



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

Cartagena de Indias D.T y C, veintinueve (29) de Agosto de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00132-00
Demandante	LUIS CARMELO PUELLO TORRES
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS EN DOCENTES
Sentencia No	0151

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **LUIS CARMELO PUELLO TORRES**, a través de apoderado judicial, contra el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

1. El señor Luis Carmelo Puello Torres, ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – MUNICIPIO DE ARJONA, desde el 21 de septiembre de 1995, y hasta la fecha.
2. El actor mediante formato entregado por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, presentó el 17 de septiembre de 2015 solicitud para el reconocimiento y pago de su cesantía parcial.
3. La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante Resolución No.3673 del 15 de diciembre de 2015, reconoció y ordenó el pago de cesantía parcial por un monto de \$15.658.263, Resolución que fue notificada el 21 de enero de 2016.
4. A pesar de la fecha de vinculación de mi mandante, la entidad demandada aplicó a efectos de liquidar su cesantía parcial el régimen contemplado en el literal B), numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y no el contemplado en la ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes.

- PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo resolución No. 3673 de 30 de diciembre de 2015, expedida por Manuel Antonio Fernández Álvarez, en calidad de secretario de educación del departamento de Bolívar, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a favor del demandante.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

2. Que se ordene a FOMAG que reconozca y pague la cesantía parcial de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de la vinculación del demandante como docente el 21 de septiembre de 1995 mediante decreto No. 120 del 01 de septiembre de 1995 y con posesión del 21 de septiembre de 1995; y se liquide sobre el último salario devengado a la fecha de presentación de la solicitud de cesantías, con la totalidad de los factores salariales.
3. Que se ordene a FOMAG que liquide, reconozca y pague la cesantía parcial de manera retroactiva conforme la ley 6 de 1945, decreto 2767 de 1945, ley 65 de 1946, decreto 1160 de 1947 y ley 344 de 1966.
4. que se condene a FOMAG a pagar la suma de \$13.301.027 que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida en la resolución No. 3673 de 30 de diciembre de 2015 y la cesantía parcial retroactiva debidamente liquidada.
5. Que las demandadas se obliguen a dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en los artículos 192 y 195 CPACA.
6. Que los valores reconocidos en la sentencia sean debidamente actualizados e indexados.
7. Que sobre los valores reconocidos se paguen intereses de mora conforme el artículo 192 del CPACA.
8. Se condene al pago de costas y gastos del proceso.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política
- Ley 6 de 1945, artículos 12 y 17 literal A; Decreto 2767 de 1945, artículo 1; Ley 65 de 1946, artículo 1; Decreto 1160 de 1947, artículos 1, 2, 5 y 6; Decreto 1848 de 1969, artículo 89; Decreto 1045 de 1978, artículos 5, 40 y 45; Decreto 2563 de 1990, artículos 7 y 9; Ley 4 de 1992, artículo 2 lit. a); Ley 60 de 1993, art. 6; Ley 115 de 1994, art. 176; Decreto 196 de 1995, art. 5; Ley 344 de 1996, art. 13; Decreto 1582 de 1998, art. 1; Ley 1071 de 2006, art. 5 parág.

En cuanto al fundamento la apoderada del accionante, manifiesta:

De la normativa que se expone es claro que las cesantías de los docentes territoriales se liquidaban bajo el régimen de retroactividad, cualquiera sea la causa de su retiro, hállese o no en carrera administrativa; advirtiendo además que para el cómputo de este auxilio se debe tener en cuenta no solo el salario básico sino todos aquellos factores salariales que se perciban a cualquier otro título y que impliquen directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, paralelamente se debe recordar que la ley 91 de 1989 indicó que se respetarían los derechos adquiridos de los regímenes especiales, como el que posee el demandante, indicativo ello de que en ningún momento se modificó el sistema de liquidación de cesantías que se tenía en este momento sobre la aplicación del régimen de los empleados territoriales en torno a tal asunto, por lo que a los mismos les es aplicable el sistema de retroactividad de las cesantías.

- CONTESTACIÓN

FOMAG: En el caso concreto de la docente, se puede observar que de acuerdo a los documentos que soportan la demanda, su vinculación fue en fecha posterior al 31 de diciembre de 1989, cual es el último plazo para ser beneficiario de la aplicación del régimen retroactivo del auxilio de cesantías.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

En este sentido, de acuerdo a la fecha de vinculación, el régimen aplicable no es el retroactivo, como pretende la actora, sino el anualizado, lo que significa que las normas por las cuales se ha regido el reconocimiento de cesantías, es el jurídicamente adecuado.

Debe advertirse, además, que el pago de la referida prestación se realizara cuando exista la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo directivo del Fondo atendiendo la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, en la que se manifestó:

(...) "el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan."

Así mismo, es importante recordar que los actos administrativos llevan inherente una condición suspensiva, que para el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la disponibilidad presupuestal con la que cuente según los recursos provenientes de Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y esta sujeción, es la que precisamente influye el pago tardío que aduce el actor, en cuanto al pago de las prestaciones sociales.

En este punto, es pertinente destacar el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia T-293 de 1996, respecto del tema en referencia:

(...) debe respetarse el orden de las solicitudes de pago y tener en cuenta la disponibilidad presupuestal.

El concepto anteriormente expuesto, es reiterado y complementado en las sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998, cuando al referirse al fin último de respetar el orden de las solicitudes se busca:

(...) que el pronunciamiento del juez de amparo no vulnere los derechos de otros educadores que, encontrándose en las mismas circunstancias, se someten al turno asignado por las entidades competentes siguiendo el orden de llegada de las solicitudes.

A partir de lo anterior, se deduce, que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente a la demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

En consecuencia, es completamente trascendental sostener que la disponibilidad presupuestal para esta Fiduciaria como ente eminentemente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Por lo tanto, no puede endilgarse una negligencia por parte de mi defendida debido a que el reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lincamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, que se llevó a cabo adecuadamente, y en atención del principio de igualdad.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

Por otro lado, es importante señalar que el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

En el caso de las cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales, estas también se incluyen dentro del decreto 2831 de 2005, y por tanto no están cobijadas por las demás normas respecto al tema. Presenta las excepciones de falta de legitimación en la inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe, genérica e innominada.

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR: Los docentes tanto a nivel nacional y territorial se encuentran amparado por un régimen especial, el implica una legislación específica y exclusiva para ese sector de empleados.

La sanción moratoria reconocida en la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, establece el término para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas, así como el pago tardío, pero sólo respecto de algunos servidores públicos dentro de los cuales no se menciona al personal docente oficial, razones por las cuales se debe proceder a denegar las pretensiones. Presenta las excepciones de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" y "COBRO DE LO NO DEBIDO".

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 29 de junio de 2016, admitida mediante auto del 04 de agosto del mismo año, notificada mediante estado 126 de 2016.

Por auto del 27 de marzo del 2017, se cita a las partes a audiencia inicial para el 26 de abril de 2017, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas.

La audiencia de pruebas se celebró el 30 de junio del 2017; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Ratifica los supuestos de hecho y de derecho sobre los que se soporta la demanda, manifestando que siendo un docente de carácter municipal, y teniendo en cuenta su fecha de vinculación se debe aplicar el régimen de cesantías retroactivas, y lo el anualizado como erróneamente lo hizo la entidad demandada.

FOMAG: La Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna, por lo tanto, en lo que respecta a los términos y el procedimiento para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, corresponde acudir a dicho canon y a las normas que lo



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

reglamentan para determinar las etapas, condiciones, términos y formalidades propias del trámite de reconocimiento.

Se debe tener en cuenta que, de conformidad con el numeral 3 o del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, se determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a este sector del régimen de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990. La Ley 344 de 1996, así como a las citadas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En materia de cesantías la Ley 91 de 1989 establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si tiene derecho el demandante a que se reliquide y pague de manera retroactiva las cesantías parciales que le fueron reconocidas mediante resolución No. 3673 de 30 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente desde el 21 de septiembre de 1995, y el último salario devengado a la fecha de presentación de la solicitud de cesantías, con la totalidad de los factores salariales.

- TESIS DEL DESPACHO

Con sustento el escenario fáctico y jurídico determinado en el asunto sub lite, las cesantías del señor LUIS CARMELO PUELLO TORRES se rigen por el sistema de liquidación con retroactividad establecido en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, por cuanto su vinculación al ramo docente fue en el orden territorial y antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996 (31 de diciembre de 1996).

Establecido lo anterior se declarará la nulidad parcial del acto administrativo acusado y como restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad corregir la historia laboral indicando que las cesantías de la docente se rigen por el sistema de retroactividad, por lo que deberá la entidad pagar la diferencia respectiva, la cual se indexará a la fecha de ejecutoria de la sentencia. Por todo lo





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

anterior, no prosperan las excepciones alegadas por el apoderado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.

De otro lado, frente al Departamento de Bolívar se declarar probada la excepción de Inexistencia de la obligación, pues dicha entidad territorial solo funge de simple intermediaria en cuanto al reconocimiento y pago de la cesantía, tal como lo ha dejado claro la normativa especial, ya que la obligación recae sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Se ha de recordar que las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

Como quedó expuesto, la Ley 91 de 1989 creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

Dicha ley definió las tres categorías de docente, así:

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

- 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
- 2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
- 3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975. (...)”*

Debe decirse que las prestaciones sociales de los docentes **nacionales** como **nacionalizados** están regulados en la Ley 91 de 1989, según se desprende del contenido del artículo 4º:

“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 renuncias 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”.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

En el párrafo del artículo 2° previó que las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado causadas hasta la fecha de su promulgación, se seguirían 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:

"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".

En el numeral 1° del artículo 15, dispuso frente al régimen prestacional:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

"3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional".





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

De otro lado, los **docentes territoriales** son aquellos que fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y **con cargo a sus propios recursos**; de ahí que, si no surge un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial.

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990 (nacionales y nacionalizados) dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los **docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios** mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Seguidamente se explicará con mayor especificidad dichos sistemas.

Del régimen de cesantías retroactivo.

El Régimen de liquidación de cesantías por retroactividad, implica que las cesantías se liquidan con base en el último salario devengado por el trabajador, multiplicado por el número de años que trabajó, suma que se entrega al momento del retiro o de la terminación del vínculo laboral. Si hay modificaciones a ese salario en los últimos tres meses de trabajo, se hace el reconocimiento con base en el promedio de lo recibido en el último año de trabajo.

La Ley 60 de 1993, vigente a partir del 12 de agosto de ese año, consagró en el artículo 6 que las prestaciones sociales de los **docentes con vinculación departamental, distrital y municipal** continuarían gobernándose por el régimen vigente en la respectiva entidad territorial.

De ahí que, en el nivel territorial el auxilio de cesantías continuó bajo los lineamientos de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, normas que consagran su pago en forma retroactiva.

De un lado, la Ley 6 de 1945 en el artículo 17 dispuso a favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, entre otras prestaciones, 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 1º de enero de 1942.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

Tal prerrogativa (cesantías y las demás prestaciones sociales allí previstas) se hizo extensiva en virtud del artículo 1 del Decreto 2767 de 1945 a los empleados y obreros al servicio de los Departamentos y Municipios.

Y luego, el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 extendió las cesantías a los trabajadores del orden territorial y a los particulares.

En 1947, el Presidente de la República profirió el Decreto 1160, que en el artículo 2 reiteró lo dispuesto en normas anteriores.

El artículo 115 de la Ley 115 de 1994, Ley General de la Educación, dispuso que las prestaciones sociales de los docentes se regirían por dicha ley, así como por las leyes 91 de 1989 y 60 de 1993:

"ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Por su parte, el Decreto 196 de 1995 reglamentó el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, señalando:

"Artículo 5º.- Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. 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.

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan". 8Negrillas y subrayas fuera de texto).

El Decreto 1919 de 2002, señaló en su artículo 3º, que "los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000".

En la actualidad el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996, que conserven ese tipo de nombramiento.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

Del régimen anualizado de cesantías.

Consiste en que anualmente el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas con la consignación en la administradora de cesantías –de elección del trabajador- antes del 14 de febrero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990¹⁶; mientras que en el sector público fue la Ley 344 de 1996 la que desmontó el sistema de retroactividad.

Con el objeto de racionalizar el gasto público el Congreso de la República expidió la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 1317 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de su publicación, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 44.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial N° 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vinculen a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal) tendrán el régimen anualizado de cesantías, exceptuando al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Se deja además a salvo los derechos convencionales y lo estipulado en la Ley 91 de 1989.

Por lo anterior, **el régimen de liquidación anual de cesantías se impuso como regla general a partir del 31 de diciembre 1996**, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

El Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada) por medio del Decreto 1582 de 1998, disponiendo en su artículo 1°:

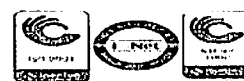
“El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el 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.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

En relación con el auxilio de cesantías el Consejo de Estado¹, ha señalado que existen tres sistemas de liquidación, 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; ii) De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último iii) el Sistema del Fondo Nacional de Ahorro el cual rige para los servidores que a él se afilien y

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 10 de febrero de 2011. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado Interno: 0088-10.





231

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación". (Negrillas fuera de texto)

Igualmente se ha de recordar que mediante el Decreto N° 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro, estableciendo en el capítulo IV una forma de liquidación anual de cesantías para sus afiliados.

En ese orden de ideas, en el ramo docente es posible que en la actualidad algunos educadores conserven el régimen retroactivo de cesantías, mientras que otros se rijan por el régimen anualizado establecido en la Ley 344 de 1996; ello dependerá de la fecha y tipo de vinculación laboral.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

Sostiene el demandante, LUIS CARMELO PUELLO TORRES, que labora como docente para el Departamento de Bolívar - municipio de ARJONA, desde el día 21 de septiembre de 1995, que en el año 2015 solicitó el pago de cesantías parciales, y al liquidarlas se aplicó el literal B), numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, cuando en realidad debió aplicarse el régimen de cesantías retroactivas, en atención a la naturaleza de la vinculación del docente accionante.

De las pruebas que existen en el expediente, se determina que el señor LUIS CARMELO PUELLO TORRES, mediante Decreto N° 120 del 01 de septiembre de 1995 expedido por el Alcalde del municipio de Arjona (Bol), fue nombrado en la Escuela Nuevo Costurero No. 2. Se posesionó el 21 de del mismo mes y año (Fols. 31 -36), en el artículo segundo del acto administrativo mencionado se indica que:

"La asignación salarial será la que corresponda al Grado que acrediten los docentes en el Escalafón Nacional Docente y de conformidad con las reglas que regulen el régimen salarial de éstos y se cancelarán con cargo al Municipio" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así mismo se observa que mediante certificados que reposan a folios 134 a 144 se reitera que la vinculación del docente es de carácter municipal; igualmente se destaca que en el artículo primero de la Resolución 3673, que el derecho reconocido le corresponde por el tiempo de servicio como docente MUNICIPAL, y a pesar de ello se le aplica el régimen de anualidad.

A efecto de dar más claridad al régimen de cesantías aplicable en el *sub lite*, es pertinente tomar en consideración la fecha en la que el accionante ingresó a la docencia; esto es, el 21 de septiembre de 1995 cuando en cumplimiento del Decreto N° 120 se posesionó en la Escuela Nuevo Costurero No. 2 y empezó a devengar las prestaciones sociales correspondientes.

De esta manera, con sustento en el escenario fáctico y jurídico antes determinado las cesantías del señor LUIS CARMELO PUELLO TORRES se rigen por el sistema de liquidación con retroactividad establecido en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, por cuanto su vinculación al ramo docente fue en el orden territorial y antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996 (31 de diciembre de 1996).

Establecido lo anterior se declarará la nulidad parcial del acto administrativo acusado y como restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad corregir la historia laboral indicando que las cesantías de la docente se rigen por el sistema de retroactividad, por lo que deberá la entidad pagar la diferencia respectiva, la cual se indexará a la fecha de ejecutoria de la sentencia. Por todo lo anterior, no prosperan las excepciones alegadas por el apoderado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

De otro lado, frente al Departamento de Bolívar se declarar probada la excepción de Inexistencia de la obligación, pues dicha entidad territorial solo funge de simple intermediaria en cuanto al reconocimiento y pago de la cesantía, tal como lo ha dejado claro la normativa especial, ya que la obligación recae sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.

Prescripción.

Como la Resolución N° 3673 data del 30 de diciembre de 2015, la conciliación prejudicial se radicó el 07 de abril de 2016 suscribiéndose la constancia de fracaso el 24 de mayo y la demanda se presentó el 29 de junio del mismo año, no se ha configurado el fenómeno de la prescripción.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

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

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de "Inexistencia de la obligación", "Pago de lo no debido", "prescripción" y "Compensación", propuestas por la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Departamento de Bolívar.

TERCERO. DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución N° 3673 del 30 de diciembre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación de Bolívar en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto no aplicó para la liquidación de las cesantías el régimen de retroactividad.





232

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00132

CUARTO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

- Pagar, a favor de LUIS CARMELO PUELLO TORRES, la diferencia que dejó de reconocer en la Resolución N° 3673 del 30 de diciembre de 2015, que resulte de liquidar las cesantías aplicando el régimen de retroactividad, suma que se indexará a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

El IPC inicial será la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía parcial y el IPC final la fecha de ejecutoria de la sentencia.

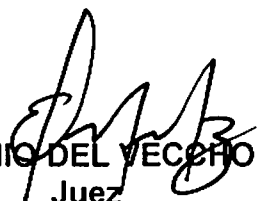
QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Se dará cumplimiento a esta Sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEPTIMO: Sin costas.

OCTAVO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍNGUEZ
Juez

