

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13001-23-33-000-2017-00770-00
Demandante	Rosa Elena Escobar Vergara
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Vinculado Departamento de Bolívar - Municipio de Soplaviento (Bol)
Tema	Cesantías retroactivas
Magistrado Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora ROSA ELENA ESCOBAR VERGARA contra la Nación Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento de Bolívar - Municipio de Soplaviento (Bol)

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

Mediante escrito presentado el 22 de febrero de 2017, por intermedio de apoderado judicial, la señora ROSA ELENA ESCOBAR VERGARA, interpuso

¹ Fl. 3 – 4 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf.

demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el Departamento de Bolívar. En dicha demanda se formularon las siguientes pretensiones:

“1. Se declare la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN No 2380 DEL 19 DE AGOSTO DE 2016, expedida por el Dr. MANUEL ANTONIO AZUERO ANGULO, en calidad de Secretario de Educación del Departamento de Bolívar por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTÍA PARCIAL a la docente ROSA ELENA ESCOBAR VERGARA.

2. Se declare que el(la) docente ROSA ELENA ESCOBAR VERGARA A tiene derecho a que la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) le reconozca y pague a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-VINCULADO DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-MUNICIPIO DE SOPLAVIENTO, (por tener interés en las resultas del proceso) la CESANTÍA PARCIAL de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente, a través de la posesión del cargo realizado el día 21 DE ENERO DE 1992, mediante DECRETO No. 470 DEL 21 DE ENERO DE 1992, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la solicitud de cesantías, con la totalidad de los factores salariales, de conformidad con la Ley 60 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, ley 91 de 1989, ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva.

3. Se declare que el (la) docente ROSA ELENA ESCOBAR VERGARA, tiene derecho a que la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, VINCULADO Departamento de Bolívar-Municipio de Soplaviento (por tener interés en las resultas del proceso), liquide, reconozca y pague sus cesantías de manera retroactiva, conforme a la Ley 60 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva.

CONDENAS

1. Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, VINCULADO Departamento de Bolívar-Municipio de Soplaviento (por tener interés en las resultas del proceso) a pagar el valor de treinta y ocho millones setecientos setenta y siete mil quinientos seis pesos (\$38.777.506), que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la RESOLUCIÓN No 2360 DEL 19 DE AGOSTO DE 2016,



equivalente a \$32.874.021, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTÍA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 21 DE ENERO DE 1992, momento desde el cual se vincula como docente, es decir la suma de \$71.651.527

2. Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, VINCULADO Departamento de Bolívar-Municipio de Soplaviento (por tener interés en las resultas del proceso) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento de presentación de esta demanda, hasta el momento en que la entidad efectúe el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.

3. Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011

4. Condenar a la entidad demandada a que, sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011.

5. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011. 6. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 del 2011".

3.1.2. HECHOS²

Se afirma en la demanda que la señora Rosa Elena Escobar Vergara ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento de Bolívar Municipio de Soplaviento (Bol), desde su nombramiento el 21 de enero de 1992 y hasta la fecha de la solicitud de cesantías como docente.

Manifiesta que mediante formato entregado por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

² Fl. 4 – 5 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf.

Magisterio, presentó el 7 de julio de 2016 solicitud para el reconocimiento y pago de su cesantía parcial.

Que la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución 2360 del 19 de agosto de 2016, reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial de mi mandante, en cuantía de \$ 16.924.021.

Señala que a pesar de la fecha su vinculación la(s) entidad(es) demandada(s) aplicó(aron) a efectos de liquidar su cesantía parcial el régimen contemplado en el literal B), numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica que la resolución 2360 del 19 de agosto de 2016, fue notificada el 1 de septiembre de 2016.

Por último, manifiesta que presentó solicitud en las Procuradurías Delegadas ante los Juzgados Administrativos audiencia de Conciliación Extrajudicial como requisito de procedibilidad; trámite que se declaró fallido, como puede observarse en el plenario.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

II NORMAS VIOLADAS LEGALES: la Ley 6 de 1945, artículos 12 y 17, literal a); Decreto 2767 de 1945, artículo 1°; Ley 65 de 1946, artículo 1°; Decreto 1160 de 1947, artículo 1°, 2°, 5° y 6°; Decreto 1848 de 1969, artículo 89; Decreto 1045 de 1978, artículos 5, 40 y 45; Decreto 2563 de 1990, artículos 7° y 9°; Ley 40 de 1992, artículo 2° literal a); Ley 60 de 1993, artículo 6°; Ley 115 de 1994, artículo 176; Decreto 196 de 1995, artículo 5°; Ley 344 de 1996, artículo 13; Decreto 1582 de 1998, artículo 1°; Ley 1071 del 2006, artículo 5° parágrafo; y demás normas subsidiarias y complementarias; Sentencias de la Honorable Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia.

CONSTITUCIONALES: Constitución Nacional, Artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122.

³ Fl. 4 – 23 archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf

Como concepto de la violación sostuvo, en síntesis, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías (tanto parciales como definitivas) para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha - 1º de enero de 1997 -, surge un nuevo esquema en la liquidación de las prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales, imponiéndose una liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservaran el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio prestado, aumentando considerablemente el monto de cesantías liquidado y efectivamente pagado.

Conforme a lo anterior, estima que la demandante tiene derecho a que en el reconocimiento y pago de su CESANTÍA PARCIAL, la entidad demandada aplique lo contenido en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y demás normas que consagran su pago en forma retroactiva, no solamente en el presente caso, sino como una obligación futura, pues el el auxilio de cesantía puede solicitarse de manera parcial, según las voces de la normatividad explicada y en especial en los Decretos 2755 de 1966 y 888 de 1991.

3.2. CONTESTACIÓN⁴

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando, en primer lugar, que la demandante prestó sus servicios como docente desde el 21 de enero de 1992 de manera Interrumpida, y que este nombramiento se realizó:

l) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 el cual Inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980, y en esa medida se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989, para todos los docentes que se

⁴ Fl. 161 – 167 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf.

incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.

De Igual manera indicó que no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a Ingreso, ascenso y prestaciones. Independientemente de su carácter.

Finalmente, explicó que no le asiste razón a la parte demandante al señalar que por ser una docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, porque el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1º de enero de 1990, siendo el caso concreto el día 21 de enero de 1992.

En este orden de ideas aseguró que el artículo 15 de la ley 91 de 1989, determinó que los docentes que se vincularan a partir del 01 de enero de 1990, serían regidos por la normatividad aplicable a los empleados del orden nacional, regla aplicable a la demandante, dado que como señaló, su vinculación al servicio de docente se produjo el 24 de abril de 1995.

Por consiguiente, estima que el régimen aplicable a la demandante es el anualizado sin retroactividad previsto en el literal B del numeral 3 del mencionado artículo 15.

Por lo anterior, solicitó la entidad que se acoja a lo dispuesto en las normas precedentes para dar solución al presente caso, en tanto que estas normas instruyen en la interpretación que los operadores judiciales deben darle a la ley y sean negadas las pretensiones de la demanda.

3.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue conocida por el Tribunal Administrativo de Bolívar siendo admitida mediante auto de fecha 21 de enero de 2016⁵.

⁵ Fl. 137 – 142 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf.

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN⁶

Ambas partes presentaron alegatos de conclusión, en los que esencialmente reiteraron los argumentos expuestos tanto en la demanda, como en la contestación.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello se procede a dictar sentencia de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos tributarios, cuando la cuantía sea superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como sucede en este caso.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si el acto administrativo demandado, por medio del cual se liquidó una cesantía definitiva a favor del hoy demandante, ha de ser revocado parcialmente en razón a lo expuesto por la parte actora en el sentido que la liquidación de dicha prestación debió hacerse de conformidad con el contenido de la Ley 344 de 1996; o si, por el contrario, la liquidación contenida en tal acto

⁶ Fl. 161 - 177 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf.

obedece a la normatividad aplicable para el caso concreto, evento en el cual se confirmará la legalidad del acto impugnado, con la consecuente desestimación de las pretensiones de la demanda.

5.2. TESIS

La Sala sostendrá como tesis que no hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados al no encontrarse probados los cargos de nulidad invocados en la demanda. Al respecto, se sustentará que la interpretación que sobre su situación y las normas aplicables efectuó la actora, no obedecen a la realidad jurídica, en la medida en que las disposiciones son claras en prever que basta con revisar la fecha de vinculación como docente para establecer cuál es el régimen de cesantías del que se es beneficiario, siendo, en este caso, el anualizado, como acertadamente se determinó en el acto administrativo acusado.

5.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.3.1. Ley 91 de 1989

A través de la Ley 91 de 1989, el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Más precisamente, dispuso la norma:

"Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

- 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
- 2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
- 3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*



Rad. 13001-23-33-000-2017-00770-00

PARÁGRAFO - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad".

Establece el marco normativo de competencias en medio del cual el Fondo debe ejercer su tarea principal, esto es, atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes o después de la expedición de la norma y define las competencias de la Nación y de las entidades territoriales de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.

3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o



las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales. la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

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".

La norma crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el

Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad".

Determinó las fuentes de donde provendrán los recursos para que el Fondo funcione; la prohibición de destinarlos para asuntos diferentes al pago de las prestaciones del Magisterio y lo que tiene que ver con los procedimientos para la realización de convenios con las entidades territoriales para el cumplimiento de sus funciones y objetivos, en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, entre los cuales se destacan los siguientes:

(i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales que contrata con ciertas entidades, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta el Consejo Directivo del Fondo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iv) propender porque todas las entidades deudoras del FOMAG cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Precisó las normas a aplicar por el FOMAG para el cumplimiento de su misión principal, esto es, el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, de la siguiente manera:

"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.

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 registrarán 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".

En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3° del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

"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, 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 conformidad con el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989, se establece que, para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no se ha modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último mes.

De igual manera, 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 el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la

comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Igualmente, la citada Ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen retroactivo que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por lo que las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

Así entonces, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el FOMAG, creado como un patrimonio autónomo que mediante la celebración de un contrato de fiducia pública, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, con el objeto de recaudar los recursos destinados a dicha finalidad.

Posteriormente, la Ley 812 de 2003, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos relevantes probados

5.6.2 Copia simple de la Cédula de Ciudadanía de la demandante⁷.

⁷ Folio 37 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf

5.6.3 Copia simple de la Resolución parcialmente demandada⁸.

5.6.4 Copia simple del acto administrativo de posesión⁹.

5.6.5 Acta de Conciliación Fallida y/o Certificación de No Conciliación proveniente de la Procuraduría Delegada ante los Juzgados Administrativos¹⁰.

5.6.6 Certificado de historia laboral de la demandante¹¹.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Aplicado el marco normativo y jurisprudencial expuesto a los hechos relevantes probados, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

En el presente caso nos encontramos frente a un acto de carácter particular, es decir, que a través del mismo se adoptó una decisión administrativa frente a la situación jurídica concreta de la accionante.

Tal como se estableció al momento de la fijación del litigio, la controversia se centra en determinar si le asiste derecho a la demandante, en que sus cesantías sean reconocidas, liquidadas y pagadas acorde con el régimen de cesantías con retroactividad conforme lo dispone la ley 344 de 1996, ley 6ª de 1945 y decreto 196 de 1995; o si, por el contrario, las cesantías estuvieron bien liquidadas.

En el caso que nos ocupa, la señora Rosa Elena Escobar Vergara fue nombrada mediante Decreto N° 470 al servicio público como docente el 21 de enero de 1992¹².

Así las cosas, y en aras de no desobedecer el ordenamiento jurídico que regula la materia, soporte de esta decisión, la cesantía reclamada por el

⁸ Folio 30-31 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf

⁹ Folio 34 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf

¹⁰ Folio 38-39 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf

¹¹ Folio 35 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf

¹² Folio 30 del archivo digital RADICADO N°13001233300020170077000.pdf.

accionante bien fue reconocida por el sistema anualizado, atendiendo que su vinculación se produjo con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

La prescripción que hace el numeral 3º literal B) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en virtud de la cual el reconocimiento y pago de las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, con un interés anual sobre el saldo existente a 31 de diciembre de cada año, recae sobre los docentes nacionales, nacionalizados y los docentes que se vinculen después de dicha fecha.

Así, frente al argumento según el cual, el sistema de liquidación de la cesantía de la parte actora, es el de la retroactividad, en concordancia con el artículo 5º del Decreto 196 de 1995, que establece que a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios, se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran al momento de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no resulta aplicable al caso particular, en razón de que el silogismo no se construye de manera correcta, sino que parte de una premisa equivocada, cual es la de considerar que el régimen de liquidación de cesantías de la demandante, al momento de su afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, era el establecido en las normas anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, que consagraban la retroactividad de las cesantías para los docentes territoriales, cuando en realidad lo es, el sistema que introdujo esta normatividad, es decir, el sistema de liquidación anual de esta prerrogativa laboral, dada la vinculación del actora como docente en el año 1992.

Entonces, cuando se expide el Decreto de nombramiento de la parte actora, y en cumplimiento de esta normatividad se afilia a la docente demandante al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, claro que le debía ser respetado el régimen prestacional que la acompañaba desde el momento de su vinculación, y que no era otro que el consagrado en la Ley 91 de 1989, es decir, el régimen anualizado de liquidación de cesantías.

De lo anterior, se concluye que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidó de manera correcta la cesantía, reconociendo las sumas liquidadas anualmente, puesto que su vinculación se presentó

después de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, por lo cual no le es aplicable la liquidación de las cesantías en forma retroactiva¹³.

No se puede hablar de derechos adquiridos, porque como lo ha reiterado el Honorable Consejo de Estado, los derechos adquiridos resultan aplicables frente a situaciones jurídicas consolidadas y no respecto de aquellas que no han sido incorporadas de manera definitiva al patrimonio del titular y que, por ende, constituyen meras expectativas.

Al respecto, el máximo Tribunal de antaño ha sostenido que la garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se obtiene el status de acuerdo con la Ley, a unas vacaciones consolidadas, vale decir, a todos los derechos que por el desempeño del empleo hacen parte del patrimonio del servidor público. De allí que dicha garantía se refiere exclusivamente a las situaciones jurídicas particulares y consolidadas; no a las regulaciones de carácter general y abstracto.

La Corte Constitucional, así mismo, se ha pronunciado sobre los derechos adquiridos respecto de la estabilidad de un régimen legal. Dijo la Corte en la sentencia C-279 de 1996 lo siguiente:

"En varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquel"¹⁴.

Menos aún podemos hablar de violación al derecho de igualdad cuando este concepto no debe atender a criterio de igualitarismo, es decir, las garantías que se reconocen en virtud de este principio no deben desconocer las diferencias que justifican un trato desigual y que permiten la creación de

¹³ Tribunal Administrativo de Nariño – Sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil catorce (2014) - Radicación: 2007 - 00106 (3911).

¹⁴ Sentencia C-279 del 24 de junio de 1976. Corte Constitucional. M.P: Dr. Hugo Palacios Mejía

una base de comparación. Así lo ha precisado en numerosas oportunidades nuestro Máximo Tribunal Constitucional al indicar que:

“El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas éstas que en justicia deben ser relevantes para el derecho (...)”¹⁵.

En lo atinente a la presunción de legalidad del acto demandado, de conformidad con decantada jurisprudencia del Consejo de Estado, es menester concluir que el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función o potestad administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la Ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o para la propia Administración, y que en el orden jurídico se presume su legalidad, es decir, su veracidad y, además, que fue dictado según la Ley y que su contenido es ajustado a derecho, mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Se trata de una presunción iuris tantum, o sea que admite prueba en contrario, pero por principio sólo puede ser desvirtuada ante el Juez administrativo y que fluye, como ha indicado el Consejo de Estado, del principio de legalidad como base de la actividad de la administración.

Por eso, el acto administrativo debe ser cumplido, obliga a los particulares y permite que la Administración pueda ejecutarlo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial, pues ya se indicó, su actividad está revestida de una presunción de legalidad de sus actos, que trae aparejado el deber del administrado de dar cumplimiento a los mismos.

La validez y eficacia del acto administrativo, depende de ciertos elementos esenciales, entre ellos, la competencia, la voluntad administrativa, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma, y puede ser anulado cuando

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-432 del veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

La presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto; correlativamente, dispensa a la Administración de estar probando en cada proceso que sus actos cumplen con los requisitos de validez. Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez, lo cual no sucedió en este caso¹⁶.

5.6.3. Condena en costas

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

El artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Conforme lo anterior, se condenará en costas a la parte demandante, dado que le resultó desfavorable el resultado del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810) Actor: SISTEMAS INTEGRADOS ELECTRICOS LTDA. SINTEL LTDA. Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.

VI.- FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

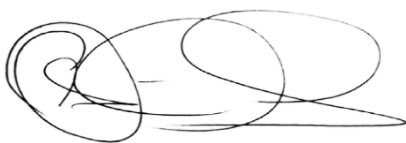
SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ