



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

Cartagena de Indias D.T y C, Veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00123-00
Demandante	ALVARO GAMARRA DIAZ
Demandado	NACION- MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE MAGANGUE
Tema	REGIMEN DE CESANTIAS PARA DOCENTES
Sentencia No	0107

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor ALVARO GAMARRA DIAZ, a través de apoderado judicial, contra el MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE MAGANGUE.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Aduce la parte demandante que no obstante haberse vinculado al municipio de MAGANGUÉ - BOLIVAR como docente desde el 08 de Septiembre de 1995, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, al momento de resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales que elevó el día 03 de octubre de 2016, a través de la **Resolución No. 268 de 26 de diciembre de 2016**, para efectos de liquidar dicha prestación, aplicó el régimen contemplado en el literal B), numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y no el régimen contemplado en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y la Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva, al cual dice que tiene derecho.

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad de la Resolución No. 268 del 26 de diciembre de 2016, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ – BOLÍVAR, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de unas cesantías parciales a favor del demandante.

2- Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el demandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y MUNICIPIO DE MAGANGUE BOLIVAR, le reconozca, liquide y pague sus cesantías de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios del actor desde su vinculación como docente desde 08 de septiembre de 1995 y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de presentación de la solicitud de cesantías, con la totalidad de los factores salariales, conforme a lo establecido en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y la Ley 344 de 1996.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

3- Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y MUNICIPIO DE MAGANGUE BOLIVAR, a pagar a favor del demandante el valor de \$40.779.564 que resulta de las diferencias que resulten entre lo reconocido y pagado en virtud del acto administrativo contenido en la Resolución No. 268 del 26 de diciembre de 2016, y lo que se le debió pagar conforme a lo establecido en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y la Ley 344 de 1996, que contempla el pago de cesantías de manera retroactiva

4- Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y MUNICIPIO DE MAGANGUE BOLIVAR, a pagar a favor del demandante el mayor valor que resulte de las cesantías retroactivas debidamente liquidadas, contado desde el momento de la presentación de la demanda, hasta el momento en que la entidad demandada efectúe el reconocimiento y pago de la diferencias que se estén cobrando.

5- Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA.

6- Que se condene a la demanda a reajustar las sumas reconocidas en los términos del artículo 187 del CPACA

7- Que se condene a la demandada al pago de intereses moratorios

8- Que se condene a la demandada al pago de costas.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera la apoderada judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

Constitucionales. Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122.

Legales: Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y la Ley 344 de 1996.

En respaldo de sus pretensiones, expresó, en síntesis, los docentes territoriales nombrados 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, si no ha sido modificado en los últimos tres meses o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año.

Ahora bien, este error en la aplicación de la normatividad vigente en cuanto a las cesantías de los docentes territoriales en que ha incurrido todas las entidades públicas o privadas que tienen la obligación de liquidar, reconocer y pagar esta presentación, 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 se le han pagado los intereses respectivos, desconociendo de pleno su derechos a la liquidación retroactiva, lo que viene causando un gran perjuicio económico en contra de los educadores.

- CONTESTACIÓN

FOMAG: manifiesta que la docente se vinculó el 08 de septiembre de 1995, fecha posterior al 31 de diciembre de 1989, cual fue el último plazo para ser beneficiado con la aplicación del régimen retroactivo de auxilio de cesantías. En ese sentido, de acuerdo a la fecha de vinculación, el

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 2 de 12





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

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.

MUNICIPIO DE MAGANGUE. No contestó la demanda.

- **TRÁMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el 01 de junio de 2017 y admitida en auto del 01 de agosto de 2017, notificada mediante estado electrónico 096 de 2017.

Se citó a las partes a audiencia inicial para el 14 de marzo de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA; llegada la fecha señalada para la diligencia, la misma se realiza y se fija fecha para audiencia de pruebas para el 19 de abril de 2018, durante el trámite de la audiencia la misma es suspendida y se reanuda el 03 de agosto de 2020, en ella se incorporó las documentales decretadas y se cerró el debate probatorio. Seguidamente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión dentro de los 10 días siguientes.

- **ALEGACIONES**

DEMANDANTE: Frente al vacío existente de cual régimen aplicar a los empleados de orden territorial, fue que se expidió la ley 344 de 1996 y el Decreto reglamentario Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998, que en su artículo 1, determinó que los docentes territoriales QUE SE VINCULARAN APARTIR DEL 31 DE 1996, se les aplicaría la ley 50 de 1990, es decir, régimen anualizado de cesantías, cubriendo el vacío existente y quedando a contrario sensu y como consecuencia claro que a los DOCENTES Y EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES, que fueron vinculados antes de esta fecha, LA NORMA APLICABLE SERÍA LA GENERAL CONTENIDA EN LA LEY 6 DE 1945.

Entonces, como la ley 91 de 1989, no les resultaba aplicable a los docentes territoriales, PUES SOLO FUERON INCORPORADOS 4 años después de su creación y la ley 50 de 1990, solo les resulta aplicable si hubiesen sido vinculados después de 1 de enero de 1997, EL REGIMEN APLICABLE PARA ESTOS DOCENTES ES LA LEY 6 DE 1945 como lo indicamos, y por lo tanto las suplicas de la demanda, deben prosperar.

Se trata del simple cumplimiento de la ley, pues si la ley 91 de 1989, no le resulta aplicable a mi representado por no encontrarse afiliados al momento de su nombramiento, ni tampoco la ley 50 de 1990, (pues solo es aplicable a los docentes territoriales que se vinculen a partir del 1 de enero de 1997 – Decreto Nacional 1582 de 1998). Por lo tanto a estos empleados públicos territoriales, se les debe respetar el régimen aplicable existente al momento de su vinculación como lo manda la ley 60 de 1993 y su decreto reglamentario Decreto 196 del 25 de enero de 1995 en su artículo 5º, que no era otro que el establecido para cesantías en la ley 6 de 1945, PUES NO EXISTE NINGUNA OTRA NORMA EN EL TEMA DE CESANTIAS QUE PUEDA APLICARSE, pues la otra existente sería el Decreto 1318 de 1968, que SOLO es aplicable a docentes nacionales, situación que despeja cualquier duda al respecto..

FOMAG: De acuerdo a lo que obra en el expediente, el demandante fue posesionado el 08 de septiembre de 1995, este argumenta que debe ser beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, pues su nombramiento se efectuó por una autoridad territorial. No obstante, de acuerdo a la jurisprudencia arriba descrita se explica con suficiencia que los docentes que ingresaron a la prestación del servicio docente, a través del nombramiento legal y reglamentario, a partir de enero 1 de 1990 “no es solo por el hecho de 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 cobija a





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la ley 43 de 1975”.

De lo anterior se arguye que, este nombramiento se realizó:

- i) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 el cual inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980 y en esa medida se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.
- ii) Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9.º de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del Ministerio de Educación Nacional.

De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su carácter.

Analizando las pruebas que obran en el expediente y la información que obra en el FOMAG, el docente se posesionó el día 08 de septiembre de 1995 hasta el 30 de diciembre de 2015, y estuvo vinculado al régimen anualizado, toda vez que su vinculación fue posterior al año 1989, las pretensiones esgrimidas por el demandante no son de recibo, habida cuenta que las cesantías son propia del régimen de cesantías anualizado, por ende el régimen retroactivo de cesantías no rige al accionante, haciéndolo incompatible con lo pretendido en la demanda.

MUNICIPIO DE MAGANGUE: No presentó alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. No rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si tiene derecho el demandante a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y MUNICIPIO DE MAGANGUE BOLIVAR, le reconozca, liquide y pague sus cesantías de manera retroactiva, conforme a lo establecido en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y la Ley 344 de 1996.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

- **TESIS**

Con sustento en el escenario fáctico y jurídico antes determinado las cesantías del señor ALVARO GAMARRA DIAZ 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 del 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.

A las anteriores conclusiones arriba el Despacho teniendo en cuenta los fundamentos jurisprudenciales, normativos y probatorios que a continuación se exponen:

- **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 1983, 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica”.

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. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

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. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

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 renuncias 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. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

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 **cobija 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 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”. (Negritas fuera de texto)*

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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

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

El señor ALVARO GAMARRA DIAZ, se vinculó al servicio docente desde el 08 de septiembre de 1995, mediante decreto No. 341 de 28 de agosto de 1995, expedido por la Alcaldía del Municipio de Magangue.

El actor solicitó reconocimiento y pago de cesantías parciales a través de petición 03 de octubre de 2016, la cual le fue concedida en resolución 268 de 26 de diciembre de 2016. En esta resolución, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MAGANGUE - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció y ordenó el pago de cesantía parcial por un monto de \$31.182.590,00, Resolución que fue notificada el 25 de enero de 2017; y se le 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.

De las pruebas que existen en el expediente, se determina que el señor ALVARO GAMARRA DIAZ, mediante **Decreto N° 341 de 28 de agosto de 1995** expedido por la Alcaldía Municipal de Magangue (Bol), fue nombrado en la Escuela Rural Mixta de Ceibal; que se posesionó el 08 de septiembre de 1995; en el artículo segundo de dicho nombramiento se estableció que la asignación salarial será la que corresponda al grado que acrediten los docentes en el escalafón nacional y se cancelaran con cargo al municipio de Magangue; igualmente, en la resolución No. 268 de 26 de diciembre de 2016, mediante la cual se reconoce una cesantía parcial, se aclara que su vinculación es Municipal.

De esta manera, con sustento en el escenario fáctico y jurídico antes determinado las cesantías del señor ALVARO GAMARRA DIAZ 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 del 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.

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

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 10 de 12





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado² a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial de la **Resolución No. 268 de 26 de diciembre de 2016**, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de Magangue – 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.

SEGUNDO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar a favor de ALVARO GAMARRA DIAZ, la diferencia que dejó de reconocer en la **Resolución No. 268 de 26 de diciembre de 2016**, que resulte de liquidar las cesantías aplicando el régimen de retroactividad, suma que se indexará a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Se dará cumplimiento a esta Sentencia en los términos del artículos 187, 192 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

SEXTO: 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

Firmado Por:

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a

² Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00123-00

lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e4fa4407cf26fad3da12bbcccc8055030f56ea88f8440a320182a1a64f4b8a97

Documento generado en 22/09/2020 09:46:41 a.m.