



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Magistrado Ponente: OMAR EDGAR BORJA SOTO

Santiago de Cali, veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 166

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del derecho (Laboral)
Ref. Proceso	76001-23-33-008-2015-00631-00
Demandante	CARLOS GUILLERMO BOLAÑOS ESPINOSA
Demandado	FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.
Asunto	Sentencia de primera instancia.
Objeto:	Reliquidación de cesantías definitivas.

I. OBJETO

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los magistrados **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA**, **EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS** y **OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como ponente sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (laboral) interpuesto por el señor CARLOS GUILLERMO BOLAÑOS ESPINOSA (en adelante la parte demandante) contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, EL DEMANDANTE actuando a través de apoderado judicial, pretende lo siguiente:

PRIMERA: Declare NULA La Resolución No. 2313 del 17 de agosto del 2011, por la cual se reconoce y ordena el pago de una CESANTÍA DEFINITIVA, suscrita por la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, notificada personalmente el 01/03/2012, por ser contraria a la Ley y violatoria de la misma.

SEGUNDA: Declare NULO El oficio COD:080.3.53-2089, SADE 847383 del 29 de octubre de 2014 suscrito por el Doctor JAIRO RAMOS ACEVEDO, Jefe Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación Departamental, por medio del cual se

"resolvió recurso de reposición", el cual fue recibido el 27/11/2014 guía No. 236514381 de SERVIENTREGA.

*TERCERA: Como consecuencia de la anterior declaración en calidad de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordénese a LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, que en un nuevo acto administrativo expedido para tal fin, SE RECONOZCA Y PAGUE LA CESANTIA DEFINITIVA que se le adeuda a nuestro representado, por un valor de \$39.149.738, por haber laborado 11 años, 07 meses y 18 días, un total de **4138 días**, en la Gobernación del Valle del Cauca, Secretaria de Educación Departamental, tiempo que le desconoció cuando se le reconoció y pagó la cesantía definitiva mediante la Resolución No. 2313 del 17/08/2011.*

CUARTA: Que sobre las sumas que resulte adeudar el ente demandado haga los ajuste de valor necesarios, hasta el momento en que haga efectivo el pago conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A. y la respectiva INDEXACION.

QUINTA: Que si no da cumplimiento al fallo dentro del término legal pague los intereses moratorios de que trata el artículo 177 del C.C.A. y se aplique el artículo 176 del C.C. A.

SEXTA: Que se condene en costas a la entidad demandada, como autoriza el Artículo 171 del C.C.A., modificado por el Artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

SEPTIMA: Que nos reconozcan Personería para actuar de conformidad con el Poder y de acuerdo a las facultades en el conferidas.

1.2. HECHOS.

Sustentó como hechos los siguientes:

PRIMERO: Nuestro representado presento petición de Reconocimiento y pago de la CESANTIA DEFINITIVA, ante la Secretaria de Educación Departamental del Valle del Cauca, Prestaciones Sociales del Magisterio y fue radicada bajo el No. 2010-CES-042754 el 26/12/2010.

SEGUNDO: El reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, se hizo por resolución No. 2313 del 17/08/2011; Notificada personalmente el 01/03/2012, emanada de la Secretaria de Educación Departamental, Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Valle del Cauca.

TERCERO: Nuestro representado interpuso recurso de reposición contra La resolución No. 2313 del 17/08/2011, el día 07/03/2012, ante La secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca, Dra. Ana Milena Ortiz, consecutivo 18549, código de barras No. 615220.

CUARTO: El Jefe Oficina Jurídica de La Secretaria de Educación Departamental, Departamento del Valle del Cauca, Doctor Jairo Ramos Acevedo, por medio de oficio No. COD: 080.3.53-2089, SAD 847383 del 29/10/2014, dio respuesta al Recurso de Reposición, rechazando de plano.

QUINTO: Con guía Número 236514381 de servientrega, el 27/11/2014 fue entregada la respuesta a nuestro representado en su residencia.

SEXTO; VINCULACION DEL DOCENTE EN EDUCACION: Mi representado, se vinculo desde el 01 de febrero de 1969 y laboro hasta el 31 de mayo del 2008, por espacio de 39 años, 04 meses en FORMA CONTINUA.

SEPTIMO: En la Resolución No. 2313 del 17/08/2011, por medio de la cual se reconoce y ordena pago de una CESANTIA DEFINITIVA por valor de

\$93.219.004.00, emanada de la Secretaria de Educación Departamental, notificada personalmente el 01/03/2012, radicada con el numero 2010-CES-042754 de fecha 26/12/2010, solo se reconocieron 27 años, 08 meses y 12 días, que adicionándole al periodo laborado pero no cancelado totaliza los 39 años 04 meses. Nuestro representado nunca presento renuncia de ninguno de los cargos que ocupo, razón por la cual nunca presento solicitud de reconocimiento y pago de la CESANTIA DEFINITIVA, porque las comisiones son un DERECHO que consagra la Ley y cuando se terminaban, nuestro representado, regreso al cargo del cual era titular.

OCTAVO: Reiteradas jurisprudencias entre otras la Sentencia de abril 30 de 1977 del Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, dice: "la sala estima que de conformidad con la Ley 65 de 1946, no importa que el tiempo sea continuo o discontinuo para liquidar el auxilio de cesantía. En cambio, si importa, y mucho que a una persona que estuvo vinculada por un tiempo se le haya liquidado en forma definitiva su cesantía y luego vuelva a vincularse al Estado. En este caso no hay lugar a acumular tiempos servidos."

NOVENO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la Resolución No. 2313 DEL 17/08/2011, impugnada, en la página 2ª, dice: Que son normas aplicables, Ley 6ª de 1945, (pero que no la aplica), Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947 y la Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995.

DECIMO: Dando cumplimiento a lo establecido en la normatividad vigente, mi representado, por mi conducto, el 10/03/2015 solicito AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL ante LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, que por reparto le correspondió a la Procuraduría 165 Judicial II para asuntos Administrativos de Cali – Valle, se admitió, con Radicado No. 82055. Se reconoció personería y se cito a las partes para el 09/06/2015 a las 9:00 A.M., las cuales no se presentaron, y teniendo en cuenta que el termino de 3 meses esta próximo a vencerse el despacho DECLARO FALLIDA La Audiencia de Conciliación, se da por agotada la etapa conciliatoria, según constancia que se anexa.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Alegó el actor como vulneradas las siguientes disposiciones:

Ley 6ª de 1945.

Ley 65 de 1946

Decreto 1160 de 1947

Ley 91 de 1989

Decreto 2277 de 1979. Artículo 66.

Señaló como concepto de violación, que el demandante laboró en forma ininterrumpida con un solo patrón que fue el Estado Colombiano, los periodos de tiempo que se desvinculo fue en comisión para ejercer los cargos de: Jefe de la División de Educación Media, dependiente de la Secretaria de Educación Departamental y Supervisor de Educación, dependiente de la Secretaria de Educación.

2. CONTESTACIÓN.

La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (Fl. 70 – 74) y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** (Fl. 60 – 63), contestaron la demanda indicando los mismos argumentos de defensa, donde señalaron lo siguiente:

Que según las disposiciones contenidas en las leyes 91 de 1989 y 115 de 1994, solo pueden afiliarse al FNPSM los docentes oficiales de educación primaria, secundaria y media vocacional en propiedad, lo que excluye de plano al actor, a quien se le liquidó dicha prestación con base en el tiempo laborado.

Que el FNPSM es una cuenta especial de la NACIÓN consistente en un patrimonio autónomo sin personería jurídica, los recursos del FNPSM no forman parte del patrimonio de la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. entidad aquí demandadas, como quiera que actúa como administradora de tales recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con la NACIÓN.

El Departamento del Valle del Cauca contestó de forma extemporánea, tal como se acredita en la constancia secretarial visible a folio 100.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para proferir el presente fallo de conformidad con lo establecido en el art. 125 de la ley 1437, en concordancia con lo establecido en el art. 152.2.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de las Cesantías Definitivas, con el tiempo no tenidos en cuenta en la liquidación en el cargo de Supervisor de secundaria durante el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 1969 y 18 de septiembre de 1980.

3. ACTOS DEMANDADOS.

La Resolución No. 2313 del 17 de agosto del 2011, por la cual se reconoce y ordena el pago de una CESANTÍA DEFINITIVA, suscrita por la Secretaria de Educación Departamental del Valle del Cauca.

El oficio COD: 080.3.53-2089, SADE 847383 del 29 de octubre de 2014 suscrito por el Doctor JAIRO RAMOS ACEVEDO, Jefe Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación Departamental, por medio del cual se “resolvió recurso de reposición”.

4. HECHOS PROBADOS:

Se tendrá en cuenta el siguiente material probatorio para resolver el objeto litigioso que hoy nos ocupa, veamos:

4.1. El señor CARLOS GUILLERMO BOLAÑOS ESPINOSA, fue nombrado “en el ramo docente” mediante Decreto¹ No. 0091 de 1969, por el Gobernador del Valle del Cauca como supervisor de secundaria del Distrito Educativo No. 6 de Zarzal.

4.2. Que mediante Decreto No. 8847² del 29 de agosto de 1969, fue encargado de la Dirección del Distrito Educativo No. 7 de Roldanillo, al licenciado Carlos Guillermo Bolaños, en remplazo del Licenciado José Olmedo Lacante quien pasa a otro cargo.

4.3. Que mediante Decreto No. 1123³ del 7 de octubre de 1969, fue nombrado al señor licenciado Carlos Guillermo Bolaños, como Director del Distrito Educativo No. 7, con sede en Roldanillo, en remplazo del Licenciado José Olmedo Escalante, quien pasó a otro cargo.

4.4. Que mediante Decreto No. 1274⁴ del 10 de septiembre de 1971, se nombró en la Secretaria de Educación al Licenciado Carlos Guillermo Bolaños en el Distrito Educativo No. 3 de Palmira.

4.5. Que mediante Decreto No. 00658 del 03 de mayo de 1977⁵, se nombró al Licenciado CARLOS GUILLERMO BOLAÑOS 1ª categoría, como Coordinador del Gimnasio Regional Simón Bolívar de Florida, Distrito Educativo No. 3, en remplazo del señor OSCAR CAMPO REYES.

4.6. Posteriormente, el demandante fue reintegrado mediante Decreto No. 1459⁶ del 29 de agosto de 1980 al cargo de supervisor de Educación Básica Media, en

¹ Fl. 93 cuaderno No 2.

² Fl. 91 cuaderno No 2.

³ Fl. 90. cuaderno No 2.

⁴ Fl. 87 cuaderno No 2.

⁵ Fl. 82 cuaderno No 2.

⁶ Fl. 80 cuaderno No 2.

cumplimiento a una orden judicial y es a partir de dicha data que la entidad demandada le tiene en cuenta para efectos del cómputo de las cesantías definitivas.

4.7. Que obra certificado⁷ emitido por la Secretaría de Educación Departamental donde se acredita que el demandante laboró en la Secretaría de Educación Departamental un tiempo total de 37 años, 6 meses y 3 días, donde se extrae que no se tiene en cuenta el tiempo laborado en comisión del 17 de septiembre de 1992 hasta el 05 de julio de 1994.

4.8. Que mediante Resolución No. 2313⁸ del 17 de agosto de 2011, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció las cesantías definitivas del demandante teniendo en cuenta un total de tiempo de servicios de 27 años, 8 meses y 12 días.

4.9. Es importante precisar que a través del acto acusado (Resolución No. 2313⁹ del 17 de agosto de 2011), el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció las cesantías definitivas del demandante teniendo en cuenta 27 años, 8 meses y 12 por el tiempo laborado entre el 19 de septiembre de 1980 hasta el 31 de mayo de 2008, de lo que se extraen tres conclusiones a saber: i) que no se tuvo en cuenta los 11 años, 7 meses y 18 días laborados por el demandante del 01 de febrero de 1969 hasta el 18 de septiembre de 1980 (fl. 12); ii) que el tiempo laborado en comisión del 17 de septiembre de 1992 hasta el 15 de julio de 1994 la administración lo reconoció dentro del acto acusado, por lo que este periodo no está en discusión y finalmente, iii) que el tiempo total de servicios del demandante para efectos de liquidar las cesantías definitivas es como lo afirma **el demandante de 39 años y 4 meses.**

5. CASO CONCRETO:

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, estableció como beneficio para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, entre otros, lo siguiente:

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942. (...)”

⁷ Fl. 12 – 13 cuaderno principal

⁸ Fl. 2 cuaderno principal

⁹ Fl. 2 cuaderno principal

Por su parte, la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías, y en el artículo 1º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, mientras que el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías.

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, señaló el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro. Este régimen de cesantías tenía un carácter retroactivo, por cuanto tenía en cuenta, para efectos de liquidar la prestación, todo el tiempo de servicio conforme al último sueldo devengado.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 3118 de 1968 además de crear el Fondo Nacional del Ahorro –FNA-, como un establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, que dentro de sus objetivos, en el artículo 2.º señaló, entre otros, “pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales” también ordenó que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, con excepción de las de los miembros de las cámaras Legislativas y de sus empleados, los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la defensa nacional.

Conforme a lo anterior, respecto a los sistemas de liquidación y manejo de cesantías para los servidores públicos del orden territorial, nuestro órgano de cierre ha estipulado de manera pacífica lo siguiente¹⁰:

“De conformidad con las disposiciones transcritas, se infiere que existen tres sistemas de liquidación y manejo de cesantías para los servidores públicos del orden territorial, a saber:

- 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.*

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

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 cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998, inclusive aquellos funcionarios que se hubieren vinculado con anterioridad a la entrada en rigor de la Ley 344 de 1996, es decir, cobijados con régimen de retroactividad pero que decidieren acogerse al previsto en dicha disposición legal previa manifestación expresa a su empleador de optar por el régimen anualizado.

iii) **Sistema del Fondo Nacional de Ahorro**, que cobija a los servidores públicos que a él se afilien, contempla la liquidación anual de cesantías y no la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del Fondo, así como la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda."

Para el caso concreto, tal como se extrae de los actos administrativos acusados, la modalidad que usó la administración para la liquidación de las cesantías fue la contemplada en el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, el cual indica:

"Artículo 1º. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen **derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos**, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1º de enero de 1942.

(...)

Artículo 6º. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2767, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, **se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses.**

Parágrafo 1º. Además el cómputo se hará teniendo en cuenta **no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones**; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono.

Es entendido que en el caso de que el trabajador haya recibido primas y bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

En la misma forma se procederá cuando se trate de computar el valor de las horas suplementarias o extras trabajadas y de las comisiones o porcentajes eventuales, cuando no ha habido variaciones del salario fijo en los últimos tres meses. En tales casos, se dividirá lo percibido por el trabajador por concepto del valor de tales horas, o de los porcentajes y comisiones, por doce, y el resultado se sumará

al último sueldo fijo, para formar así el promedio que servirá de base a la liquidación.

Parágrafo 2°. *Los viáticos permanentes que se paguen a los trabajadores particulares son salario, siempre que se hayan causado por un término no menor de seis meses en cada año, y se computarán para la liquidación del auxilio de cesantía en aquella parte de ellos destinada a proporcionar al empleado u obrero manutención o alojamiento, pero no en la que solo tenga por finalidad proporcionarle los medios de transporte a otro lugar.*

Los viáticos que se otorguen a los empleados y obreros oficiales se entenderán como salario, para los mismos efectos, cuando se den en forma permanente, por medio de resolución especial, y siempre que la radicación se haga por un término no menor de seis (6) meses durante cada año.” (Resaltado de la Sala de Decisión)

La aplicación de la norma trascrita no fue cuestionada por la parte actora en la demanda, lo que significa que lo que en realidad se pretende es que se liquiden las cesantías definitivas teniendo en cuenta el tiempo total laborado entre el 01 de febrero de 1969 al 18 de septiembre de 1980.

Ahora bien, la entidad demandada argumentó que los periodos en comisión de servicio, no podían computarse, no obstante a lo anterior lo que se vislumbra es que el docente en el mencionado periodo de 1969 hasta 1980 no estuvo en comisión, sino por el contrario fue debidamente nombrado en el “ramo docente”, no comprendiéndose como la entidad demandada no tiene en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al **reintegro cuando se presume que este se ordenó sin solución de continuidad**, dicho en otras palabras, en el mismo cargo que antes ocupaba.

No obstante a lo anterior, en caso de interpretar que producto de la supuesta comisión de servicios, es importante precisar que el Decreto 2277 de 1979 **“Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.”** establece:

ARTÍCULO 66.- Comisiones. El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. **En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones.**

Si el comisionado fuere removido por una de las causales de mala conducta contempladas en el artículo 46 de este Decreto, se le aplicará el procedimiento disciplinario establecido en el Capítulo V.

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo.

El tiempo que dure la comisión será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón.

Si la designación para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo en la docencia.

Así mismo, no se puede omitir, que el artículo 2º ejusdem, establece:

*«Artículo 2. PROFESIÓN DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de **dirección y coordinación de los planteles educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos** y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.»*

Así pues, la primera conclusión a la que se arriba es que el cargo desempeñado por el demandante (supervisor de secundaria del Distrito Educativo No. 6 de zarzal) es catalogado como docente y con fundamento en lo anterior, se puede colegir que el educador en comisión no pierde **su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente**, dicho en otras palabras es sin solución de continuidad.

Ahora, la Ley 43 de 1975 decidió "nacionalizar" la educación oficial primaria y media de los entes territoriales y así, una vez aplicada, el antiguo personal administrativo y docente de dichos planteles (escuelas y colegios, etc.) se convirtió en el llamado "**personal nacionalizado**", el cual quedó sometido a NORMAS NACIONALES en cuanto a su régimen de personal (docente y administrativo).

La Ley 91 de 1989, "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" establece en su artículo 1º lo siguiente:

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

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º 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."

Así las cosas, en virtud del proceso de nacionalización de la educación en Colombia, y a voces del artículo 1° de la Ley 91 de 1989, el docente Carlos Guillermo Bolaños Espinosa, pasó a ser un docente “nacionalizado” y así se indicó en el acto acusado, al cual se le atenderían sus prestaciones sociales a través del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

El artículo 2° ibídem dispuso la forma como se asumiría el pago de obligaciones prestacionales de los docentes nacionalizados, así:

“(…) 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. (…)

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 hicieron 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 hicieron 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.

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 del Ahorro o las entidades que hicieron 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 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.”. (Destaca la Sala)

A su turno, el artículo 4° ibídem, dispuso:

ARTÍCULO 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de

afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renunciaciones a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

Por su parte el numeral 3º del artículo 15 ibídem estableció:

"(...) 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."*

De esta forma, se evidencia que el demandante ostentaba la calidad de docente a partir del Decreto¹¹ No. 0091 de 1969 emanado por el Gobernador del Valle del Cauca, donde lo vinculó en el ramo docente en el cargo de supervisor de secundaria del Distrito Educativo No. 6 de Zarzal y que al estar vinculado con anterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1980¹² el pago de las prestaciones le corresponde atenderlas **en su totalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** y le corresponderá al ente territorial DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA remitir los dineros correspondientes por las prestaciones que legalmente le corresponden a su cargo (01 de febrero de 1969 hasta el 31 de diciembre de 1975) de conformidad con el numeral 2 del art. 2 de la Ley 91 de 1989, anteriormente citado.

Ello es así, por cuanto a criterio de la Sala de Decisión, lo que determinó el legislador fue aclarar en cabeza de quien se encuentra la obligación del giro de recursos para el pago de prestaciones sociales de los docente, sin que pueda entenderse ello, como una limitante o cortapisa para el pago de tales emolumentos, máxime cuando le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley.**

Sobre una controversia de contornos similares, el Consejo de Estado indicó:

"Una cosa es la forma en que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraban vinculados, entendiéndose tal acepción en la forma que se dejó establecida en párrafos anteriores, y otra, es qué tipo de docentes puedan gozar de los derechos y garantías propias de la Carrera Docente, que son, a voces del

¹¹ Fl. 93 cuaderno No 2.

¹² Publicada en el Diario Oficial No. 39.124 de 29 de diciembre de 1989.

artículo 27 del Estatuto Docente *“los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo”*.

Confunde entonces el ente demandado los requisitos y condiciones que debe acreditar un empleado público para reclamar unos derechos que devienen de toda relación laboral, con las exigencias que debe cumplir un docente para gozar de las prerrogativas que da un sistema de méritos como lo es la Carrera Docente, entre las cuales está el ser designado en un cargo docente en propiedad.

En sentido lato el auxilio de cesantía es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social, para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales. Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva, y parcial la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley.

Con esas precisiones es claro que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad.

Esclarecido como está que la forma de vinculación del actor a la Administración Departamental, no condiciona de ninguna manera el derecho que le asiste al pago de sus cesantías al momento de terminar su relación laboral, analizará la Sala las consecuencias, para efectos del reconocimiento y pago de dicho auxilio, del proceso de nacionalización de la educación, y así fijar el acreedor de sus cesantías por el periodo que se debate en el presente asunto.

(...)

Entonces, debido a que el actor jamás interrumpió su relación laboral con el Departamento desde el año de 1960 y que la normativa relacionada anteriormente, aplicable al caso del actor, consagraba el régimen retroactivo de las cesantías, era obligación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a voces de los numerales 3° y 5° del artículo 2° de la Ley 91 de 1989, reconocer al actor al término de su relación laboral, momento en el cual se causa el derecho a la cesantía definitiva, lo laborado durante 42 años 4 meses y 20 días, teniendo en cuenta para el efecto el último salario devengado.

En ese orden, estuvo acertada la decisión del Tribunal en cuanto ordenó al Fondo demandado su reconocimiento y pago por el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1960 y el 11 de mayo de 1981, pudiendo repetir contra la entidad territorial correspondiente el periodo que en derecho deba cubrir, en los términos establecidos por el Tribunal, los cuales avala en su totalidad esta Sala a través de esta providencia.”¹³

Conclusión:

De conformidad con lo anterior, se puede colegir que el demandante i) fue nombrado legalmente para desempeñar un cargo docente desde el 01 de febrero de 1969, ii) que la comisión de servicios no deriva automáticamente la pérdida de

¹³ SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “A” - CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, providencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00269-01

los derechos y beneficios prestacionales incluyendo las cesantías retroactivas, iii) que la entidad demandada no tuvo en cuenta los periodos desempañados por el demandante como docente desde el 1 de febrero de 1969 hasta el 18 de septiembre de 1980; iv) **que por disposición del artículo 4° de la Ley 91 de 1989, le corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer al actor al término de su relación laboral, momento en el cual se causa el derecho a la cesantía definitiva, lo laborado durante 39 años y 4 meses** y, v) el ente territorial DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA deberá remitir los recursos que le corresponden por los periodos estipulados en la Ley (01 de febrero de 1969 hasta el 31 de diciembre de 1975), de conformidad con el numeral 2 del art. 2 de la Ley 91 de 1989.

En virtud de lo anterior, se declarará la nulidad de los actos acusados y como consecuencia de ello, se ordenará al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que reliquide las cesantías definitivas del señor CARLOS GUILLERMO BOLAÑOS ESPINOZA, teniendo en cuenta para ello el tiempo total laborado esto es, 39 años y 4 meses, tal como se determinó en el punto 4.9. de esta providencia en el acápite de hechos probados.

6. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA, dispone que en la sentencia se decidirá sobre la condena en costas y que para la liquidación y ejecución se observará lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

Así mismo, la nueva línea jurisprudencial^{14 15} ha establecido un criterio “objetivo valorativo” para la imposición de condena en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, cuya tasación y liquidación debe realizarse con base en criterios **objetivos y verificables**. En este asunto, a pesar que las pretensiones de la demanda fueron resueltas favorablemente tal como fueron pedidas, es evidente

¹⁴ Sección Segunda – Subsección “A”. Radicación: 11001-03-15-000-2018-01606-00(AC). Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018) se indicó: *“En esos términos, para la Subsección es claro que el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-, criterio que implica que en toda sentencia se decidirá sobre costas, con independencia de las causas de la decisión desfavorable. Asimismo, el calificativo de “valorativo” se debe a que en el expediente al juez le corresponde revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes. (...)”*. (Negrillas y subrayado de la Sala)

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda – Subsección “B”. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00104-01(0940-15). Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

que no se demostró o acreditó la ocurrencia de gastos en esta instancia y en tal sentido esta Sala de Decisión se abstendrá de imponer condena en costas en esta instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO propuestas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 2313 del 17 de agosto del 2011 y del oficio COD: 080.3.53-2089, SADE 847383 del 29 de octubre de 2014, por medio de las cuales se reconocieron unas cesantías definitivas al señor CARLOS GUILLERMO BOLAÑOS ESPINOSA.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho **ORDÉNESE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que proceda a reconocer, reliquidar y pagar las cesantías definitivas del demandante CARLOS GUILLERMO BOLAÑOS ESPINOZA, teniendo en cuenta para ello el tiempo total laborado esto es, **39 años y 4 meses descontando el valor cancelado por el mismo concepto a través del acto declarado nulo** y la diferencia que resulte se ajustará teniendo como base el IPC conforme al art 187 del CPACA.

CUARTO: ORDENAR al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA remitir los recursos necesarios al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para cubrir los periodos que legalmente le corresponde, esto es, del **01 de febrero de 1969 hasta el 31 de diciembre de 1975**, sin que ello sea obstáculo para que el FOMAG pague la obligación aquí reconocida.

QUINTO: Sin condena en **costas** en esta instancia.

SEXTO.- DAR cumplimiento de esta sentencia de conformidad a los arts. 187 inciso final y 192 de la ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO.- En firme la sentencia, librense las comunicaciones del caso y de no ser recurrida, archívese previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta No. 13)

Los Magistrados,



OSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA



EDUARDO ANTONIO LUGO BARROS



OMAR EDGAR BORJA SOTO

- JGV -

64602020M11551AU-1