



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ELSA ELENA RESTREPO DITTA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO: 20-001-33-33-007-2018-00065-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del extremo demandante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 13 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar de oficio la excepción de prescripción, conforme quedó dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: sin condena en costas en esta instancia (...)”¹.

II.- ANTECEDENTES.-

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“1. Declarar la NULIDAD PARCIAL, de la resolución N° 1376 del 29 de diciembre de 2003, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, en representación de la NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES MAGISTERIO, por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantías parciales a la señora ELSA ELENA RESTREPO DITTA, por valor de \$4.462.944.oo.

2. Declarar la NULIDAD PARCIAL, de la resolución N° 0344 del 30 de junio de 2010, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, en representación de la NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES MAGISTERIO, por la cual se reconoce y ordena Revisión Pensional a la docente ELSA ELENA RESTREPO DITTA, por valor de \$1.172.897.oo.

¹ Folio 180 del expediente.

3. Declarar la NULIDAD PARCIAL, de la resolución N° 0244 del 24 de mayo de 2011, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, en representación de la NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES MAGISTERIO, por la cual se reconoce y ordena pagar por concepto de ajuste a la pensión de invalidez a la señora ELSA ELENA RESTREPO DITTA.

4. Declarar la NULIDAD PARCIAL de la resolución N° 0708 del 17 de noviembre de 2010, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, en representación de la NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES MAGISTERIO, por la cual se reconoce Cesantías Definitivas a la docente ELSA ELENA RESTREPO DITTA, por valor de \$15.280.247.00.

5. SE DECLARE la existencia del acto ficto o presunto negativo, configurado por la no respuesta a la solicitud de reliquidación de las cesantías definitivas, fechado el 29 de marzo de 2016.

CONDENAS

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento en el derecho se CONDENE a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, y solidariamente al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, FOMAG y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, al RECONOCIMIENTO y PAGO de:

1. LA RELIQUIDACION con retroactividad de las cesantías tal como lo ordena los artículos 1, 12 y 17 de la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, la Ley 43 de 1975 y la Ley 344 de 1996. Decreto 1045 de 1978 es decir con el total de los salarios devengados durante el último año de servicio.
2. LIQUIDAR Y PAGAR a favor de mi poderdante la indemnización moratoria contenida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.
3. EL PAGO DE UNA CESANTIA PARCIAL PARA LAS REPARACIONES LOCATIVAS, teniendo en cuenta la liquidación con retroactividad de sus cesantías (...)
4. RECONOCER, LIQUIDAR Y PAGAR la INDEXACION Y AJUSTR sobre las sumas de dinero adeudadas y generadas como producto del incremento de cesantías (...)
5. RECONOCER, LIQUIDAR Y PAGAR los intereses de mora sobre las sumas adeudadas (...)”².

2.1.- HECHOS.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por la demandante a través de su apoderado judicial en la presente litis, podríamos resumirlos así:

Se relata en la demanda que la Sra. ELSA ELENA RESTREPO DITTA laboró desde el 3 de mayo de 1994 hasta el 1º de enero de 2010 como docente.

² Folio 30 a 22 del expediente.

Advierte que el 29 de diciembre de 2003, mediante resolución No. 1376, la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales en cuantía de \$4.462.944.00, liquidando anualmente la prestación con base en la asignación básica de cada año a partir de 1994 hasta 2010; del mismo modo, el 17 de noviembre de 2010, la Secretaria de Educación Municipal de Valledupar mediante resolución N° 0708 ordenó el pago de las cesantías definitivas por valor de \$15.280.247.00, descontando las sumas de las cesantías parciales.

Al respecto, argumenta que a la docente se le está irrogando perjuicios consistentes en la disminución de sus ingresos y patrimonio al liquidarle sus cesantías de manera anualizada teniendo derecho a que se le liquiden de manera retroactiva conforme a lo dispuesto en la ley 6 de 1945 y ley 344 de 1996, toda vez su posesión fue con anterioridad al año 1971.

Ello, en esencia, es lo que inspira la demanda que hoy se desata.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1- SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 13 de febrero de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) El Consejo de Estado, ha expresado que la prescripción es una forma de extinguir el derecho a presentar una acción, respecto de un derecho sustancial, es decir el derecho de presentar ante la jurisdicción una pretensión concreta, así mismo, se ha manifestado que el modo de prescripción que opera en estos eventos, es la extintiva, la cual hace alusión al modo de extinguir los derechos patrimoniales, tal como se indicó en sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proferida dentro del expediente radicado bajo el N° interno 2152-06.

De otro lado, conviene precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el termino de prescripción en materia de reconocimiento de indemnización moratoria por retardo en el pago de las cesantías, empieza a correr a partir del día en que empieza a operar la mora, y por el termino de tres años, en razón a la prescripción trienal de las acreencias laborales consagradas en el Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, advierte el Despacho que en el presente caso debe declararse la prescripción, teniendo en cuenta que la parte demandante presentó su solicitud de reconocimiento de la indemnización moratoria por retardo en el pago de cesantías el día (29) de marzo de 2016, y la mora de las cesantías parciales y definitivas comenzaron a operar desde el dieciocho (19) de septiembre de 2003 y 18 de enero de 2011, es decir la reclamación se presentó cuando ya habían transcurrido mas de tres años desde la fecha en que empezó a correr la mora a la presentación de la solicitud, por lo que se declarará que operó la prescripción de los derechos del demandante (...)”³.

³ Folio 179 a 180 del expediente.

3.2.- SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁴

En síntesis, el apoderado del demandante estima que la decisión de instancia ha de ser revocada en tanto desconoció la postura jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado- Sección Segunda de fecha 10 de febrero de 2011, en la que se establecen tres sistemas de liquidación de cesantías; de las cuales se infiere para el caso concreto de la accionante, le es aplicable el régimen anterior con retroactividad para los servidores públicos. Además, manifiesta que el juez no puede declarar la prescripción de oficio, pues se estaría yendo claramente en contravía de una disposición legal aplicable en la litis.

3.3.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 22 de mayo de 2019⁵, se admitió el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar⁶.

Por auto del 12 de junio de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁷.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal no rindió concepto en el presente asunto.

V.- CONSIDERACIONES.-

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 13 de febrero de 2019.

5.1.- COMPETENCIA.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia fechada del 13 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si los actos administrativos demandados, por medio del cual se liquidó las cesantías anualizadas a la hoy demandante, ha de ser revocado en razón a lo expuesto por la parte actora en el sentido que la liquidación de dicha prestación debió hacerse de conformidad con el régimen retroactivo; o si, por el contrario, la liquidación contenida en tal acto obedece a la normatividad aplicable para el caso concreto de la Sra. RESTREPO DITTA, evento en el cual se confirmará la legalidad de los actos impugnados, con la consecuente desestimación de las pretensiones de la demanda.

5.3. PRUEBAS

⁴ Folio 183 a 184 del expediente

⁵ Folio 194 del expediente.

⁶ Folio 173 a 180 del expediente

⁷ Folio 197 del expediente

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

Que de folio 5 a 8 consta Resolución N° 1376 del 29 de diciembre de 2003 mediante el cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para reparación, remodelación o ampliación a la demandante.

Que de folio 9 a 10 consta Resolución N° 0344 del 30 de junio de 2010 mediante el cual se revisa y ordena el pago del ajuste a una pensión de invalidez por salarios a la Sra. Elsa Restrepo.

Que de folio 11 a 12 consta Resolución N° 0244 del 24 mayo de 2011 por el cual se revisa, reconoce y ordena el pago de un ajuste a la pensión de invalidez por el incremento de la pérdida de la capacidad laboral a la actora.

Que de folio 13 a 14 consta Resolución N° 0708 del 17 de noviembre de 2010 mediante el cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva a un docente nacional.

Que de folio 22 a 26 consta certificación y factores salariales expedidos por la Secretaría de Educación.

2.4. ANÁLISIS DEL CASO

Surtidas a cabalidad las anteriores etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad que invaliden lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

Tenemos entonces que la jurisdicción contenciosa administrativa conoce según dispone el artículo 104 del CPACA de:

“(...) las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

A su vez, se establece en la misma codificación las acciones encaminadas al conocimiento de lo ya descrito así:

“Artículo 137. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las norma en que se deberían 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 los profirió (...)”.

El artículo 138 ibídem contempla el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho así:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad

procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior (...)".

Conforme a las normas anteriormente relacionadas, solamente son demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los actos particulares que pongan término a un proceso administrativo, esto es, los actos definitivos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y excepcionalmente los actos de trámite, siempre que pongan fin a la actuación administrativa.

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 de la actora estuvieron bien liquidadas.

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.

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 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".

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.

En el caso planteado, el 3 de mayo de 1994, la Sra. ELSA ELENA RESTREPO DITTA se vinculó al servicio público como docente⁸.

Luego de varios ascensos, la hoy demandante elevó una petición a la accionada en el sentido de solicitar el reconocimiento y pago de una cesantía parcial.

El 29 de diciembre de 2010, mediante resolución No. 1376 le fue reconocida unas cesantías parciales por valor de \$4.462.944; y, posteriormente, el 17 de noviembre de 2010, se reconoció cesantías definitivas por la suma de \$15.280.247 bajo el régimen anualizado, valor con el que no está de acuerdo la demandante en tanto considera debó dársele aplicación a la figura de la retroactividad.

Así las cosas, y en aras de no desobedecer el ordenamiento jurídico que regula la materia, soporte de esta decisión, la cesantía reclamada por la 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 de la actora como docente en el año 1994.

Entonces, cuando se expide el Decreto de nombramiento de la 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

⁸ Folio 29 del expediente.

entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, por lo cual no le es aplicable la liquidación de las cesantías en forma retroactiva⁹.

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"¹⁰.

Menos aún, podemos hablar de violación al derecho de igualdad cuando éste concepto no debe atender a criterio de igualitarismo, es decir, las garantías que se reconocen en virtud a este principio no deben desconocer las diferencias que justifican un trato desigual y que permiten la creación de 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 (...)"¹¹.

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,

⁹ Tribunal Administrativo de Nariño – Sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil catorce (2014) - Radicación: 2007 - 00106 (3911)

¹⁰ Sentencia C-279 del 24 de junio de 1976. Corte Constitucional. M.P: Dr. Hugo Palacios Mejía.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-432 del veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

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 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 caso¹².

Ahora bien, resta referirse a la declaratoria de prescripción en el caso planteado, por ser este uno de los cargos expuestos por el actor en contra de la sentencia impugnada. En esencia, expresa que no era procedente la declaratoria de prescripción porque (i) no existió efectivamente dicha anomalía; (ii) en caso que la Juez estimara que tuvo lugar, no era dable declararla en tanto no fue alegada por la parte que se benefició de la misma.

Para resolver, sea del caso precisar que de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que las cesantías cuya sanción moratoria se pretende reclamar, fueron solicitadas el 6 de junio de 2002 (cesantías parciales) y 5 de octubre de 2010 (cesantías definitivas) y que la secretaría de educación del Municipio de Valledupar reconoció y ordenó su pago mediante actos administrativos de 29 de diciembre de 2003¹³ y 17 de noviembre de 2010¹⁴, mientras que la petición de reconocimiento data del 29 de marzo de 2016, esto es, más de 10 y 5 años respectivamente después de causadas las prestaciones cuya sanción se pretende.

Ahora bien, como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

¹² 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.

¹³ Folio 5 a 8 del expediente.

¹⁴ Resolución No. 0708.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁴ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que el H. Consejo de Estado ha aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 151. -*Prescripción.* Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

Así entonces, siendo que efectivamente se comprobó el ineludible paso del tiempo en el caso planteado y que por la naturaleza de la normatividad que regula la figura de la prescripción es dable declararla de oficio, bien hizo el Despacho de instancia al adoptar la decisión en el tenor que la adoptó, situación que conduce a confirmar la sentencia impugnada.

5.4. SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP¹⁵, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA¹⁶.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta

¹⁵ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

¹⁶ Art. 188. Condena en costas. 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.

circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia"¹⁷.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

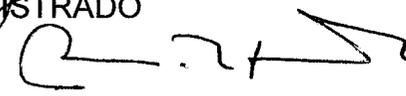
TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 117.


OSCAR IVAN CASTANEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez