **Municipio de Pereira (Risaralda)** desde el 26 de marzo de 1973.

Luego el 27 de junio de 1994, presentó "*renuncia*" a dicho cargo, que le fue aceptada por la Alcaldía de Pereira en el Decreto No. 575 de 17 de agosto de 1994. Pero, en forma simultánea en este mismo acto administrativo, se ordenó su traslado - nombramiento al **Departamento del Quindío**, en razón de una permuta que acordó con otra docente que laboraba en este Departamento.

El 2 de mayo de 2001, la actora solicitó ante la Alcaldía de Pereira, la revocatoria del Decreto No. 575 de 17 de agosto de 1994, porque efectivamente no operó su desvinculación, sino que lo que realmente tuvo ocurrencia fue una permuta.

Y fue por tal razón, que la misma Alcaldía de Pereira, expidió el Decreto No. 933 de 23 de octubre de 2001, por medio del cual dejó sin efecto la aceptación de la renuncia, que en forma por demás equívoca, la Administración estimó desde el año 1994.

Posteriormente, la actora presentó renuncia definitiva al cargo que ocupaba, en razón del cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de jubilación, que le fue aceptada por el Departamento del Quindío, por medio de la Resolución No. 840 de 27 de diciembre de 2001.

Fue así como el 15 de mayo de 2003, elevó solicitud para obtener el pago de sus cesantías definitivas y la Administración por medio del acto que ahora se acusa,

esto es, la Resolución No. 547 de 2003 procedió a liquidarlas, pero solo por el período comprendido entre el 26 de agosto de 1994, cuando inició labores al servicio del Departamento del Quindío y el 27 de diciembre de 2001, fecha en la que se le aceptó su renuncia definitiva.

Emerge con claridad para la Sala, que resulta contrario a la Ley que el Fondo demandado considere el retiro definitivo de la actora desde el año 1994 y en razón de ello, se le liquiden a partir de dicha anualidad, las cesantías definitivas, sin tener en consideración la totalidad del tiempo laborado, esto es, desde el 26 de marzo de 1973 hasta el 27 de diciembre de 2001 debiendo hacerlo; habida cuenta que por tratarse de un traslado - nombramiento, tal como lo dispuso el Decreto 1706 de 1989, en ningún momento operó la solución de continuidad, máxime si se tiene en cuenta la revocatoria del Decreto No. 575 de 1994, según lo dispuesto por el Decreto No. 933 de 23 de octubre de 2001, en virtud de la cual quedó sin efecto la supuesta renuncia.

Con lo anterior, forzoso es concluir que le asiste razón al *a quo* cuando ordenó la liquidación de las cesantías definitivas de la actora por la totalidad del tiempo laborado en ambos Departamentos.

Al respecto la Sala hace notar, que el período de tiempo laborado, tal como fue probado en el proceso (Folios 36 Cuaderno Principal), tuvo inicio el **26** de marzo de 1973 hasta el 27 de diciembre de 2001 y no como lo determinó el Tribunal, cuando señaló que la demandante comenzó su labor docente el **23** de marzo de 1973 (Folios 198 Cuaderno Principal); con lo que tal fecha habrá de corregirse.

Ahora bien, en lo que concierne a la liquidación del auxilio de cesantías definitivas de la actora, que fue efectuada de manera anualizada, resalta la Sala, que tal como lo establecieron los numerales 1º y 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en lo que a las cesantías de los docentes nacionalizados hace referencia, se conservó la retroactividad de conformidad con las disposiciones vigentes en la entidad territorial; con lo que tampoco resulta ajustada a derecho, la decisión del Fondo acusado de utilizar un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En relación con los factores de salario que deben tenerse en cuenta para liquidar las cesantías, señala la Sala que de acuerdo con lo analizado precedentemente,

debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable a los empleados públicos que venían vinculados y cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, que ordenó que la liquidación de las prestaciones sociales de dichos servidores, goza del mismo régimen establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Y es por ello, que dentro de los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar las cesantías, además de la asignación básica mensual, los dominicales y festivos, las horas extras, el auxilio de transporte, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, deben incluirse la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones.

Con relación a las primas para efecto de la liquidación de las cesantías, se advierte, que tal como lo señala el Decreto 1160 de 1947, el promedio de la remuneración se obtiene de dividir el monto de las percibidas en el último año de servicio por 12 y sumando dicho promedio a la última remuneración fija mensual.

Lo anterior, siempre y cuando efectivamente dichas primas hayan sido percibidas por el docente. Y, en este sentido encuentra la Sala que no le asiste la razón al Ministerio Público, cuando señala que la sentencia recurrida debe ser objeto de modificación en cuanto a que el a quo ordenó el pago de las cesantías definitivas con la inclusión de todas las primas percibidas por la demandante aun las no probadas, por lo que solo deben ser reconocidas la de navidad y vacaciones; porque lo cierto es, que aunque en el libelo introductorio fue solicitado expresamente por la demandante el reconocimiento de las “ **primas de toda especie...**”, el fallo fue claro en señalar que “**...en caso de haber recibido primas o remuneraciones que no tengan carácter mensual se contabilizarán una doceava de la suma que corresponda**”; ello lógico es, de acuerdo con lo probado en el proceso y en atención a que correspondan a las enlistadas en el Decreto 1045 de 1978.

De otro lado, comparte la Sala la decisión de primera instancia cuando ordena que deben ser objeto de deducción las sumas que a título de cesantías parciales fueron reconocidos a la actora, al igual que las cesantías que se le liquidaron como definitivas antes de su efectiva desvinculación, que en realidad eran

parciales, y del mismo modo las que se le reconocieron en virtud de la Resolución No. 547 de 2003, ahora acusada.

Corolario de lo anterior, es que para la Sala debe ser confirmada la sentencia objeto del recurso de alzada, con la aclaración que la fecha a partir de la cual deben contabilizarse las cesantías de la docente nacionalizada en forma retroactiva, es el 26 de de marzo de 1973.

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,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 12 de diciembre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora ARACELLY GARCÍA QUINTERO contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, aclarando que la fecha en la que inició labores fue el 26 de marzo de 1973, para efecto de la liquidación de sus cesantías definitivas.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO