

FIJACIÓN TRASLADO EXCEPCIONES

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 25000234200020220014200

Demandante: ANA LILIA MENDOZA FERNANDEZ

Demandados: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Magistrado: ISRAEL SOLER PEDROZA

Hoy, **Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)**, la Secretaria de la Subsección "D", de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, deja constancia que se fija en la página web de la Rama Judicial, las excepciones contenidas en el escrito de contestación presentado por el apoderado de la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, se fija por el término de un **(1) día**. Así mismo, vencido el día de fijación, se mantendrá en la Secretaría de la Subsección "D", a disposición de la parte contraria, por el término de **tres (3) días**.

Lo anterior, en virtud del parágrafo 2, del artículo 175 del C.P.A.C.A.





La educación
es de todos

Mineducación

20221181080331

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20221181080331**
Fecha: **13-05-2022**

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - "SUBSECCIÓN D"
E. S. D.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 25000234200020220014200

Demandante: ANA LILIA MENDOZA FERNANDEZ

Demandados: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA

JHON FREDY OCAMPO VILLA, identificado con la cédula de ciudadanía número **1.010.206.329** de Bogotá D.C. y **T.P. 322.164** actuando en calidad de apoderado sustituto de la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** conforme consta en el memorial poder de sustitución suscrito por el doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, abogado titulado, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., y portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292 del C.S. de la J., en su la calidad de **APODERADO GENERAL** de la mencionada entidad, en los términos señalados por la Escritura Publica No. 522 de 28 de marzo de 2019, otorgada por la Notaría treinta y cuatro (34) del Circulo de Bogotá D.C y aclarada igualmente por escritura No. 1230 de fecha 11 de Septiembre de 2019; por medio del documento me permito presentar contestación dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Primera: ME OPONGO, pues si bien el acto administrativo fue expedido por parte del Ente Territorial, el mismo se encuentra ajustado a derecho, teniendo en cuenta que el régimen aplicable para liquidar sus cesantías definitivas es el anualizado tal y como lo prevé la Ley 91 de 1989.

Lo anterior, por cuanto el docente se vinculó con posterioridad a la entrada en vigencia de la referenciada ley, la cual prevé que los docentes nombrados a partir de 1990 ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

Segunda: ME OPONGO, pues sería una consecuencia de la anterior declaración, la cual como se mencionó no está llamada a prosperar.



Tercera: Me OPONGO debido a que de conformidad con el criterio unificado del Consejo de Estado mediante sentencia del dieciocho (18) de julio de 2018, resulta improcedente la indexación o ajustes del valor como lo solicita la parte demandante.

Cuarta: Me OPONGO teniendo en cuenta que la condena en costas debe ser demostrada y en el presente caso no se probó temeridad o mala fe de la parte demandada.

II. FRENTE A LOS HECHOS

Al hecho primero: No me consta, me atengo a lo probado dentro del proceso, como quiera que la vinculación de la docente se dio desde el día 08 de febrero de 1993, por tanto el régimen aplicable para liquidar sus cesantías definitivas es el anualizado tal y como lo prevé la Ley 91 de 1989.

Al hecho segundo y tercero: No me consta, me atengo a lo probado dentro del proceso.

Al hecho cuarto: No me consta, me atengo a lo probado dentro del proceso.

Al hecho cuarto: Es cierto.

Al hecho quinto, sexto y séptimo: Es cierto.

III. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

RÉGIMEN DE CESANTÍAS PREVISTO PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

Respecto al régimen retroactivo de las cesantías, se señala que este tenía en cuenta, para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicio, el último sueldo devengado, para entender un poco el tema se advierte que este régimen se encuentra regulado en diversas disposiciones tal y como le explicó la sentencia del Consejo de Estado del 22 de febrero de 2018¹.

la Ley 6ª de 1945 en el artículo 17 señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942⁹.

Mediante el Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales y, el artículo 1 les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías¹⁰. Y en el artículo 6 de la misma ley se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1 extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y, el Decreto 2567 de 31 de agosto de

¹ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez. Rad 17001-23-33-000-2015-00825-01. Bogotá 22 de febrero de 2018

1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹¹.

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 por todo el tiempo de servicio, el último sueldo devengado.

Respecto al régimen anualizado de liquidación de las cesantías, es con la expedición del Decreto 3118 del 1968 que se dio paso a su aplicación, aunque solamente a los empleados que se encontraran vinculados a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado. En cuanto a este tipo de liquidación anual se precisó que tendría carácter definitivo y no podría revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 y el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, señalaron que, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debía realizarse el 31 de diciembre de cada año. Haciéndose extensivo también a los empleados públicos de orden territorial a quienes se les aplicaría lo previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, fue reiterado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016², bajo los siguientes términos:

«[...] En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 [...]»

RÉGIMEN DE CESANTÍAS APLICABLE AL PERSONAL DOCENTE

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, allí se realizó la distinción entre los distintos los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en la siguiente forma:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

En cuanto al personal nacional, precisó que son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; frente al personal nacionalizado. Dispuso que son aquellos 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.

Ahora bien, frente a los docentes con vinculación territorial, la citada disposición señaló que serían aquellos cuyo nombramiento haya sido proferido por una entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, esto, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

El párrafo del artículo 2 ibídem, señaló la manera en que se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley 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:

[...]

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.

Visto lo anterior y teniendo en cuenta que el artículo 4 de la misma normativa estipuló que el Fondo estaría encargado del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y con posterioridad a la misma, se entiende que el aparte transcrito le es aplicable a los docentes cuya vinculación es territorial.

En similar sentido, se puede entender lo antes mencionado bajo la lectura del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que señaló:

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 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.

[...]

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 1o. 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 de 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.

Así las cosas, y en los términos de la sentencia 22 de febrero de 2018³, antes citada, se colige que:

i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

De igual manera, se advierte que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido en la Ley 91 de 1989, por expreso mandato de la Ley 60 de 1993.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal¹⁴ sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a lo previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁴

³ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez. Rad 17001-23-33-000-2015-00825-01. Bogotá 22 de febrero de 2018

⁴ Sentencia del 22 de febrero de 2018 ibídem.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975. Así las cosas, los docentes nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

CASO EN CONCRETO:

Teniendo en cuenta las disposiciones normativas reseñadas y la pauta interpretativa del Consejo de Estado, en presente asunto, se observa que el régimen aplicable al docente ANA LILIA MENDOZA FERNANDEZ es el anualizado teniendo en cuenta que se vinculó al servicio desde el día 08/02/1993.

Visto lo anterior, y a pesar de que el accionante fue vinculado como docente del ente territorial, este nombramiento se realizó con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Colorario de los razonamientos expuestos, se concluye que el régimen anualizado reconocido en el acto administrativo demandado es efectivamente el que se ajusta a su caso, pues su vinculación se produjo en el año de 1993, y si bien, su nombramiento fue efectuado por el representante del ente territorial, esto no quiere decir que inmediatamente adquiriera el carácter de territorial, por cuanto el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1 de enero de 1990.

IV. EXCEPCIONES PREVIAS

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD

Los actos Administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, pues se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso de la accionante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY

Propongo esta excepción con fundamento en que la prestación fue reconocida amparándose en la Ley 91 de 1989, normativa que le es aplicable teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la parte actora y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha precisado que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador, que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, Así las cosas, los docentes nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO PARA ACUDIR A LA VÍA JUDICIAL

El código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha discriminado los requisitos previos para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es así, que en su artículo 161 indicó:

ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. (Negrillas fuera del texto)

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

De la norma en cita, se concluye que es necesario que el administrado solicite un pronunciamiento previo respecto de los derechos que pretende reclamar por vía judicial, como quiera que la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevado a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez.⁵

En idéntico sentido, se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia del 15 de julio de 2010, al indicar lo siguiente:

Se trata entonces de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta jurisdicción el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser llevado a juicio

Así mismo, dicho requisito puede concebirse en dos sentidos: 1) como una garantía y 2) como una obligación. Lo primero porque constituye un instrumento del cual goza el administrado para que las decisiones adoptadas por la administración a través de un acto administrativo particular que perjudique sus intereses sean reconsideradas por ella misma in necesidad de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección B, C.P. Jesús María Lemus Bustamante, Sentencia del 9 de junio de 2005. Rad.2270-04

decir, se busca que la administración pueda enmendar los posibles errores subyacentes en sus propios actos administrativos son necesidad de acudir a la vía judicial. Con ello se busca garantizar los derechos de los administrados en cumplimiento de los principios de economía, celeridad y eficiencia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordena el artículo 209 de la Constitución.

Bajo este contexto, se colige que previo acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es indispensable que el interesado ponga en conocimiento de la administración el derecho que pretende reclamar, premisa que no se puede restringir solamente a la interposición de los recursos correspondientes, sino a la presentación del derecho de petición que lo faculta por vía administrativa a solicitar el reconocimiento del derecho.

Así las cosas, si el docente ANA LILIA MENDOZA FERNANDEZ consideraba que el régimen aplicable para la liquidación de sus cesantías era el de retroactividad, estaba facultado para interponer el recurso de reposición contra acto administrativo proferido, o en su defecto, efectuar una reclamación administrativa ante la Secretaría de Educación, por la indebida liquidación de dicha prestación, situación que no se observa en el plenario, desconociendo de esta manera el deber que le asiste de otorgarle la oportunidad de evaluar su actuación.

V. PETICIONES

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, comedidamente solicito a Ud., que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

1. Negar las pretensiones de la demanda, el acto administrativo atacado, pues las cesantías deprecadas por el actor deben liquidarse bajo el régimen anualizado, teniendo en cuenta que se vinculó en el año 1994, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, que previó el tipo de liquidación aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

VI. NOTIFICACIONES.

La entidad demandada recibirá notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico: notjudicial@fiduprevisora.com.co; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; y t_jocampo@fiduprevisora.com.co

Cordialmente,



JHON FREDY OCAMPO VILLA

C.C. No. 1.010.206.329 de Bogotá D.C.

T.P. No. 322.164 del C. S. de la J