



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

Señor

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO (Reparto)

E. S. D.

Ref.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Demandante: GLADYS COLINA MARMOLEJO

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

GLORIA EUGENIA JIMÉNEZ BETANCOURTH, mayor y vecina de Buga, identificada con cédula de ciudadanía No. 38.872.804 expedida en Buga, con T. P. No.135.647 del C.S.J., obrando en mi condición de apoderada conforme a los poderes legalmente otorgados para instaurar MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, que acompaño al presente escrito, me permito manifestar que presento demanda contra **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA**, representada por la Ministra Dra. Yaneth Giha Tovar o quien haga sus veces al momento de ser notificado, a fin de que previos los trámites procesales previstos en el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, para el medio de control de restablecimiento del derecho de carácter laboral y mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, se provea favorablemente a las siguientes:

DESIGNACIÓN DE LAS PARTES

- La parte demandante está constituida por GLADYS COLINA MARMOLEJO, identificada con cédula de ciudadanía No.31.196.469 de Tuluá, (V).
- La parte demandada, NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA S.A., representada por la Ministra Dra. Gina Parody o quien haga sus veces.

PRETENSIONES

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Declarar la nulidad de la Resolución 310-054-026-293 de mayo 04 de 2017, acto administrativo expedidos por la Secretaria de Educación del Municipio de Guadalajara de Buga, oficina de Prestaciones Sociales, en cuanto negaron la solicitud de liquidación de cesantías retroactivas a que tienen derecho la docente GLADYS COLINA MARMOLEJO .
2. Declarar que mi mandante es beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas establecido en la ley 6 de 1.945, el artículo 15 de la ley 91 de 1989, Decreto 196 de 1995 Art 5, que reglamento la Ley 60 de 1993, la Ley 115 de 1994, Ley 344 de 1996: Art.13 y 14, Decreto 1582 de 1998.



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, a que le reconozca, liquide y pague dentro del término legal la diferencia de las cesantías parciales retroactivas de mi representada, liquidado con el promedio del último salario devengado por los actores, a razón de un mes de salario por año de servicios
2. Ordenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que el reconocimiento de las pretensiones anteriores sean indexados de acuerdo al IPC certificado por el DANE, incluyendo el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.
3. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. C.P.A.C.A).
4. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 365 del CGP.

HECHOS

1. GLADYS COLINA MARMOLEJO

- Mediante Decreto No. 1760 de fecha 09 de Septiembre de 1994, fue nombrada la docente GLADYS COLINA MARMOLEJO y posesionada mediante acta No. 1915 de fecha 28/09/1994.
- Según certificado de tiempo de servicio expedido por la secretaria de Educación Municipal de Tuluá, se puede evidenciar que mi poderdante inició labores desde el 03 de Octubre de 1994 hasta 28 de Febrero de 2017, donde se refleja que continua activa.
- Mediante escrito radicado bajo el No. 2016-CES-417964, de fecha 02/03/2017, solicitó cesantías parciales para reparación, remodelación o ampliación.
- Que el reconocimiento y liquidación de las cesantías se hizo a través de la Resolución No. 310-054-026-293 de fecha 04/05/2017, de la cual se desprende que el derecho a sus cesantías parciales fueron liquidadas de forma anualizada, por el periodo comprendido entre el 03/10/1994 y 30/12/2016.



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

El día 08 de Agosto de 2017 se radico ante la Secretaria de Educación

Municipal de Tuluá – Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante radicado PQR5649, la solicitud de liquidación y pago de las cesantías parciales de forma retroactiva a que tiene derecho la docente GLADYS COLINA MARMOLEJO, al momento de reconocérsele su derecho de sus cesantías parciales.

- La petición fue despachada desfavorablemente mediante oficio 310.25 de fecha 18 de agosto de 2017.

NORMAS VIOLADAS

- La Constitución Nacional, artículos: 1, 2, 53, 58,93 y 209.
- Ley 6 de 1945
- Ley 4 de 1992
- Ley 91 de 1989: Art. 15 numeral 1 y 3A
- Ley 60 de 1993:Art.6
- Decreto 196 de 1995 Art.5, que reglamento la Ley 60 de 1993 y la Ley 115 de 1994
- Ley 344 de 1996: Art.13 y 14
- Decreto 1582 de 1998

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La actuación de la entidad demandada desconoce los principios orientadores del Estado y del derecho laboral colombiano establecidos en los artículo 1, 2, y 53 de la Constitución Política. En el marco de un Estado Social de Derecho, el Estado debe ser el promotor del desarrollo y la justicia social mediante la aplicación de los principios del derecho laboral, los cuales, contienen un factor económico del que depende de manera general el crecimiento y el desarrollo económico de una nación. Del mismo modo, por ser el auxilio de cesantía una prestación social que tiene por objeto básico y primordial cubrir el infortunio de quien se puede ver enfrentado por desocupación al perder su empleo, el Estado debe procurar el cumplimiento de su propósito establecido en la Ley, en condiciones dignas y justas tal como lo consagra el artículo 25 de la Constitución.

El artículo 25 superior ha establecido el trabajo como un valor, un derecho, un principio y un deber, que en cualquier modalidad debe ser protegido por el Estado, por supuesto en condiciones dignas y justas. La actitud desplegada por la entidad demandada contrasta con estos postulados, toda vez que a pesar de que el actor ha prestado toda su fuerza laboral al servicio del Estado, debe soportar injustamente un cambio de régimen de cesantías impropio. El artículo 53 por su parte, establece los principios fundamentales que protegen a todo trabajador en el Estado de Colombia; a su vez el Artículo 58, establece la garantía constitucional a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes; derechos que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, de modo que los derechos adquiridos legalmente deben ser respetados con todas las implicaciones que ello conlleva.

El concepto del auxilio de cesantía de acuerdo a la Sentencia C-859/08 de la Corte Constitucional forma parte del concepto de la Seguridad Social desarrollado por el artículo 48 de la Constitución. Ahora bien, la negación de un derecho adquirido por la actor, como lo es en este caso la negación del derecho retroactivo a las cesantías, atenta contra el propósito y garantías que brindan este auxilio, pues reconocidas en



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

condiciones justas, permite satisfacer las necesidades básicas como la vivienda y la capacitación y se constituye en un respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida. Por lo cual, la entidad demandada atenta también contra el derecho de la Seguridad Social (art. 48 C.N), porque ella es entendida como *"la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección"*.

Según la Honorable Corte, la Constitución adoptó en el artículo 48 superior "un concepto ampliado de la seguridad social que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, gradualmente deben quedar comprendidos en la seguridad social".

Así, pues, es incuestionable que el derecho de las cesantías es, ante todo, un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y también parte integrante de la remuneración, que además está llamada a cumplir una importante función social ante la eventualidad del desempleo o para satisfacer otras necesidades vitales.

DESARROLLO NORMATIVO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS RETROACTIVAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.

- Ley 6 de 1945:

El literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de las siguientes prestaciones: "a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942."

-A su vez el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946, dispuso:

"El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses."

-Y la ley 65 de 1946 a su vez ordenó:

"Artículo 1º. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continuo o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro."

PARÁGRAFO Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarias y Municipios en los términos del artículo 22 de la ley 6ª de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma ley.

Artículo 2º. Para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se aplicarán las reglas indicadas en el Decreto número 2567 del 31 de agosto de 1946 y su cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc "

-El decreto 1160 de 1947 - art. 1º - reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación, y en el 2º estableció:

"Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarias y municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

Decreto 2767 de 1945 Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el decreto mencionado (..)

Artículo 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567, 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 o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

PAR. 1º—Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo 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 o 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. (...)

Artículo 13. —Las disposiciones del presente decreto, tanto en lo que se refiere a los trabajadores del servicio oficial como a los de las empresas particulares, sólo le serán aplicables mientras no existan normas legales de carácter especial, o estipulaciones contractuales, que les concedan derechos más amplios o que regulen su situación jurídica en lo referente al auxilio de cesantía de una manera más favorable."

-Ley 344 de 1996

Es equivocada la interpretación y aplicación normativa realizada por la Entidad Demandada del postulado del artículo 13 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, el cual estableció:

"Artículo 13º - Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: Ver Art. 3º Decreto Nacional 1919 de 2002

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;..."

Es claro entonces, QUE A PARTIR DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 344 DE 1996, la liquidación de las cesantías parciales de los docentes que se vinculen, se hará año por año, lo que significa que los docentes territoriales, que fueron afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, entre el 1 de enero de 1990 y el 31 de 1996, se les respetaría el régimen aplicable en cada entidad territorial, es decir la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1160 de 1946, situación por la cual insistimos respetuosamente ante este despacho, el régimen de sus cesantías debía ser retroactivo.

-Decreto Nacional 1582 de 1998

El Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998, reglamentario de la Ley 344 de 1996, en su artículo 1 desarrollo:



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998"

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

Conforme a lo anterior, se observa que mi mandante tiene derecho a que en el reconocimiento y pago de su CESANTÍA, la entidad demandada aplique lo contenido en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Decreto 196 de 1995 Art.5, que reglamento la Ley 60 de 1993, la Ley 115 de 1994, Ley 344 de 1996: Art.13 y 14, Decreto 1582 de 1998 y demás normas que consagran su pago en forma retroactiva, no solamente en el presente caso, sino como una obligación futura, pues debemos recordar que el auxilio de cesantía puede solicitarse de manera parcial, según las voces de la normatividad explicada y en especial en los Decretos 2755 de 1966 y 888 de 1991

SUTENTO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL EN QUE SE FUNDAMENTA LA RECLAMACIÓN:

La concepción de Estado Social de Derecho imperante en Colombia, como eje Constitucional, en su organización, impone a las autoridades actuar dentro de lo previsto en la Ley. En su esencia y desarrollo se constituyen el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, como la expresión democrática más profunda en una estructura social, la cual encuentra asidero en la expresión de la Constituyente de 1991, al incorporar en la Carta Fundamental el artículo 121 que prescribe: "...Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen a Constitución y la Ley..." determinándose constitucionalmente el principio de la responsabilidad de los servidores públicos, extensible a los fundamentos de la organización del Ente Estatal.

Sea lo primero señalar que conforme a la Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997, Magistrados Ponentes: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Y VLADIMIRO NARANJO MESA. Expediente D-1590, D-1599, D-1599, D-1607 y D-1613. Actor: Luis Antonio Vargas Álvarez y Otros, dentro del estudio que hizo la Corporación de la Ley 344 de 1996 y en especial de su artículo 13 se estableció:

"...Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertible para trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorio para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquella en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia..."

()



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

El régimen de cesantías resulta reformado por el artículo 13 de la ley 344 de 1996 para las personas que se circulen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación PARCIAL de cesantías por anualidades o fracciones de ellas. Se cambió, pues, por el legislador –que era quien podía hacerlo –el sistema que se hallaba en vigor, y a ello se procedió con el propósito definido de disminuir o atemperar el gasto público...” (subrayado y negrillas fuera de texto).

Y en ese mismo sentido, ha determinado la H. Corte Constitucional que el pago de las cesantías debe realizarse de forma completa, pues ésta constituye una prerrogativa laboral objeto de protección constitucional. Así, la Sentencia T-777 del 12 de agosto de 2008, Magistrado Ponente: RODIGO ESCOBAR GIL. Expediente T-1.763071. Actor: Gladys Jovita Pino Guzmán determinó:

“... El auxilio de cesantía, es una prerrogativa laboral, que se articula como una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador, y originariamente se consagró como eventual remedio frente a la pérdida del empleo. Se trata sin duda, de una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantías -, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda... Las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales. Ha considerado la Corte que según la doctrina constitucional, la creación y aplicación de las normas que versan sobre materias laborales –entre ellas las obligaciones prestacionales-, exigen de los funcionarios competentes especial celo pues, en lo referente a las prerrogativas reconocidas por el sistema jurídico a los trabajadores, y bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, tanto el legislador como la autoridad administrativa carecen de atribuciones que impliquen la consagración de normas o la adopción de procedimientos contrarios a las garantías mínimas que la Constitución ha plasmado con el objeto de brindar especial protección a las relaciones laborales...” (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Y frente al reconocimiento y pago de las cesantías con retroactividad, la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de febrero del 2008, radicado No.250002325000 200304095 01, C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante señaló:

“... El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

La Ley 65 de 1946, en su artículo 1, ordenó:...

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

(...)

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual.

En el orden territorial el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 (...)

Conforme a lo expuesto, han existido para el sector público tres regímenes de liquidación de cesantías, que son: a) el de liquidación retroactiva; b) los afiliados al Fondo Nacional de Ahorros y c) los pertenecientes a fondos privados de cesantías.

(...)



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

La Retroactividad de las cesantías es aplicable a aquellos empleados vinculados antes del 30 de diciembre de 1996, (...)." (Subrayado fuera de texto)

Y en la misma línea, la SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B". Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01365-01(0088-10) Actor: GLORIA ISELA DAZA ORTEGA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, determinó:

"...Por lo anterior y de acuerdo con la fecha de vinculación de la actora a la docencia y con los documentos que obran en el expediente que acreditan su carácter de "cofinanciada" (...); el régimen prestacional que le es aplicable es el que corresponde a los empleados del orden territorial, integrado por el artículo 17 de la ley 6 de 1945, el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947. De conformidad con estas disposiciones, la cesantía debe liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicios computado todo el tiempo trabajo, teniendo en cuenta el último salario devengado (a menos que haya tenido modificaciones en los 3 (últimos meses), y computando todo aquello que implique directa o indirectamente, retribución ordinaria y permanente de servicios

De otro lado cabe reiterar lo que ya ha señalado esta Corporación, en el sentido de que existen tres sistemas de liquidación de las cesantías de los empleos territoriales, los cuales son: i) Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; ii) De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último iii) el Sistema del Fondo Nacional de Ahorro (...)"

Ahora bien. Dado que la demandante es una docente del régimen territorial, vinculada desde 1981 al Municipio de Leiva (antes del 30 de diciembre de 1996), sus cesantías deberán liquidarse con retroactividad, pues así lo establecen el artículo 6 de la ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial "(Negrillas fuera del texto)

El Consejo de Estado es claro en indicar que el sistema creado por la Ley 50 de 1990 cubre a las personas vinculadas a **partir del 31 de diciembre de 1996** y por ende la administración incurre en un error al aplicar al docente el régimen de cesantías por anualidad e intereses. Así mismo, el Decreto 1582 de 1998, que reglamenta parcialmente el artículo 13 de la ley 344 de 1996, establece que el régimen de anualidad e intereses se aplicará para los servidores públicos vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

Desde la nacionalización de la educación, terminada en el año de 1980, la nación congeló los recursos para el nombramiento de docentes y estableció la prohibición de nombramiento; sin embargo, los entes territoriales debieron asumir el nombramiento de docentes territoriales para el ejercicio de la docencia oficial y la prestación del servicio público educativo, circunstancias que visualizó el gobierno nacional, ordenando su vinculación al FONDO PRESTACIONAL y regulando a partir del 1 de enero de 1997, que toda vinculación se realizaría conforme a la Ley 91 de 1989, pero protegiendo el derecho de los que habían sido nombrados por la entidad territorial hasta el 31 de diciembre de 1996.

La Nación se retardó en reconocer la existencia de estos docentes y poco se preocupó por legislar, reglamentar o dar claridad sobre sus asuntos laborales y prestacionales que siempre quedaron en un limbo jurídico, prestándose para abusos de gobernadores y Alcaldes que en innumerables casos ni siquiera les reconocieron y pagaron sus salarios y prestaciones mínimas de Ley.



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

Cuando el costo de servicio de estos docentes creció de manera considerable, muchas entidades territoriales se vieron en serios problemas financieros para cubrir y garantizar el pago de la carga laboral y prestacional que generaron sus nombramientos. Ante estos problemas la nación, de manera tímida quiso ayudar a solventar la carga económica que ocasionaron estas vinculaciones, para lo cual se acudió a las "figuras de la financiación o cofinanciación" de estas plazas, a través de las cuales la Nación adquirió el compromiso del pago total o parcial del costo de las mismas sin que cambiara la naturaleza territorial del nombramiento.

El compromiso que asumió la Nación con los docentes territoriales no fue pleno, puesto que mediante estos convenios administrativos, firmados entre ésta y cada ente territorial, se financió o cofinanció de la Nación, las que continuaron bajo la responsabilidad exclusiva de los entes territoriales.

Para el Magisterio Colombiano no es desconocido que los problemas salariales y prestacionales de los docentes territoriales tan solo se vinieron a solucionar de manera PARCIAL con la entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001, que acogió los costos de su nómina y de sus prestaciones dentro de los pagos a cargo del sistema general de participaciones del sector educativo.

La Ley 91 de 1989, determinó que los docentes que se nombren como docentes nacionales a partir del 1 de enero de 1990, se les liquidará año por año y se les reconocerá intereses sobre saldos acumulados a 31 de diciembre de cada año.

Es claro entonces, que si la Ley 91 de 1989 negó la posibilidad de que los docentes territoriales se beneficiaran de la afiliación al FNPSM, mal podría entonces haber cambiado su régimen de cesantías, como de manera equivocada lo vienen sosteniendo los funcionarios del Ministerio de Educación Nacional, FONPREMAG y la entidad fiduciaria que administra sus recursos.

Es conveniente precisar que tan solo en el año de 1995 a los docentes territoriales se les permitió la afiliación al FONPREMAG, con la condición de respetar, en todo caso, el régimen prestacional vigente al momento de afectarse la misma. En efecto, el artículo 5 del decreto 196 del 25 de enero de 1995, por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, estableciendo lo siguiente:

"Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto. " (Negrillas son nuestras).

En estas condiciones, la Ley 91 de 1989 cambió el régimen de liquidación de las prestaciones sociales de los afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pero los docentes vinculados a las entidades territoriales solo vinieron a afiliarse al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como lo ordenó la Ley 115 de 1994 y el Decreto Nacional 196 de 1995.

Es evidente que en este Caso debe aplicarse el sistema de retroactividad de las cesantías para los empleados de orden territorial y que estuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que cambió la forma de liquidar esta prestación para todos los servidores que a su vez por el artículo 5 del Decreto 1582 de 1998.



Esto significa que los docentes territoriales, nombrados antes del 31 de diciembre de 1996 se les debe respetar la liquidación de las cesantías de manera retroactiva y que equivalen a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, sino ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año (Ley 6 de 1945).

Ahora bien, este error en la aplicación de la normatividad vigente en cuanto a las cesantías de los docentes territoriales en que han incurrido todas las entidades públicas, que tienen la obligación de liquidar, reconocer y pagar esta prestación, ha lesionado los intereses económicos de estos trabajadores, puesto que a todo docente territorial nombrado entre el 1 de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1996 se le viene liquidando esta prestación año por año, y sobre los saldos anuales le han pagado los intereses respectivos, desconociendo de plano la liquidación retroactiva, lo que viene causando un gran perjuicio económico en contra de estos educadores.

En razón a lo expuesto, la accionante por su fecha y tipo de vinculación tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y las normas que sustentan la pretensión de la presente acción han sido violadas por la entidad demandada por FALTA DE APLICACIÓN, pues no obstante reunir y cumplir los actores los requisitos legales para tener derecho a dicho régimen, su derecho fue desconocido.

Por lo tanto, al no reconocer ni liquidar el auxilio de cesantías de mi mandante de forma retroactiva, se advierte una deliberada intención de desconocimiento del derecho sin el menor asidero jurídico. Quienes cumplen los requisitos legales para adquirir este derecho, esperan adquirirlo de manera legítima, motivo que no puede verse truncado por la actitud arbitraria de las demandadas y es obligación en aplicación del principio de proporcionalidad constitucional respetar los derechos adquiridos.

Así las cosas mi defendida cumple los requerimientos legales para que la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) les reconozca y pague a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO su CESANTIA RETROACTIVA, pero la entidad demanda a través de sus funcionarios partiendo de una subjetiva interpretación normativa, transgreden la Ley y hacen nugatorio el derecho que le asisten a mis mandantes, configurándose la violación directa de la Ley sustancial, como causal de nulidad del acto atacado a través de este medio de control.

V. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Teniendo en cuenta que en el presente asunto las pretensiones están estrechamente relacionadas con derechos que son de carácter irrenunciable por desprenderse de ellos, principios laborales mínimos consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, y atendiendo el contenido del numeral 1 del artículo 161 del C.P.A.C.A., no se exige el requisito de procedibilidad previsto para la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009; posición que ha sido unificada por el Honorable Concejo de Estado¹, situación que lleva a que de forma directa se presente esta demanda.

¹ Sentencia de Unificación de julio 31 de 2012, C.P. Dra. Maria Elizabeth García González, Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01.

Ver Auto Interlocutorio de septiembre 24 de 2013, M.P. Franklin Pérez Camargo, Exp. No. 76-001-23-33-000-2013-00664-00



VI. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTIA:

Atendiendo el contenido del artículo 157 de la Ley 1437 de 2011, la cual establece que la cuantía se determinara por el valor de la pretensión. Para efectos de determinar la cuantía, señalaremos que la accionante tiene derecho a la liquidación de las cesantías bajo el sistema retroactivo y no según la liquidación anual y sin retroactividad que actualmente aplica la entidad demandada. De esta manera las cesantías liquidadas con base en el último salario devengado, teniendo en cuenta las anteriores premisas se establece la cuantía así:

FECHA		DOCENTE	LIQUIDACION		LIQUIDACION	DIFERENCIA
VINC.	CORTE LIQU		RESOLUCIÓN	TOTAL	C. RETROACTIVA	ANUAL/RETRO
03/10/1994	30/12/2016	GLAYS COLINA MARMOLEJO	310-054-026-293-2017	\$ 36.862.974,00	\$ 72.445.885,13	\$ 35.582.911,13

Que la liquidación relacionada en el cuadro anterior es el resultado de la siguiente operación matemática:

LIQUIDACIÓN CESANTIA RETROACTIVA	DIAS	SALARIO	DIAS	TOTAL
	LABORADOS	PROMEDIO	DEL AÑO	
GLADYS COLINA MARMOLEJO	6971	\$3.741.288,00	360	\$72.445.885,13

VII.COMPETENCIA:

Por la naturaleza de la acción, origen del acto acusado, naturaleza de la entidad demandada y cuantía de la pretensión mayor que la estimo en TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS (\$35.582.911,00), y por el último lugar de prestación del servicio, que fue el municipio de Tuluá, es competente ese honorable despacho judicial para conocer del presente juicio en primera instancia en los términos del numeral 2 del Artículo 155 de la Ley 1437 de 2011. Dejando claro que este monto no cuenta aún con la correspondiente indexación.

VII. PRUEBAS

DOCUMENTALES: Solicito tenga como pruebas las siguientes:

- Copia del acto de nombramiento Decreto 1760 de septiembre 09 de 1994
- Acta de posesión como docente No.1915 del 28 de Septiembre de 1994.
- Resolución No. 310-054-026-293 2017. - "Por la cual se reconoce y ordena el pago de una CESANTIA PARCIAL PARA REPARACIÓN".
- Certificado de tiempo de servicio de cada uno de los docentes.
- Certificado de Salarios de cada uno de los docentes.
- Solicitud de reliquidación de cesantías retroactivas Radicado 20175649 del 8 de agosto de 2017.
- Respuesta Negando la solicitud de radicado 5649, mediante oficio SAC 2017RE733 de agosto 18 de 2017

IX. ANEXOS

1. Aporto los documentos relacionados como pruebas
2. Poder debidamente otorgado



GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH
Abogada
Especialista en Derecho Constitucional

X. NOTIFICACIONES

LA DEMANDADA:

- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, recibirá notificaciones en el Centro Administrativo Nacional. (CAN), ubicado en la calle 43 No. 57-14 en Santafé de Bogotá D.C., y el correo electrónico notificacionesnacionales@mineducacion.gov.co

DEMANDANTE:

- La Suscrita y el Convocante la Recibiré en la Carrera 13 número 6-51 Edificio Maria Fernanda de la ciudad de Buga. Celular 316-6194257, y en el correo electrónico notificacionesgloria@gmail.com

Del señor Juez,

GLORIA EUGENIA JIMENEZ BETANCOURTH
C.C.38.872.804 de Buga, Valle
T.P. 135.647 del C. S. J.