



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-004-2015-00158-01
DEMANDANTE:	ANA ZENITH ÁVILA AGÁMEZ
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 27 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

ANA ZENITH ÁVILA AGAMEZ, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicita la nulidad del acto ficto producto del silencio de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, frente a la petición que radicó el 2 de julio de 2013, tendiente al reconocimiento y pago de cesantías bajo el régimen de retroactividad, es decir, liquidada con base en un (1) mes de salario por cada año de servicio o de manera proporcional.

¹ Folios 20 - 21 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, le reconozca y pague la referida prestación, por un valor total de \$31.151.052.00. Insta además, el pago de intereses moratorios y las costas procesales a que haya lugar.

1.2.- Hechos²:

La señora **ANA ZENITH ÁVILA AGAMEZ** fue nombrada por el Alcalde del Municipio de San Onofre, como docente en propiedad, en la Escuela María Auxiliadora a través del Decreto No. 27 del 25 de mayo de 1992. Tomó posesión el día 27 del mismo mes y año.

Más tarde, mediante Decreto No. 034 del 31 de agosto de 1994, la administración municipal de San Onofre, la incorporó a la nómina estatal del Fondo Educativo Regional (FER). Posteriormente, fue afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Indica la accionante, que mediante petición con radicado No. 2013PQR13858 del 2 de julio de 2013, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre el reconocimiento y pago de cesantías con liquidación retroactiva. Sin embargo, dicha entidad guardó silencio al respecto, produciendo el acto ficto que se demanda.

1.3.- Contestación de la demanda³:

La entidad accionada se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por carecer, a su juicio, de sustento fáctico y jurídico para su prosperidad. Sostiene, que a la accionante no le es aplicable el régimen de cesantías retroactivas, sino el anualizado, toda vez que, su vinculación fue el 27 de mayo de 1992, posterior al 31 de diciembre de 1989, fecha anunciada por el ordenamiento para dar aplicación al régimen de retroactividad.

² Folios 21- 22 del cuaderno de primera instancia.

³ Folios 57 – 68 del cuaderno de primera instancia.

Propuso las excepciones de “inexistencia de la obligación”, “pago de lo no debido”, “prescripción”, “compensación”, “caducidad” y “buena fe”.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia dictada en audiencia inicial del 27 de septiembre de 2016, negó las súplicas de la demanda, al considerar que el régimen de cesantías aplicable a la accionante es el anualizado y no el retroactivo, en la medida en que su vinculación con la administración no fue anterior al 31 de diciembre de 1989, fecha prevista por la Ley 91 de 1989, para la aplicación del régimen pretendido por la señora **ANA ZENITH ÁVILA AGAMEZ**.

1.5.- El recurso⁵.

La parte demandante apeló la sentencia de primer grado, citando sentencias del Honorable Consejo de Estado, en las que destaca que el régimen retroactivo de cesantías, regida por la Ley 6ª de 1945, es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y no previo al 31 de diciembre de 1989.

Arguyó también, que la condena de costas impuestas resulta contraria a los principios constitucionales del debido proceso y acceso a la administración de justicia.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 3 de febrero de 2017⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

⁴ Folios 114 – 116, del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 129 – 138, del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 3, del cuaderno de segunda instancia.

Posteriormente, a través de providencia de 3 de marzo de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, llamado al que acudieron⁸, reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en las distintas etapas previas del proceso.

- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico. Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar:

¿Tiene derecho la accionante, al reconocimiento y pago de las cesantías, conforme al régimen de liquidación retroactivo?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Regulación legal en materia de cesantías, de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las cesantías, como prestación social, se califican como un auxilio que ostentan los empleados, las cuales pueden utilizarse a la finalización de la vinculación laboral a efectos de afrontar y solventar sus necesidades

⁷ Folio 12, del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 16 – 21, 22 – 27, del cuaderno de segunda instancia.

básicas más apremiantes y las de su núcleo familiar; como también, pueden usarse, estando vigente la vinculación laboral, siempre y cuando estén dirigidas a costear gastos de vivienda o educación.

Esta prestación laboral, ha sido objeto de muchas regulaciones para los empleados al servicio del Estado, tanto del orden nacional, como territorial⁹; sin embargo, existen disposiciones especiales para cierto tipo de servidores, como es el caso de los docentes, quienes son los que interesan para desatar el asunto de marras.

En ese orden de ideas, los profesionales al servicio de la docencia que se encuentren vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tienen un régimen prestacional especial¹⁰ en lo relacionado con las cesantías, pues, la forma de liquidación, depende de la condición de docente, bien sea nacional, nacionalizado o territorial, según el caso y de la fecha de vinculación, diferenciándose los que se encuentren vinculados, hasta el 31 de diciembre de 1989 de los que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley (...).

⁹ Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, Decreto 3118 de 1968, ley 50 de 1993, ley 344 de 1996, Ley 482 de 1998, Decreto 1582 de 1998, por mencionar algunas normas que desarrollan esta temática.

¹⁰ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

3. Cesantías: A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año. B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional (...)"

De la preceptiva anotada, se colige, que el ordenamiento prestacional de los docentes prevé dos regímenes de liquidación de cesantías, según la fecha de vinculación, a saber: i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, tienen derecho a que sus cesantías, sean liquidadas con base a un mes de salario, por cada año de servicio, es decir, que este personal está circunscrito al denominado "régimen retroactivo de liquidación de cesantías", dado que se liquida, sobre el último salario devengado; y ii) los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, para quienes, se liquidarán las cesantías, conforme al "régimen anualizado de cesantías", que consiste en liquidar las cesantías y los intereses todos los 31 de diciembre de cada año, sobre el sueldo percibido a la fecha.

Nótese, que el régimen retroactivo de liquidación de cesantías, cuyos beneficiarios son los docentes nacionalizados¹¹, vinculados antes del 31 de

¹¹ El artículo 1º de la Ley 91 de 1989, los define como aquellos cuyo nombramiento se produjo en la entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de

diciembre de 1989, tiene una forma de liquidación notablemente disímil, al régimen anualizado de liquidación sin retroactividad, dado que el primero de éstos, es mucho más beneficioso en relación a la cuantía de las cesantías, en la medida que se acumulan año tras año, multiplicado por el último salario devengado, por lo que la acumulación del tiempo de servicio junto con el último salario, arroja la cantidad de dinero por concepto de cesantías a cancelar; contrario a lo que acontece, con el régimen anual de liquidación, como quiera que éste se liquida todos los 31 de diciembre de cada año, sin retroactividad, conforme el salario percibido desde el 1º de enero, hasta el 31 de diciembre de cada año, sin la posibilidad que se acumule el tiempo de servicio.

El Honorable Consejo de Estado, sobre el tema ha dicho¹²:

“(...) 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 (...) (Resalto de la Sala)

esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975 – norma que nacionalizó la educación.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 25 de marzo de 2010, radicación 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09). C. P: Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

2.3.2.- De la condena en costas y el régimen objetivo implementado con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011- Poder configurativo del legislador en asuntos procesales.

Se entiende por costas *“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegrados”*¹³.

Por lo tanto, las costas procesales se traducen en una medida desventajosa, para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, entorno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

Al efecto el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-043 de 2004, realizó un estudio completo del tema al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo en materia de costas procesales.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional abarca la exequibilidad de la norma en comento, estableciendo los regímenes que han gobernado la tasación de las costas procesales a lo largo de nuestra historia legislativa, destacando un régimen subjetivo derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo caracterizado por el solo hecho de ser

¹³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá. 2016.

vencido¹⁴, resaltando una variedad interpretativa en materia contenciosa administrativa que dependía de la conducta desplegada por las partes y del tema abordado (nulidad, reparación, contractual, etc.)

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984, y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Por consiguiente, del estudio de la norma se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse”¹⁵, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso¹⁶, el cual no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas cuando el asunto sea de interés público¹⁷.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁸, la determinación de condenar en costas, bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, siendo un imperativo

¹⁴ Propio de este régimen es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 392 y siguientes.

¹⁵ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹⁶ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.”

¹⁷ Inciso 2º artículo 361 del CGP. “Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.

¹⁸ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

para el juez, conforme el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.4- Caso concreto.

Abordando el *sub examine*, se evidencia, que la señora **ANA ZENITH ÁVILA AGAMEZ** fue nombrada como docente en propiedad, en la Escuela María Auxiliadora del Municipio de San Onofre (Sucre), a través de Decreto 027 del 25 de mayo de 1992¹⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite precedente y una vez analizados los supuestos fácticos – probatorios, este Tribunal considera que el acto ficto atacado, no debe declararse nulo, en razón a que la demandante ingresó a prestar sus servicios como docente, desde el 27 de mayo de 1992 (fecha de posesión²⁰), es decir, que su ingreso a este sector se produjo con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, lo que permite afirmar, que con base a lo dispuesto en el citado numeral 3º del literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se colige, que el reconocimiento y pago de sus cesantías, está sujeta a un *“interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad”*.

Así, del análisis del ordenamiento prestacional de los docentes (Ley 91 de 1989), se prevé dos regímenes de liquidación de cesantías según la fecha de vinculación, reiterándose así, que para el caso de los docentes vinculados al Magisterio con posterioridad al 1º de enero de 1990, se liquidarán las cesantías, conforme al *“régimen anualizado de cesantías”*, que consiste en liquidar las cesantías y los intereses, todos los 31 de diciembre, de cada año, sobre el sueldo percibido a la fecha.

En otras palabras, el régimen de cesantías aplicable a la parte actora, no es el establecido en las normas anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989,

¹⁹ Visible a Fl. 3 del cuaderno de primera instancia.

²⁰ Según Fl. 12, del cuaderno de primera instancia.

sino precisamente, el instituido por esta última normativa, pues, el demandante i) no adquiere la naturaleza de ser un empleado territorial, dado que el personal docente tiene un régimen prestacional especial y además, ii) por haberse vinculado como docente, con posterioridad a la vigencia de la Ley 91 de 1989.

Debe tenerse en cuenta, que la vinculación como docente ocurrida en los períodos que a continuación se señalan, al tratarse de “autorización de prestación de servicios”, “posesión por nombramiento” para período determinado y “autorización de prestación de servicios”, no pueden ser considerados como fundamento para reconocer a favor de la demandante, un derecho adquirido en punto de la vinculación como docente legal y reglamentaria, pues, además de la fecha de vinculación que hace nugatorio el derecho, salta a la vista que tal vinculación se hizo por la vía de la prestación de servicios, sin que exista prueba de la declaración de una relación laboral o que el período que va del 12 de agosto de 1991 al 2 de septiembre de ese mismo año, sea antecedente continuo de la final vinculación de la demandante a la docencia, ocurrida el 25 de mayo de 1992²¹:

NOVEDAD	Acto, Número, Fecha	Fecha Posesión	Fecha Hasta
ESCUELA URBANA 2 DE NIÑAS MARÍA AUXILIADORA – SAN ONOFRE	Autorización de Prestación de Servicios; Ord. 002 del 12 de marzo de 1990	22 de marzo de 1990	30 de noviembre de 1990
ESCUELA RURAL PALO ALTO SAN ONOFRE	Posesión por nombramiento; Decreto 026 del 23 de agosto de 1991	2 de septiembre de 1991	3 de noviembre de 1991
ESCUELA URBANA 2 DE NIÑAS MARÍA AUXILIADORA -SAN ONOFRE	Autorización de prestación de servicios; Con 0003 del 31 de enero de 1992	3 de febrero de 1992	26 de mayo de 1992

De otro lado, en consideración a la **condena en costas y agencias en derecho** impuesta por el A quo, se estima, que la misma corresponde a un régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de no haber

²¹ Cfr. Folio 12.

prosperado en su totalidad las pretensiones de la demanda y por tanto, resultar vencido en el proceso, la parte accionante debe soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho, que el juez considere.

En consecuencia, al estar dicha imposición de esa carga, dentro de un régimen objetivo y estar en cabeza, en este caso, del vencido en la controversia, el Juez, no tiene la necesidad de realizar mayores elucubraciones en donde se analicen las circunstancias subjetivas del vencido procesalmente, para detectar la procedencia o no de esa carga.

En ese orden de ideas, la Sala confirmará la decisión recurrida.

3. Condena en costas.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 27 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera

concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0111/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA