



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2017-00128-00
DEMANDANTE:	ALFREDO ENRIQUE WILCHES CAMPO
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso instaurado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por **ALFREDO ENRIQUE WILCHES CAMPO** contra **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

I. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **ALFREDO ENRIQUE WILCHES CAMPO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el fin de que se declare

¹ Folio 15 del expediente.

la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, ocasionado por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición radicado en la entidad bajo el No. SED.LAPF-700.11.03.1937, por medio del cual, se solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías con aplicación del régimen de retroactividad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que la parte accionada debe liquidar las cesantías reconociendo y pagando, un (1) mes de salario por cada año de servicio o de manera proporcional y equivalente a la suma de \$46.437.955.00; en aplicación del régimen de retroactividad y de conformidad con la Ley 6ª de 1945 artículo 17, literal a), Ley 65 de 1946 artículo 1º y Decreto 1160 de 1947 artículo 6 y demás normas concordantes y complementarias.

Solicita que la anterior suma sea indexada y se incorporen los respectivos ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor.

También pide, que se condene a la entidad demandada, al pago de los intereses moratorios, que se devengarán desde la ejecutoria de la respectiva sentencia, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifiesta el demandante Alfredo Enrique Wilches Campo, que la Alcaldía Municipal de Sampedano, Sucre, mediante Decreto No. 029 del 17 de febrero de 1992, lo nombró en propiedad como docente; tomando posesión de dicho cargo el día 17 de febrero de 1992.

Señala, que posteriormente fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumiendo su cargo, la Secretaría de Educación de Sucre.

² Folios 15 reverso, y 16.

Indica, que ha prestado sus servicios, ininterrumpidamente, desde el 17 de febrero de 1992, al 30 de abril de 2017, esto es, durante 25 años, dos meses y 14 días.

Refiere, que en el año 2017, devengó lo siguientes factores salariales, según el grado de escalafón 13: sueldo, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, sobresueldo, sobresueldo doble y triple jornada y bonificación del Decreto 1566 de 2014.

Anota, que el día 8 de mayo de 2015, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Departamental, el reconocimiento del régimen de retroactividad de las cesantías; sin que obtuviera respuesta.

Como **normas violadas**³, anotó preceptos de carácter constitucional y legal, como son: artículos 13 y 53 de la Constitución Política; Ley 244 de 1995 artículo 2, párrafo; Decreto 3135 de 1968, artículo 41; Decreto 1848 de 1969, artículo 102; Ley 6ª de 1945, artículo 17 Literal a); Ley 65 de 1946, artículo 1º; y Decreto 1160 de 1947, artículo 6.

Así mismo, como **soportes normativos de su pretensión**⁴, citó los artículos, 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; artículo 2 Literal a) de la Ley 4ª de 1992; artículos 1, 2 y 17 Literal a) de la Ley 6ª de 1945; artículo 6 del Decreto 1160 de 1947; artículo 15 del Decreto 1498 de 1986; artículo 5 de la Ley 91 de 1989; Ley 60 de 1993 y artículo 176 de la Ley 115 de 1994, reglamentados por el Decreto 196 de 1995; artículos 1 y 3 del Decreto 1919 de 2002.

La parte actora en su **concepto de violación**, aduce, que el proceder de la administración no ha permitido que se le garantice el derecho al debido pago de las cesantías, toda vez, que incurre en error al liquidarlas con intereses y no con el régimen de la retroactividad, esto

³ Folios 18 reverso.

⁴ Folios 16 -18

es, pagando un mes de salario por cada año de servicio con el último sueldo devengado.

Aduce, que la entidad demandada desconoce los beneficios adquiridos de los diferentes regímenes que rigen a los servidores públicos, los cuales establecen, que en ningún caso se pueden desmejorar los salarios, ni las prestaciones sociales.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante proveído del 6 de junio de 2017⁵; providencia notificada al actor y a su apoderado judicial, el día 8 del mismo mes y año, mediante estado electrónico⁶.

Una vez, consignados los gastos procesales, el auto admisorio de la demanda, fue notificado personalmente a través de correo electrónico, a la parte demandada, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el día 7 de febrero de 2018⁷.

La demanda fue contestada de forma extemporánea por **La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales**⁸.

Mediante auto de julio 30 de 2018⁹, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011; la citada audiencia se celebró el día 22 de agosto de 2018¹⁰.

⁵ Folio 26.

⁶ Reverso folio 26.

⁷ Folios 35 y ss.

⁸ Folios 42 - 54.

⁹ Folio 61.

¹⁰ Folios 65 – 68.

La audiencia de pruebas, se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2018¹¹, en la misma, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó la presentación por escrito, de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes; sin embargo las partes, no se pronunciaron al respecto.

El Agente del Ministerio Público, emite concepto de fondo¹², señalando que del Decreto 029 de 1992 se observa, que el actor accedió al cargo de docente del nivel secundario en el área de idiomas en el Colegio Nacionalizado "Mariscal Sucre" del Municipio de Sampedro, Sucre, el cual a su vez, estuvo regulado por los Decretos 1706 de 1989, 2863 de 1989, 1910 de 1991 y la Resolución No. 20974 de 1989, todos los cuales hacen referencia a la vinculación de docentes del orden nacional y nacionalizado. Así mismo, de la respuesta dada por la Fiduprevisora S.A., sobre la afiliación del accionante al FOMAG, se desprende que su vinculación es nacional y que su régimen de cesantías es anualizado.

Por tanto, manifiesta, que en observancia a las pruebas obrantes se tiene que el demandante ha mantenido con la Nación, desde el 17 de febrero de 1992, una vinculación con el servicio educativo oficial como docente del nivel nacional o nacionalizado y no territorial, hecho por el cual, se halla sometido al régimen de cesantías anualizado establecido en la Ley 91 de 1989.

En virtud de lo anterior, considera que no se debe acceder a las súplicas de la demanda.

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Competencia. El Tribunal es competente, para conocer en **Primera Instancia**, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo

¹¹ Folios 77 – 79.

¹² Folios 82 – 86.

152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

3.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el debate planteado, el problema jurídico a desatar estriba en determinar: ¿El señor **ALFREDO ENRIQUE WILCHES CAMPO**, tiene derecho a que la entidad demandada, **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, reconozca y pague las cesantías parciales, conforme al régimen de liquidación retroactivo?

De conformidad con la problemática planteada, esta Sala tratará los siguientes temas: i) Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y ii) Caso concreto

3.3.- Análisis de la Sala.

3.3.1.- 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 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

territorial¹³; 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 especial¹⁴ 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 (...).

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

¹³ 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.

¹⁴ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

promedio del último año. B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° 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 1° 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 nacionalizados¹⁵, vinculados antes del 31 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

¹⁵ El artículo 1° de la Ley 91 de 1989, los define como aquellos cuyo nombramiento se produjo en la entidad territorial, antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975 – norma que nacionalizó la educación.

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 dicho¹⁶:

“(...) 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)

3.4.- Caso concreto. Abordando el *sub examine*, se evidencia, que el señor ALFREDO ENRIQUE WILCHES CAMPO, ingresó a prestar sus servicios como docente en propiedad en el Colegio Nacionalizado “Mariscal

¹⁶ 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.

Sucre" del Municipio de Sampués, Sucre, nombrado mediante Decreto No. 029 de 1992¹⁷ y posesionado el mismo día 17 de febrero de 1992¹⁸.

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 el demandante ingresó a prestar sus servicios como docente, desde el 17 de febrero de 1992¹⁹ (fecha de posesión), 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, el reconocimiento y pago de sus cesantías está sujeta a un *"interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad"*.

Finalmente, se tiene que el demandante afirma que el régimen de cesantías que lo cobija es el retroactivo, con fundamento en que es docente vinculado antes del 30 de diciembre de 1996 y su situación es la contemplada en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan.

Frente a dicho argumento, se debe afirmar, que el régimen de cesantías aplicable al presente caso, no es el establecido en las normas anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, sino precisamente, el instituido por esta última normativa, pues, el demandante i) no tiene la naturaleza de ser un empleado territorial²⁰ y el personal docente tiene un régimen prestacional especial, conforme a la normatividad tantas veces descrita y además, ii) por haberse vinculado como docente, con posterioridad a la vigencia de la Ley 91 de 1989.

¹⁷ Folios 4 - 5.

¹⁸ Folio 6.

¹⁹ El docente fue designado mediante Resolución No. 029 de 17 de febrero de 1992 (folios 3 – 5) y se posesionó el mismo día (folio 6).

²⁰ Según certificado de la FIDUPREVISORA S.A., el demandante tiene una vinculación al FOMAG en calidad de docente de carácter nacional y el régimen de sus cesantías es anualizado. Folios 73 – 74.

En ese orden de ideas, esta Sala de Decisión es del concepto que el acto demandado, debe mantenerse incólume, toda vez, que el régimen de liquidación de cesantías aplicable al demandante, es el anualizado contenido en la Ley 91 de 1989 y no el retroactivo, dado que su vinculación como docente, fue posterior a la entrada en vigencia de dicha norma.

IV.- COSTAS PROCESALES

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandante, por resultar vencida en el proceso, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

V.- DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, formulada por el señor **ALFREDO ENRIQUE WILCHES CAMPO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)**, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante, conforme lo anotado.

TERCERO: EJECUTORIADA la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CUARTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0066/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA