



13-001-23-33-000-2017-00708-00

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2017-00708-00
Demandante	GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS
Tema	Reconocimiento de cesantías
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, iniciado por la señora GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ, a través de apoderado, contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

"DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Se declare la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN No 3698 DEL 01 DE DICIEMBRE 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 mi mandante, docente GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ.
2. Se declare que el(la) docente GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ 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 SNATA CRUZ DE MOMPÓS, (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 el 08 de febrero de 1995, nombrado (a) mediante DECRETO No. 086 del 08 de febrero de 1995 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





13-001-23-33-000-2017-00708-00

con la Ley 6' 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 GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ, tiene derecho a que la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, VINCULADO Departamento de Bolívar- Municipio de Santa Cruz de Mompos (Bol) (por tener interés en las resultas del proceso), liquide, reconozca y pague sus cesantías de manera retroactiva, conforme a la Ley 6' de 1944, 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 Santa Cruz de Mompos- Bolívar (por tener interés en las resultas del proceso) a pagar el valor de cuarenta y cuatro millones seiscientos noventa y cuatro mil setecientos cuarenta y ocho pesos (\$44.694.748), que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la RESOLUCIÓN No 3698 del 01 de diciembre de 2016, equivalente a \$30.988.168, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTÍA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 08 de febrero de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$75.682.916.

2. Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, VINCULADO Departamento de Bolívar- Municipio de Santa Cruz de Mompos (Bol) (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 2º 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. (...)

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Manifiesta la accionante que se desempeña como docente oficial al servicio del Departamento de Bolívar- Municipio de Santa Cruz de Mompos, desde el 08 de febrero de 1995 hasta la fecha de solicitud de cesantías.
- Indica la demandante que el 07 de septiembre de 2016 solicitó reconocimiento y pago de su cesantía parcial; cuya petición fue resuelta mediante Resolución 3698 de 01 de diciembre de 2016.





13-001-23-33-000-2017-00708-00

- Señala la parte demandante que el demandado al liquidar la cesantía parcial, se basó en el régimen anualizado y no en el retroactivo.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

Artículos 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945; artículo 1º del Decreto 2767 de 1945, artículo 1º de la Ley 65 de 1946; artículo 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947; artículo 89 del Decreto 1848 de 1969; artículos 5, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; artículo 7 y 9 del Decreto 2563 de 1990; artículo 2 literal a de la ley 4ª de 1992; artículo 6º de la ley 60 de 1993; artículo 13 de la ley 344 de 1996; artículo 1º del Decreto 1582 de 1998; artículo 5º párrafo de la ley 1071 del 2006.

2. Contestación de la demanda.

2.1 Departamento de Bolívar¹

El Departamento de Bolívar en su escrito de contestación de la demanda se opuso a todas las pretensiones de la demanda; manifestó que el acto acusado fue expedido en virtud de las normas vigentes que han venido desmontado la retroactividad de las cesantías.

Propuso como excepciones la expedición regular del acto administrativo cuya nulidad se invoca, la falta de legitimación por pasiva y prescripción.

2.2. Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio².

El Ministerio de Educación en su escrito de contestación se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, alegando que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, compensación, la genérica o innominada y la buena fe.

¹ Folios 69-73.

² Folios 82-94.



13-001-23-33-000-2017-00708-00

3. Trámite procesal.

La demanda de la referencia, fue admitida por auto diez (10) de octubre de dos mil diecisiete (2017) (fls. 55-57). Las entidades demandadas fueron notificadas personalmente del auto admisorio el día treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018) (fl. 63).

Mediante providencia del 14 de diciembre de 2018 (fl. 103), se fijó fecha y hora para la realización de la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019) (fs. 106-111).

Finalmente, se procedió a cerrar la etapa probatoria, y a dar traslado a las partes, para alegar de conclusión por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes, de conformidad con lo previsto en el inciso 3° del artículo 181 del CPACA.

Vencido el término del traslado, pasó al Despacho para emitir la correspondiente sentencia que defina el litigio.

4. Alegaciones

4.1. De la parte accionante³.

La parte demandante en su escrito de alegatos solicitó se concedieran las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta.

4.2. De la parte accionada-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No presentó escrito de alegatos de conclusión.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, no presentó escrito de alegaciones en esta instancia.

³ Folio 179.



13-001-23-33-000-2017-00708-00

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la demanda en referencia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En primer lugar precisa la Sala, que la accionada Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso las excepciones de fondo de la inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, compensación, la genérica o innominada y la buena fe; como las mismas guardan relación directa con el fondo de la controversia, se resolverán conjuntamente con esta.

Una vez analizada la demanda, la Sala encuentra que el problema jurídico central, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Determinar si en el sub judice, las cesantías de la señora Geltrudys Alvarado López deben liquidarse con el régimen de liquidación retroactivo?

En caso de ser afirmativo el problema jurídico planteado, se concederán las pretensiones de la demanda, en caso contrario se denegarán.

3. TESIS

La Sala CONCEDERÁ las pretensiones de la demanda, toda vez que a la demandante le asiste el derecho a la liquidación de sus cesantías, conforme al régimen de liquidación retroactiva puesto que su vinculación se dio antes



13-001-23-33-000-2017-00708-00

del 30 de diciembre de 1996, es decir le es aplicable la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Cesantías, concepto y Marco Normativo.

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.

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 1975.

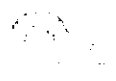
Haciendo alusión a la prestación social de la cesantía, esta se origina en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público; Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.⁴

Conforme a la liquidación de cesantías para el sector público, el Consejo de Estado jurisprudencialmente ha estipulado tres sistemas⁵:

"i) **Sistema retroactivo**, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; ii) De **liquidación definitiva anual** y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último iii) el **Sistema del Fondo Nacional de Ahorro** el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2008, número interno 9361-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 10 de febrero de 2011, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado Interno: 0088-10





13-001-23-33-000-2017-00708-00

adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación".

Cabe resaltar que la aplicabilidad de cada régimen debe hacerse en su totalidad, sin que puedan mezclarse sus contenidos normativos, de acuerdo al principio de inescindibilidad, es decir la aplicación íntegra de la norma.

Estipula el Consejo de Estado⁶ a través de jurisprudencia, que el Decreto 1582 de 1998 establece que la Ley 344 de 1996 rige para quienes fueron vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y quienes fueron vinculados antes de esta fecha se les puede aplicar esta normatividad siempre y cuando se acojan de forma expresa y voluntaria.

5. Caso concreto.

5.1 Hechos probados

Del material probatorio allegado al expediente, se tienen como probados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

1.1.1. Obra en el expediente Resolución No. 3698 del 01 de diciembre de 2016, proferido por la Secretaría de Educación Departamental, mediante la cual se le reconoce liquidación parcial de cesantías a la señora Geltrudys Alvarado López; igualmente obra notificación de dicha resolución de fecha 05 de diciembre de 2016. (fls. 27-28)

1.1.2. Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral de la señora Geltrudys Alvarado, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fls. 29-30)

1.1.3. Obra en el expediente Decreto No. 086 del 08 de febrero de 1995, mediante la cual se nombra a la señora Geltrudys Alvarado López en el cargo de maestra de la Escuela Rural Mixta de Villanueva y acta de posesión de la misma fecha. (fls. 31-32)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 0800123310009097701 (17052016), Sep. 28/17



13-001-23-33-000-2017-00708-00

En el sub judice, pretende la parte accionante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3698 del 01 de diciembre de 2016, mediante la cual se le reconoce liquidación parcial de cesantías, aplicando el régimen anualizado; en consecuencia solicita se le reconozca sus cesantías con aplicación del régimen de liquidación retroactivo, se pague las diferencias entre la liquidación parcial de cesantías efectuada con la liquidación del valor basado en el régimen que tiene derecho y se pague todas las sumas resultantes de las condenas dinerarias indexadas.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado. Precisa la Sala, que como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, que existen tres regímenes de liquidación de cesantías para el sector público, entre los cuales se destacan el sistema retroactivo (aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996), sistema anualizado (aplicable a las personas vinculadas a éstos a partir del 31 de diciembre de 1996) y el sistema del Fondo Nacional de Ahorro (aplicable para los que elijan afiliarse a él y se le aplica la liquidación anualizada).

En el sub judice está acreditado que la accionante fue nombrada en el cargo de Maestra de la Escuela Rural Mixta de Villanueva, a través de Decreto No. 086 del 08 de febrero de 1995, proferido por la Alcaldía Municipal de Mompox, Bolívar (fl. 31); tomó posesión del cargo en la misma fecha.

Mediante petición de fecha 07 de septiembre de 2016, elevó solicitud de reconocimiento y pago de cesantía parcial, con destino a reparación; la Administración por medio del acto que ahora se acusa, esto es Resolución No. 3698 del 01 de diciembre de 2016, procedió a liquidarlas tomando como base el régimen de liquidación anualizado.

En ese orden, se tiene que la demandante fue vinculada laboralmente antes del 30 de diciembre de 1996, por lo que para la liquidación de sus cesantías se debe aplicar el régimen retroactivo, en el que se toma como base el último salario devengado; por otro lado precisa la Sala que para la aplicación del régimen anualizado a la accionante, esta debía acogerse de forma expresa y voluntaria ante la administración, situación que no se encuentra evidenciada en el sub judice.

Así las cosas, concluye esta Corporación que la liquidación de las cesantías de la actora, no se efectuó con sujeción al régimen aplicable (retroactivo), por lo



13-001-23-33-000-2017-00708-00

que existe una falsa motivación en la actuación acusada, que desvirtúa la presunción de legalidad del acto demandado, haciendo viable declarar parcialmente su nulidad en cuanto al período de los factores utilizados para la liquidación; y en consecuencia como restablecimiento del derecho se ordenará el pago a la señora GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ de la diferencia entre lo liquidado en la Resolución No. No. 3698 del 01 de diciembre de 2016, y la liquidación correspondiente con base al régimen retroactivo.

6. Condena en Costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso.

En esa medida, se condenará en costas a la parte demandada ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 365 y 366 del C.G.P., incluyéndose en la misma las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probada las excepciones de la inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, compensación, la genérica o innominada y la buena fe.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 3698 del 01 de diciembre de 2016, proferida por la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, en cuanto liquidó las cesantías parciales de la señora GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ, teniendo en cuenta el régimen de liquidación anualizado.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenase al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Bolívar, a reconocer y pagar a la señora GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ la diferencia entre lo liquidado en la Resolución No. 3698 del 01 de diciembre de 2016, y la liquidación correspondiente con base al régimen retroactivo.



13-001-23-33-000-2017-00708-00

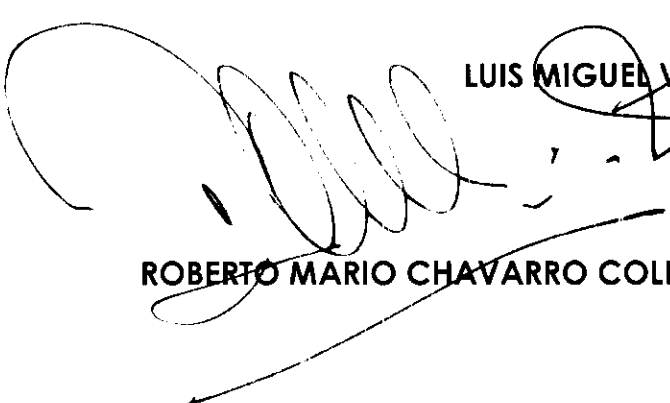
CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

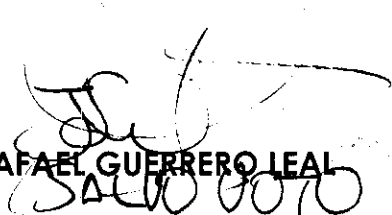
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



13001-23-33-000-2017-00708-00

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2017-00708-00
Demandante	GELTRUDYS ALVARADO LOPEZ
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Reconocimiento de Cesantías

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, toda vez que considero lo siguiente:

La Sala Mayoritaria considera que a la demandante le asiste el derecho a que la liquidación de sus cesantías se haga conforme al régimen de liquidación retroactivo, toda vez que su vinculación se dio antes del 30 de diciembre de 1996, es decir le es aplicable la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan, razón por la cual conceden las pretensiones de la demanda.

No obstante, teniendo en cuenta que la demandante se vinculó el **08 de febrero de 1995**¹, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, el reconocimiento de sus cesantías se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, el régimen anualizado, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses,

Al respecto el H. Consejo de Estado² en reiterada jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

"i) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975, que inició el 1º 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 incorporen sin solución

¹ Ver Decreto No. 086 del 08 de febrero de 1995, folios 31-32

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2018. Radicado: 41001-23-33-000-2015-00141-01 (3080-2017)





13001-23-33-000-2017-00708-00

de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales a partir del 1º de enero de 1990.
(...)"

Así las cosas, dado que la Ley 91 de 1989 establece en su artículo 15 numeral tercero³ que el régimen aplicable de las cesantías para los docentes que se vincularon a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada, pues se vinculó como docente con posterioridad a la referida fecha.

Por lo expuesto, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión.

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado

³ "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:

(...)

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." (Subrayas y negrillas fuera del texto)