



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandado: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO Y ANUALIZADO.

SENTENCIA No. 011

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, dictar sentencia dentro del medio de control de la referencia, en donde el objeto del proceso gravita en determinar si es procedente o no declarar la nulidad de la Resolución No. 0982 de 12 de noviembre de 2013, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual se ordenó el pago de cesantías parciales al señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

II. DEMANDANTE

La presente acción fue instaurada por el señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.755.200 expedida en San Marcos - Sucre.

III. DEMANDADO

La acción está dirigida en contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Departamento de Sucre.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda¹

El señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado en contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Departamento de Sucre, pretende lo siguiente:

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 0982 del 12 de noviembre de 2013, en la cual se le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial sin tener como base para su liquidación el régimen de retroactividad.
- Se declare su vinculación como docente del orden territorial del Municipio de San Marcos, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 con el fin de que se le pague las cesantías de forma no anualizada, sino retroactiva.
- A título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada, liquidarle, reconocerle y pagarle las sumas de dinero que correspondan por concepto de la cesantía parcial, aplicando el régimen de retroactividad, es decir, liquidada con su último salario devengado al momento de realizar la solicitud, conforme lo establece la Ley 6 de 1945 y 344 de 1996.

¹ Fl. 1-11.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

- Se le reconozcan los intereses moratorios respectivos, en los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
- Se condene en costas a la parte demandada, conforme a lo previsto en el artículo 188 del C.C.A, en armonía con el artículo 365 y 366 del C.G.P

4.2. Hechos².

La Sala los compendia, así:

El señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ indicó en la demanda que, es docente vinculado mediante una relación legal y reglamentaria por el Municipio de San Marcos- Sucre; por tal razón, se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Refiere que, mediante derecho de petición presentado el día 24 de julio de 2013, solicitó ante la Secretaria de Educación Departamental de Sucre el reconocimiento del auxilio de cesantías con base en el último salario devengado, en forma retroactiva.

En virtud de lo anterior, a través de la Resolución No. 0982 de fecha 12 de noviembre de 2013, notificada el 19 de diciembre de 2013, la Secretaria de Educación Departamental reconoció el auxilio de cesantías liquidando al demandante con base en el régimen anualizado, cuando el régimen aplicable es el de retroactividad conforme a la Ley 6° de 1945 y la Ley 344 de 1996.

Por último, sostuvo que, se presentó el agotamiento de la vía gubernativa al convocar audiencia de conciliación extrajudicial que resultó fallida por no haber ánimo conciliatorio.

4.3. Normas violadas y concepto de violación³.

Esgrimió como normativas conculcadas, los artículos 1°, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional; y como preceptos de orden legal el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, Ley 91 de 1996 y Ley 344 de 1996.

² Fl. 2-3.

³ Ver folio 3 – 8 C. Ppal.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

En desarrollo del concepto de violación argumentó que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, es posible distinguir tres categorías de docentes oficiales a saber nacionales, nacionalizados y territoriales.

En efecto, según la clasificación realizada, afirmó que el señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ, fue vinculado por el Municipio de San Marcos mediante Decreto N° 168 del 17 de septiembre de 1992, y en virtud de la Ley 91 de 1989, se ubica en la clasificación de docente territorial, con los derechos y prerrogativas que tienen esta clase de servidores públicos.

En efecto, manifestó que las entidades demandadas contrarían las normas citadas, incurriendo en el vicio de falsa motivación del acto administrativo censurado, puesto que en los considerandos expuestos en la decisión administrativa, se señaló que el demandante prestó sus servicios como Docente Municipal Situado Fiscal, lo cual arguye no es cierto, dado que éste nunca fue un docente del “situado fiscal”, toda vez que los emolumentos por él percibidos provenían de los recursos propios del Municipio de San Marcos y con recursos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación.

En ese orden, concluyó que dada la naturaleza de la vinculación del demandante como docente territorial, vinculado desde el año 1992 al Municipio de San Marcos, antes del 30 de diciembre de 1996, sus cesantías debieron liquidarse con retroactividad, con base en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual en la incorporación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.

Finalmente, dedujo que el demandante al haberse vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es cobijado por el régimen retroactivo de cesantías, es decir, se rige por las disposiciones establecidas en la Ley 6 de 1945 teniendo como base de liquidación el último salario devengado.

4.4. Contestación de la demanda.

4.4.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴: Contestó la demanda en término legal, manifestando su desacuerdo con las pretensiones del demandante, pues a pesar de

⁴ Fl. 72 – 82.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

que admite los hechos de la demanda, consideró que las cesantías de éste se liquidaron conforme a las disposiciones legales aplicables.

Como fundamento de su negativa, expresó que el auxilio de cesantías se encuentra regulado en el núm. 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual establece que a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les pagara las cesantías conforme al régimen anualizado, de ahí que, al liquidar las cesantías del señor JIMÉNEZ SÁNCHEZ, tuvieron en cuenta la fecha de su vinculación, esto es 21 de septiembre de 1992, fecha posterior al 31 de diciembre de 1989; por eso no es beneficiario del régimen retroactivo del auxilio de cesantías.

De otra parte, advirtió que el pago de la referida prestación se realizara cuando exista disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, conforme a la Circular N° 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en atención a la sentencia SU 014 de 23 de enero de 2001 de Corte Constitucional.

Además, recordó que la entidad en mención se ajusta en materia presupuestal a la respectiva disponibilidad presupuestal dispuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cual manifiesta influye en el pago tardío de las prestaciones sociales, asunto que impide se generen intereses moratorios y/o indexación alguna.

Propuso como medios exceptivos la inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, prescripción, compensación y caducidad.

4.4.2. Departamento de Sucre⁵.

Contestó la demanda de forma extemporánea⁶.

V. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 11 de junio de 2014⁷; seguidamente se inadmitió mediante auto del 20 de junio siguiente⁸, realizado en término legal el saneamiento de la

⁵ Fl. 83 – 85.

⁶ Fl. 93.

⁷ Fl. 11.

⁸ Fl. 25-28.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

demanda⁹, se admitió mediante auto del 23 de julio de 2014¹⁰ notificándose personalmente a la parte demandada, por mensaje dirigido al buzón electrónico de la entidad, el día 6 de agosto de los corridos¹¹; seguidamente, por auto del 26 de noviembre de 2014¹², se fijó fecha de audiencia inicial de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual se celebró el 29 de enero de este año¹³, en la que entre otras se resolvió la excepciones previas planteadas y finalmente se dispuso la fecha para la celebración de la audiencia de pruebas, la cual se llevó acabo el 18 de febrero del año en curso, en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegatos y juzgamiento, corriendo traslado a las partes para que presentarán por escrito los alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante.¹⁴

En esta oportunidad insistió en los argumentos expuesto en el libelo introductorio de la demanda, según los cuales teniendo en cuenta el tipo de vinculación y la fecha en la cual el demandante ingresó a prestar sus servicios como docente oficial, el régimen prestacional con el cual se le deben liquidar y cancelar las cesantías parciales y definitivas, es el retroactivo, en virtud de las Leyes 6 de 1945, Ley 60 de 1993, Ley 344 de 1996, Decreto 160 de 1995.

6.2. Ministerio Público¹⁵

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, rindió concepto de fondo, sugiriendo que se concedan las pretensiones de la demanda.

En ese orden, señaló que al ser vinculado el actor al Municipio de San Marcos, mediante Decreto N° 168 de fecha 17 de septiembre de 1992, y de acuerdo a los dispuesto por el artículo 1° de la Ley 91 de 1989 como el artículo 2° del Decreto 196 de 1995, éste tiene el carácter de docente municipal o territorial cofinanciado, por lo

⁹ Fl. 36-37.

¹⁰ Fl. 39-40.

¹¹ Fl. 48.

¹² Fl. 94 y reverso.

¹³ Fl. 103-107.

¹⁴ Fl. 132-135.

¹⁵ Fl. 136-142.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

que el régimen que gobierna su auxilio de cesantías es el correspondiente a los empleados del orden municipal.

Así las cosas, describió que el régimen territorial está integrado por los artículos 17 de la Ley 6 de 1945, artículo 1º de la Ley 65 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947, conforme lo ha aleccionado el H. Consejo de Estado.

Aludió que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado como una cuenta nacional por la Ley 91 de 1989, ocupándose inicialmente en lo que respecta a las cesantías de los docentes nacionales y nacionalizados; luego la Ley 60 de 1993, artículo 6º dispuso la incorporación de los docentes territoriales al Fondo siendo reglamentado tal proceso por el artículo 4º del Decreto 196 de 1995 el cual instruye:

Artículo 4º.- *Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional. Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.*

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se registrarán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo.- *Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagaran con cargo al situado fiscal.*

En consecuencia, concluyó que el régimen prestacional con el cual se ha debido liquidar y cancelar las cesantías al señor Enrique Manuel Jiménez Sánchez, es el de retroactividad, por ser un docente municipal cofinanciado; por lo tanto, instó se declare la nulidad del acto administrativo acusado.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.2. Acto administrativo demandado.

Con la demanda se pretende la nulidad de la Resolución No. 0982 del 12 de noviembre de 2014, por la cual se reconoció y ordeno el pago de una cesantía parcial al señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ.

7.3. Problema jurídico.

Conforme el marco establecido en la etapa de fijación del litigio, dentro de la audiencia inicial celebrada en el sub judice, el problema jurídico se centra en determinar si *¿el señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ tiene derecho a que se le reconozca el auxilio de cesantías con base en el último salario devengado, en forma retroactiva, o si por el contrario es acreedor del régimen anualizado de conformidad con lo establecido en la ley 91 de 1989?*

Con el objeto de resolver lo anterior, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) Auxilio de cesantías de los empleados públicos de orden territorial; (ii) Premisa normativa -Ley 91 de 1989-; y (iii) Caso concreto.

7.4. Auxilio de cesantías de los empleados públicos de orden territorial.

Como una forma de ilustrar este tópico, la Sala citará el concepto emitido sobre esta temática por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 22 de agosto 2002¹⁶, en el que se narró parte del desarrollo que ha tenido esta prestación social:

“Las leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, tuvieron aplicación inicial para el sector público en los órdenes nacional, seccional y local. Tales normas contemplaron el derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado a razón de un mes de

¹⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce, veintidós (22) de agosto de dos mil dos(2.002) Radicación número: 1448

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

suelo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por las fracciones de año. Para efectos de su liquidación se dispuso tener en cuenta el último salario fijo devengado –a menos que hubiere tenido variación en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se haría por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses– y todo lo recibido por el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones. La preceptiva jurídica no contemplaba hasta este momento pago alguno por concepto de intereses.

Así, el régimen de cesantías tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre. (...)

(...) con la expedición del decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público – particularmente en la rama ejecutiva nacional - el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, “...el cual beneficia al empleador en la medida en que rebaja el monto de la carga prestacional, pero a cambio, el trabajador por su parte puede verse favorecido con aumentos salariales mayores.” El nuevo régimen contempló, para proteger el auxilio contra la depreciación monetaria y en cierta manera para compensar la desventaja por la supresión de la retroactividad, el pago de intereses sobre las cesantías por el Fondo a sus afiliados. Cabe resaltar que en este régimen corresponde al Fondo pagar los intereses señalados en la ley mediante la administración de las sumas que por doceavas partes depositan en él las entidades mencionadas, equivalentes a las cesantías anuales. Este sistema refleja de mejor manera la realidad laboral, en el sentido que la prestación se liquida con base en lo que real y efectivamente ha devengado el trabajador en toda su vida laboral.

No obstante lo anterior, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1.945 y los artículos 1º del Decreto 2767/45, 1º de la Ley 65/46 y 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160/47, normatividad que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses” (subrayado de la Sala).

Como puede advertirse desde su establecimiento, el reconocimiento del auxilio de cesantías se erigió bajo la fórmula de liquidación con retroactividad para todos los servidores independientemente del nivel de la administración al actual se encontraran vinculados; ello hasta cuando fue expedido el Decreto 3138 de 1968 que propició el cambio al método de liquidación anual con pago de intereses, sólo que el mismo se estableció a favor de los empleados del orden nacional.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

Ahora bien, ese régimen anualizado que empezó con el decreto antes mencionado, irrumpió con efectos sólo frente a los empleados del orden nacional, no así en relación con los territoriales, a quienes sólo les fue aplicable un régimen de liquidación anual a partir de la Ley 344 de 1996, la cual hizo extensivo el régimen de liquidación anual que ya había sido previsto para los trabajadores particulares por virtud de la Ley 50 de 1990, con afiliación a fondos administradores de cesantías privados; teniendo concreción esa aplicación a partir de la expedición del Decreto 1582 de 1998 (10 de agosto)¹⁷, el cual dispuso que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996, que se afiliaran a los fondos privados de cesantías, sería el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.

7.5. Premisa normativa -Ley 91 de 1989-.

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.

Esta normativa 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 1975¹⁸.

Así mismo, 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 promulgación¹⁹ y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, a su turno en el numeral 2º se establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los

¹⁷ Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.

¹⁸ 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 planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional*”.

¹⁹ Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

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.

Por su parte, el Parágrafo del artículo 2° de la normativa en cita, enuncia 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.

Luego, el numeral 1° 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 1° 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 1° 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 3° del artículo 15 *ibídem* señala que a favor de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el pago por parte del Fondo de Prestaciones Sociales de un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año.

De otra parte, 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 1° 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

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

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.

Así las cosas, 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.

Igualmente, 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 1 de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En conclusión, respecto al régimen que gobierna al personal docente oficial, se advierte que para la liquidación de 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 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

7.6. Caso Concreto

La Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Que el señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ, mediante Decreto N° 168 del 17 de septiembre de 1992²⁰, expedido por la Alcaldía Municipal de San Marcos- Sucre, fue nombrado en propiedad como docente en el Centro Educativo Las Balsas de dicho Municipio, posesionándose el día 21 de septiembre siguiente²¹.

²⁰ Fl. 17.

²¹ Fl. 18, esto también es corroborado con el certificado de tiempo de servicio obrante a folio 125.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

- El 24 de julio de 2013, mediante solicitud radicada 2013-CES-026850²², el demandante presentó solicitud ante la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, para que se le reconociera y pagara las cesantías con base en el régimen retroactivo; petición resuelta a través de la Resolución N° 0982 del 12 de noviembre de 2013²³, liquidando sus cesantías con el sistema anualizado.

Con fundamento en lo probado, se entrará a determinar si la liquidación del demandante fue liquidada en debida forma, atendiendo la regulación prevista en la Ley 91 de 1989, que creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y regulo lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales y los vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma.

Concretamente, al referirse al tema de las cesantías, el numeral 3 del artículo 15 de la ley citada ibídem estableció:

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.

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. (Negrilla de la Sala).

²² Fl. 14. Así lo detalla el acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales.

²³ Fl. 14

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

De acuerdo con el canon normativo en cita, así como los elementos materiales probatorios allegados al expediente, esta Colegiatura concluye sin lugar a dudas que la situación del demandante, se encuentra en los términos del literal B de la norma aludida.

La anterior conclusión, se infiere atendiendo a que el literal A *ibídem* manifiesta que sólo los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, son los beneficiarios del régimen de retroactividad en la liquidación del auxilio de cesantías.

Así las cosas, al examinar la vinculación del señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ al Municipio de San Marcos, se advierte que fue nombrado por el Alcalde Municipal como docente mediante Decreto N° 168 del 17 de septiembre de 1992, tomando posesión del cargo el día 21 de septiembre del mismo año, siendo adscrito a la Escuela Rural de Calle Larga de esa municipalidad hasta el 11 de marzo de 1998, cuando fue trasladado al Centro Educativo Las Balsas de la misma población, según lo corrobora el certificado de tiempo de servicio, elaborado por el Líder de Programa Administrativo y Financiero de la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre (fl. 125).

En efecto, atendiendo a los supuestos antes examinados, se concluye que para efectos de la liquidación de las cesantías, la situación del actor encuadra en el sistema anualizado con reconocimiento de intereses, como lo prevé el literal B del numeral 3 de la ley 91 de 1989, dado que su vinculación como docente del Municipio de San Marcos se realizó con posterioridad al 1 de enero de 1990²⁴, exactamente según se apuntó el 17 de septiembre de 1992.

De otra parte, es menester señalar que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que estableció un nuevo régimen de cesantías para las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado, manifiesta que dicho régimen será aplicable sin “(...) *perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, por lo que dicha norma excluye de su aplicación a los docentes que se les aplique la ley 91 de 1989, como es el caso del actor.

Además, cabe destacar que contrario a lo sostenido por el Agente del Ministerio Público, en el sentido en que el derecho a la liquidación de cesantías retroactivas

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 25 de marzo de 2010, Rad. I. N° 0620-09.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

obedece a la calidad como docente municipal cofinanciado del demandante, esta prerrogativa no obedece a esta calificación, sino a los parámetros determinados por la Ley 91 de 1989, la cual reglamenta específicamente en materia de los docentes oficiales lo concerniente a quienes gozan del régimen de cesantías retroactivas y anualizadas, en los términos ya examinados en el numeral 3 del artículo 15 del canon en cita.

En consecuencia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidó la prestación social aludida en base a la normatividad especial aplicable a los docentes, esto es la ley 91 de 1989; en ese orden, se computó sus cesantías parciales reportadas en los años 2008 al 2012.

Luego entonces, se considera la Sala que el acto administrativo censurado, se encuentra ajustado a derecho, puesto que la liquidación del auxilio de cesantías del actor se efectuó en los términos de la norma que gobernaba la situación del demandante; por esta razón, se declarará probada la excepción de inexistencias de la obligación, argüida por la parte demandada.

7.7. Condena en Costas

En lo que respecta a la condena en costas, 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, al ser imprósperas las pretensiones de la demanda se condena en costas al señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

VIII. CONCLUSIÓN

Como respuesta al problema jurídico planteado anteriormente, se determina que el demandante es acreedor del régimen anualizado de conformidad con lo establecido en la ley 91 de 1989, por cuanto fue vinculado con posterioridad al 1º de enero de 1990 como docente al servicio del Municipio de San Marcos, luego el régimen de cesantías retroactivas sólo es predicable a favor de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989; así las cosas, al ser expedida la

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00137-00
Actor: ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Demandados: NACIÓN- MIN. EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO AUXILIO DE CESANTÍAS- RÉGIMEN RETROACTIVO

Resolución N° 0982 de 12 de noviembre de 2013, con los supuestos de la Ley 91 de 1989 se concluye que el acto administrativo enjuiciado, empleó las normas aplicables al demandante.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE - SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por la apoderada de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en consecuencia **NEGAR** las pretensiones de la demanda; por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR en costas al señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ, conforme lo establece el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación y **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 039.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado