Cartagena de Indias, D T. y C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-23-33-000-2017-00591-00**
Demandante	**PEDRO MÚÑOZ ALVIS**
Demandado	**NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG**
Tema	*Régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- nombramiento con posterioridad al 1 de enero de 1990*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 de Decisión de esta Corporación, decide en primera el proceso de la referencia, iniciado por PEDRO MÚÑOZ ALVIS, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG.

III.- ANTECEDENTES

3.1 Demanda[1]

3.1.1 Pretensiones[2]

Se transcriben literalmente:

> *"1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 3951 del 26 de diciembre de 2016, por la cual le reconocen al demandante la suma de $36.185.568, por concepto de cesantías parciales, descontándole $17.051.222 por concepto de cesantías parciales ya pagadas, girándole la suma de $19.134.346; aplicándole régimen de liquidación anualizada de cesantías.*
>
> *2. Declarar que a mi representado en su condición de docente territorial vinculado antes del 31 de diciembre de 1996 se le debe aplicar el régimen de liquidación retroactiva de cesantías.*
>
> *En consecuencia, de la anterior declaración sírvase:*
>
> *2. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a que*

[1] Folio 1-10 (fol. 1-9 exp. digital)
[2] Folio 1-2 (fol. 1-2 exp. digital)

reconozca a favor de mi mandante, sus cesantías con, aplicación del régimen de liquidación retroactiva.

3. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que pague a favor de mi mandante las diferencias entre la liquidación parcial de cesantías efectuada con aplicación del régimen anualizado de cesantías y el valor al que tiene derecho de acuerdo al régimen que le es aplicable, de cesantías retroactivas.

4. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que pague todas las sumas resultantes de las condenas dineradas Indexadas

5. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que cumpla la sentencia en los términos del CPACA

6. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que pague Costas y agencias en derecho".

3.1.2. Hechos[3]

Manifestó que, se desempeña como docente oficial al servicio del Departamento de Bolívar, nombrado mediante Decreto No. 128 del 20 de marzo de 1992 en el Instituto Técnico Industrial Don Bosco del Municipio de Arjona, tomando posesión el 5 de abril del mismo año, nombramiento que se efectuó de carácter municipal.

Agregó que, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales el 7 de septiembre de 2016, siendo reconocida mediante Resolución No. 3651 del 26 de diciembre de 2016, notificada el 6 de enero de 2017, por la suma de $36.185.568, descontándole $17.051.222 por concepto de cesantías parciales ya pagadas, y girándole una suma de $19.134.346, aplicándole un régimen anualizado de cesantías.

A su juicio, por el tipo de nombramiento como territorial, efectuado antes del 31 de diciembre de 1996 se le debió aplicar el régimen de liquidación retroactiva de cesantías.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Como normas violadas se alegan los siguientes:

- Ley 812 de 2003.
- Articulo 81 2. Artículo 17 de la ley 6 de 1945
- Artículo 1° del decreto 2767 de 1945

[3] Folio 1(fol. 1 exp. digital)

- Artículo 1° de la ley 65 de 1946
- Artículo 6° del decreto 1160 de 1947
- Decretos 2755 de 1966
- Ley 344 de 1996, articulo 13
- Decreto 1582 de agosto 5 de 1998

Aduce que, la vigencia de la Ley 812 de 2013, ocurre el 26 de junio de 2003, por lo que, al confrontar dicha fecha, con la de vinculación del demandante al magisterio oficial, y el tipo de nombramiento - territorial – se concluye a priori que el régimen que le es aplicable en materia prestacional, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812.

Agregó que, el acto demandado incurre en infracción de las normas en que debió fundarse, las cuales son el artículo 17 de la ley 6 de 1945, artículo 1° del Decreto 2767 de 1945, artículo 1° de la ley 65 de 1946, artículo 6° del Decreto 1160 de 1947 que determinan la fórmula de liquidación retroactiva de las cesantías de los empleados nacionales y territoriales antes de que se modificara el régimen de los nacionales mediante el Decreto No. 3118 de 1968, convirtiéndolas en anualizadas.

Finalizó poniendo de presente que, al ser nombrado con carácter de docente territorial, mediante acto administrativo suscrito por el Gobernador, antes del 31 de diciembre de 1996, sin autorización del Ministerio de Educación Nacional, se le debe aplicar en materia de liquidación de cesantías el régimen de retroactividad, acudiendo a lo indicado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual también resulta ser inaplicado en el acto cuestionado.

3.2 ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue presentada y repartida el día 15 de junio de 2017[4], siendo inadmitida por auto del 15 de febrero de 2018[5], siendo subsanada por la parte demandante[6], y admitida por proveído del 22 de junio de 2018[7].

-La citada providencia se notificó el 13 de marzo de 2019[8].

- La demanda no fue contestada por la parte demandada.

[4] Fol. 40 (doc. 43 exp. digital)
[5] Fol. 45 (doc. 48-49 exp. digital)
[6] Fol. 47 (doc. 52 exp. digital)
[7] Fol. 51-52 (doc. 56-57 exp. digital)
[8] Fols. 57-58 (doc. 65-66 exp. digital)

- Por auto del 21 de octubre de 2020[9], se ofició al Municipio de El Carmen de Bolívar y a la Secretaría de Educación Departamental allegar unas documentales y corrió traslado para alegar de conclusión a las partes[10].

- Mediante auto del 16 de julio de 2021, se da apertura al incidente de desacato contra el alcalde del Municipio de El Carmen de Bolívar y a la Secretaria de Educación Departamental, por incumplimiento al requerimiento realizado[11].

-A través de providencia del 29 de marzo de 2022, se declara la terminación del trámite incidental[12].

3.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada no allegó contestación de la demanda.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Las partes en litigio no presentaron alegatos de conclusión.

3.6.2. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

V. CONSIDERACIONES

5.2. Problema jurídico

El caso bajo estudio, se circunscribe en determinar si:

> *¿El señor Pedro Muñoz Alvis tiene derecho o no, a la liquidación de las cesantías parciales conforme al régimen retroactivo, pese a que su vinculación al magisterio fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989?*

5.3. Tesis de la Sala

La Sala denegará las pretensiones de la demanda, por cuanto se considera que el demandante no tiene derecho a beneficiarse del régimen retroactivo de cesantías, ya que en aplicación de las normas de la Ley 91 de 1989, por

[9] Fols. 60(doc. 68-69 exp. digital)
[11] Fol. 68-69(doc. 69-82 exp. digital)
[12] Doc. 04 exp. digital

haberse vinculado a la docencia con posterioridad al 1 enero de 1990, la liquidación de sus cesantías se realiza cada año, tal y como así lo realizó la entidad en el acto administrativo demandado.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Sistema de liquidación de cesantías de los docentes[13].

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el fin de atender *«las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella»,* estableció la liquidación anual de las cesantías de sus afiliados, con algunas circunstancias excepcionales en el momento de su promulgación, así:

> *«Artículo 2.°*
> *[…]*
> *Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *[…]Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, 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. […]*
>
> *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*:
>
> *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*. Subrayado nuestro
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos 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.*
> *[…]*

---

[13] Ver sentencias: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D.C., 12 de mayo de 2022, Radicación: 20001-23-39-000-2015-00127-02 No. Interno: 0272-2021.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022), Radicado : 52001233300020160060801, No. Interno : 3941 – 2019.

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 1 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 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, acumulados 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».

Conforme las normas trascritas, se establece una distinción entre los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para quienes 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, es decir, con aplicación del régimen retroactivo de cesantías. Por su parte, los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y los nacionales vinculados desde antes, solo en lo atinente a las cesantías que se causen desde el 1° de enero 1990, el Fondo pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, valga decir, las cesantías se reconocerán con el régimen anualizado.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al decidir casos similares ha establecido que los docentes que ingresaron al sector oficial con posterioridad al 1° de enero de 1990, independientemente de ser designados por el alcalde o gobernador de un ente territorial u ostentar la calidad de financiados con recursos propios, se rigen por las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, que en materia de cesantías, prevén la liquidación bajo el sistema anualizado.

Por todo lo anterior, se definió que los docentes que ingresaron con posterioridad al 1 de enero de 1990, por el solo hecho de ser designados por el

alcalde o gobernador no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[…] 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», y concretamente frente a las cesantías, dispuso que el FOMAG reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

5.5.1 CASO CONCRETO

5.5.1.1 Hechos relevantes probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico lo siguiente:

- Resolución No. 3951 del 26 de diciembre de 2016, por el cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial al demandante[14].
- Formatos únicos de historia laboral del actor[15].
- Certificado laboral[16].
- Formatos de salarios[17].
- Decreto 128 del 20 de marzo de 1992, expedido por la Alcaldía Municipal de El Carmen de Bolívar, por la cual se nombra en propiedad al demandante[18].
- Acta de posesión del 20 de marzo de 1992[19].
- Acta de posesión del 13 de abril de 1993[20].

5.5.1.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, se pretende la nulidad parcial de la Resolución No. 3951 del 26 de diciembre de 2016, por el cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial al demandante.

Se encuentra probado que, el señor Pedro Muñoz Alvis fue nombrado en propiedad mediante Decreto 128 del 20 de marzo de 1992, expedido por la Alcaldía Municipal de El Carmen de Bolívar, en la Escuela Mixta Buenos Aires grado 1[21], posesionado en la misma fecha[22]. De igual forma, obra en el

[14] Fol. 16 (fol. 17-18 exp. Digital)
[15] Fols. 19-21 (fol. 22-24 exp. Digital)
[16] Fol. 22-26 (doc. 25-29 exp. digital)
[17] Fols. 27-29 (doc. 30-32 exp. digital)
[18] Fols. 48(doc. 53) y doc. 09 exp. digital)
[19] Fols. 49(doc. 54) y doc. 10 exp. digital)
[20] Doc. 11 exp. digital)
[21] Fols. 48(doc. 53) y doc. 09 exp. digital)
[22] Fols. 49(doc. 54) y doc. 10 exp. digital)

expediente un acta de posesión del 13 de abril de 1993[23], en el que se avizora que fue nombrado mediante Resolución No. 573 del 5 de abril del mismo año, en el cargo de docente en el área de educación física por el sistema de horas cátedras en el Instituto Técnico Industrial Juan Federico H., por el mismo alcalde municipal.

Sin embargo, advierte esta Sala que, del formato de historia laboral se desprende que, el demandante fue nombrado mediante Decreto 128 del 20 de marzo de 1992 en el Instituto Técnico Industrial Don Bosco, presentándose una inconsistencia entre lo establecido en los documentos arrimados y la información que reposa en dicho certificado.

Del formato único de historia laboral del actor[24], no se indica el tipo de cesantía que ostentaba el señor Muñoz Alvis, sin embargo, se evidencia que su nombramiento es de tipo municipal en propiedad como directivo docente, información que se corrobora con el certificado laboral allegado [25] , adicionalmente en dicho documento se establece que los factores para aporte se rigen por la Ley 812 de 1990.

De acuerdo al marco normativo reseñado en antelación y teniendo en cuenta que el señor Pedro Muñoz Alvis se vinculó en propiedad como docente municipal en fecha 20 de marzo de 1992, se establece que no tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías con base en el sistema retroactivo, pues para ello es requisito necesario haber sido vinculado como docente con anterioridad al 1 de enero de 1990, es decir , el 31 de diciembre de 1989 conforme lo dispone la Ley 91 de 1989, situación fáctica que no acredita el demandante, teniendo en cuenta la fecha en que tomó posesión como docente en el municipio de el Carmen de Bolívar.

Los educadores nombrados con posterioridad al 1 de enero de 1990, como es el caso del actor, se encuentran cobijados por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que estableció que dichos docentes se regirían por las disposiciones previstas para los empleados públicos del orden nacional, además, contempló en su literal b) del numeral 3 ibídem la liquidación de la mencionada prestación social en forma anualizada y no retroactiva, sistema que comporta el pago de un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período (anual) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre el ahorro o el acumulado de cesantías a 31 de diciembre de cada anualidad, valores que por disposición legal son notificado año a año a los titulares.

---

[23] Doc. 11 exp. digital)
[24] Fols. 19-21 (fol. 22-24 exp. Digital)
[25] Fol. 22-26 (doc. 25-29 exp. digital)

Adicionalmente, es necesario aclarar que pese a acreditarse que el decreto de nombramiento del actor fue suscrito por el alcalde municipal de el Carmen de Bolívar, ello no le otorga el carácter de territorial, pues se reitera que en virtud de su vinculación como docente el 20 de marzo de 1992, su situación fáctica y prestacional se encuentra regulada por la Ley 91 de 1989, normativa que no hizo distinción respecto de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, sino que estableció que en materia prestacional dichos educadores estarían regidos por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, de lo que se establece que el acto acusado se expidió conforme a la ley.

Por consiguiente, la Sala considera que el demandante no tiene derecho a beneficiarse del régimen retroactivo de cesantías, ya que en aplicación de las normas de la Ley 91 de 1989, por haberse vinculado a la docencia con posterioridad al 1 enero de 1990, la liquidación de sus cesantías se realiza cada año, tal y como así lo realizó la entidad en el acto administrativo demandado.

En ese orden de ideas, se denegarán las pretensiones de la demanda.

5.3. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *"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.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal".

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

De igual forma, se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado[26], ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de condena en costas, precisando que no se debe atender a la conducta de las partes para determinar su procedencia, es decir, si las mismas actuaron con temeridad o mala fe, por el contrario, su imposición atiende a aspectos objetivos relacionados con la causación de las costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, señor PEDRO MUÑOZ ALVIS, no obstante, se

[26] Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016; y sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). M.P. William Hernández Gómez.

encuentra demostrado que al momento de la interposición de la demanda el demandante se respaldó en fundamentos legales y jurisprudenciales, por lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, adicionalmente la entidad demandada no contestó la demanda por lo que no se probó haberse causado gastos en el proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por las razones aquí expuestas.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, si la misma no es apelada, procédase al **ARCHIVO,** previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión virtual No.028 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ