



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, diecinueve (19) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Demandante: Aiden Yaneth Castellanos Sánchez
**Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio y Departamento de Boyacá**
Radicación : 150013333011201500021-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Aiden Yaneth Castellanos Sánchez en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la señora Aiden Yaneth Castellanos Sánchez, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 003976 de 26 de junio de 2014, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para la reparación o ampliación de vivienda.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene reconocer, liquidar y pagar las cesantías parciales en forma retroactiva como docente territorial; que se ordene la indexación de la condena mes a mes desde su exigibilidad y el pago de intereses comerciales y moratorios a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera.

Así mismo, pide que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas y agencias en derecho a las Entidades demandadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 CPACA.

2. Hechos

El apoderado de la parte actora refiere que la demandante fue nombrada en propiedad mediante Decreto No. 0039 del 16 de febrero de 1996, como docente municipal de la Escuela Normal Superior Sor Josefa del Castillo y Guevara de Chiquinquirá y que tomó posesión del cargo el 20 de febrero de 1996.

Indica que mediante petición radicada con el No. 2014-CES-016730 de fecha 19 de mayo de 2014, solicitó sus cesantías parciales con destino a la reparación de vivienda y que a través de Resolución No. 003976 de 26 de junio de 2014 le fueron reconocidas en forma anualizada y definitiva, siendo docente municipal.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Señala como vulnerados el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 90, 93, 94, 121, 122 y 209 de la Constitución Política; 15-1 de la Ley 91 de 1989; 2 y 84 del CCA; 2 de la Ley 4 de 1992; 17 del Decreto 57 de 1993; 5 del Decreto 1919 de 2002; la Ley 244 de 1995; el Acuerdo 34 de 1998 y las Leyes 446 de 1998, 640 de 2001 y 1071 de 2006.

Refiere que el régimen prestacional aplicable a la demandante es el que corresponde a los empleados de orden territorial, dado que fue nombrada por una Entidad Territorial en los términos del artículo 2 del Decreto 196 de 1995, que reglamentó parcialmente el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionado con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indica que el acto acusado quebranta los principios de igualdad y dignidad humana, toda vez que niega el pago de las cesantías parciales en forma retroactiva y coloca a la accionante en una situación de discriminación frente a los demás docentes que tiene igual vinculación y son beneficiarios del régimen retroactivo.

Manifiesta que la Administración actuó de manera indebida pues emitió actos administrativos en contra de la Ley, a sabiendas que los requisitos se cumplieron y que los derechos laborales son irrenunciables, además que desconoció la vinculación territorial de la docente, ocasionando graves perjuicios a la demandante y al erario público, pues el no pago oportuno da lugar a la sanción por mora.

Finalmente, aduce que se incurrió en falsa motivación porque el sustento del acto no es acorde con la realidad, pues partió de interpretación errónea de la norma, lo cual puso en grave riesgo a la demandante de perder su casa por no contar con los medios idóneos para cancelar la deuda adquirida con las entidades bancarias.

4. Contestación de la demanda

Las entidades accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

4.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f. 37 s.)

Manifiesta la apoderada que el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció dos (2) regímenes de cesantías, dependiendo de la fecha de vinculación del docente y que para el caso de la actora, como su vinculación se produjo el 16 de febrero de 1996, se aplica el anualizado con pago de intereses.

Cita las sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 9 de agosto de 1993, rad. 530 y el 23 de marzo de 2010 rad. 630012332000200301125-01 para referir al régimen de cesantías anualizada con pago de intereses.

Formula la excepción de **Prescripción (f. 39)**, fundada en que en el evento de acceder a las pretensiones, se declare la prescripción, conforme lo dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Así mismo propuso la excepción denominada "**Falta de legitimación en la causa por pasiva**", la cual fue resuelta en el curso de la audiencia inicial, celebrada el 19 de noviembre de 2015 (f. 91).

4.2. Departamento de Boyacá (f. 47 s.)

Sostiene el apoderado que la Entidad Territorial no está llamada a responder en el proceso de la referencia, toda vez que no efectuó el estudio de la prestación ni determinó su otorgamiento o negación y menos su pago, toda vez que la Secretaría solo se limitó a expedir el acto administrativo de acuerdo a lo que determinó la Fiduciaria, mediante hoja de liquidación.

Aduce que en atención a lo señalado en el Decreto 2831 de 2005 la Secretaría de Educación Departamental solo actuó en nombre del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio como simple mediador y tramitador, por lo que expidió el acto administrativo acusado previa aprobación del proyecto de resolución por parte de la Sociedad Fiduciaria "La Previsora S.A.", Entidad encargada del manejo de los recursos del Fondo y a quien le corresponde el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados.

Afirma que de conformidad con el numeral 5º del artículo 2º de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de dicha norma, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, Entidad que no hace parte de la Secretaría de Educación de Boyacá ni del Departamento.

Formula la excepción denominada "**Falta de legitimación en la causa por pasiva**", la cual fue resuelta en el curso de la audiencia inicial, celebrada el 19 de noviembre de 2015 (f. 91).

5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (f. 111 vto.), **la parte actora** guardó silencio.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f. 114 s) reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El **Departamento de Boyacá** (f. 116 s.) transcribe apartes del escrito de contestación de la demanda e insiste que la Secretaría de Educación de Boyacá no efectuó el estudio de la prestación ni la otorgó, pues simplemente se limitó a expedir el acto administrativo de acuerdo con las observaciones de la Fiduprevisora S.A., por lo que debe ser desvinculada del proceso.

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema Jurídico

La controversia se contrae a determinar, si de acuerdo al tipo de vinculación de la demandante, esta tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales con fundamento al régimen retroactivo, o por el contrario con el régimen anualizado.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. Del auxilio de cesantías

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado “...La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda...”.¹

Mediante la Ley 6ª de 1945 se consagró por primera vez el auxilio de cesantías para los empleados nacionales; posteriormente, con la expedición de la Ley 65 de 1946 se modificó las disposiciones sobre cesantías y se hizo extensivo ese derecho a los empleados del orden territorial y a los particulares, disposición que fue reiterada en el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que consagró:

“...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, municipales y particulares, se tomará como base el último salario 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 este fuere menor a doce (12) meses...”.

Luego fue expedido el Decreto 3118 de 1968 que creó el Fondo Nacional del Ahorro y reguló el auxilio de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales, por lo que fijó un régimen anualizado. No obstante, en el orden territorial el auxilio de cesantías continuó rigiéndose por el régimen retroactivo, previsto en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 22 de enero de 2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14). Actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez.

En cuanto al régimen de cesantías anualizado, se expidió la Ley 50 de 1990 que en su artículo 99 reguló la liquidación del mismo en los siguientes términos:

“ARTICULO 99. *El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”.

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 en su artículo 13 se fijó un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías para los servidores públicos en general, con corte a 31 de diciembre de cada año y aplicable a partir del año 1997, así:

“ARTÍCULO 13. *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:*

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...” (Negrilla fuera del texto).

La anterior normatividad fue objeto de reglamentación en el ámbito territorial mediante Decreto 1582 de 1998, del cual se pueden observar distintas situaciones de los servidores frente al régimen de cesantías así:

- i) Servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantía.** Tendrán como régimen legal de liquidación y pago de las cesantías el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.(artículo 1º inciso 1º)

La Ley 50 de 1990 dispuso sobre la materia así:

“ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo...”

- ii) Servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro.** Tendrán como régimen legal de liquidación y pago de las cesantías el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. (Artículo 1º inciso 1º), el que incluye el pago de intereses por parte del Fondo.
- iii) Servidores públicos del nivel territorial vinculados antes del 31 de diciembre de 1996 con régimen de retroactividad que 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 (Artículo 1°, párrafo).

iv) Servidores públicos del nivel territorial vinculados antes del 31 de diciembre de 1996 con régimen de retroactividad cuyos recursos para el pago de cesantías pueden ser administrados en cuentas individuales por las entidades creadas por la Ley 50 de 1990. Esta afiliación se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la Entidad Pública y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías (artículo 2°).

v) Servidores públicos del nivel territorial vinculados antes del 31 de diciembre de 1996 con régimen de retroactividad que decidan acogerse al régimen de liquidación anual y definitiva de cesantía previsto en la Ley 344 de 1996. Se realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado, cuyo valor será entregado por la entidad pública a la administradora seleccionada por el trabajador (Artículo 3°).

3. Régimen de cesantías de los docentes oficiales

Mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las prestaciones sociales de los docentes fueron reguladas, es así que en su artículo 1° se estableció tres (3) categorías de docentes, de acuerdo a su vinculación, a saber:

*“ARTÍCULO 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos: **Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. **Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975. **Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito*

establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.”(Negrilla fuera del texto).

Por su parte, el numeral 3º del artículo 15 de la citada ley hizo alusión a dos (2) regímenes de cesantías del personal docente afiliado al FNPSM y fijó el procedimiento a seguir para efectos de su liquidación, así:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

3. Cesantías:

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

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

Es así, que dicha ley fuera de crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció tres (3) formas de vinculación del personal docente de carácter oficial, reguló las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados y estableció un sistema anualizado para la liquidación del auxilio de cesantías para los docentes que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990.

Posteriormente se expidió la Ley 60 de 1993, que en su artículo 6° dispuso que “...*El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial...*”, disposición que fue reglamentada por el artículo 5 del Decreto 196 de 1995, que precisó sobre la situación de los docentes territoriales financiados con recursos propios lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. 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.*”

Con fundamento en la precitada norma, el Consejo de Estado analizó el caso de una docente territorial, en el que concluyó que “...*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...*”².

Aclaró el Máximo Tribunal en el precitado caso, con fundamento en lo expuesto en el Concepto No. 1448 de 22 de agosto de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que existen tres (3) regímenes de cesantías

². **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01365-01(0088-10). Actor: Gloria Isela Daza Ortega.

y que el sistema retroactivo se aplica a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. Se dijo entonces:

“...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 empleados 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 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...”³ (Negrilla fuera del texto).

La anterior posición ha sido adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá que frente al tema ha señalado que el régimen anualizado se aplica a cualquier persona que se vincule con los órganos del Estado a partir de la vigencia de la Ley 344 de 1996, esto es, después del 31 de diciembre de 1996. Al respecto se dijo en providencia de 11 de marzo de 2015:

“...Por su parte, la Ley 344 de 1996 estipuló que a partir del 1º de enero de 1997 cualquier persona que se vincule a los órganos o entidades del Estado tendrá el régimen de cesantías anualizadas, eso sí, anunciando que se respetarían los derechos adquiridos hasta ese momento.

*Así las cosas, al evidenciarse que la demandante se vinculó a la entidad territorial **antes del 31 de diciembre de 1996** y que su régimen prestacional al momento de su vinculación era el de las entidades territoriales, fuerza es decir, que su régimen de cesantías es el de retroactividad, contemplado en la Ley 65 de 1946 y equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, computando todo el tiempo trabajado, el cual se ha prestado de manera continua y teniendo en cuenta el último*

³ *Ibíd.*

*salario devengado así como todo aquello que implique retribución ordinaria y permanente del servicio...*⁴

Se concluye entonces, que a los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 y financiados con recursos propios, les corresponde el régimen de cesantías con retroactividad, esto es, el equivalente a un mes de salario por cada año de servicio, teniendo en cuenta el último salario devengado, así como todo aquello que implique retribución permanente del servicio, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

4. Caso concreto

Se encuentra acreditado que la demandante ocupa un cargo como docente del orden municipal, con vinculación territorial y financiada con recursos propios, toda vez que fue nombrada en propiedad por el Alcalde Municipal de Chiquinquirá como docente en la Institución Educativa Normal Superior Sor Josefa del Castillo y Guevara del Municipio de Chiquinquirá, mediante Decreto No. 0039 de 16 de febrero de 1996 que dispuso en el artículo 3º lo siguiente: “...la asignación salarial será la que corresponda al Grado que acredite en el Escalafón Nacional de conformidad con las normas que regulan el Régimen Salarial de los Docentes. **Con cargo al Presupuesto del Municipio...**” (Negrilla fuera del texto) (f. 12) y cuya posesión se efectuó el 20 de febrero de 1996 (f. 13 s.).

Así las cosas, teniendo en cuenta el marco jurídico expuesto líneas atrás y partiendo de los supuestos decantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado y el precedente del Tribunal Administrativo de Boyacá, se concluye que como la demandante estaba vinculada con el servicio público del nivel territorial con anterioridad a la expedición la Ley 344 de 1996, el régimen de reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantía era regulado por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º de la Ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, normatividad que consagra un sistema retroactivo sin que haya lugar al pago de intereses.

⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 11 de marzo de 2015, Exp.150012333000-2013-00197-00, Demandante: Elsa Helodia Ospina Martínez. Ver también sentencias expedientes Nos. 1500023310002004009 y 15000233300020140009000.

Por tal razón, es procedente declarar la nulidad parcial del acto acusado y ordenar el reconocimiento de las cesantías parciales causadas entre el 20 de febrero de 1996 y el 23 de abril de 2014, teniendo en cuenta el salario devengado para el año 2014 aplicando el régimen de retroactividad; descontando si es del caso, lo pagado en virtud de la Resolución No. 003976 de 26 de junio de 2014.

5. De la excepción de prescripción

El Consejo de Estado ha señalado que la prescripción del auxilio de cesantía solo “...empieza a contarse desde la terminación del vínculo laboral y no antes...”⁵; por lo que ha de entenderse que dicho fenómeno solo opera para las cesantías definitivas y no para anticipos o cesantías parciales, pues ha precisado dicha Corporación “...que mientras esté vigente el contrato de trabajo, no se puede hablar de prescripción de la cesantía como derecho social...”⁶.

En el *sub lite* se observa que la demandante se encontraba activa para la fecha en que fue expedido el acto acusado (f. 9), razón por la cual la excepción de prescripción no se encuentra llamada a prosperar en el caso de autos.

6. De la legitimación material y la autoridad llamada a responder

Con ocasión a la audiencia inicial se recordó que la legitimación para actuar en actuaciones judiciales es de dos (2) tipos, **i) de hecho** y **ii) material**, habiéndose depurado que como la acción se había dirigido contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Boyacá, se satisfacía la legitimación de hecho y por ello el trámite judicial debía continuar a fin que las pretensiones elevadas en contra de cada una de las accionadas fueran resueltas.

⁵ **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2014. Radicación número: 08001-23-33-000-2012-00472-01(4561-13). Actor: Luis Eduardo Diazgranados Torres.

⁶ **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13). Actor: Rosiris Díaz Valencia.

Lo anterior significa entonces que la legitimación que hace alusión a la participación real de las personas demandadas en los hechos que sirven de sustento a la demanda, **esto es, la material**, debe solucionarse en este estadio, para lo cual resulta pertinente traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2013, en el que frente al tema relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señaló:

“...No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente petionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales.”⁷ (Negrilla fuera del texto).

El anterior criterio fue reiterado en pronunciamiento de fecha 18 de diciembre de 2014, a través del cual el Máximo Tribunal confirmó una providencia proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Santander, en la que se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva. Se dijo entonces:

*“...Reitera el Despacho, que en el caso de reconocimiento pensional, la Secretaría de Educación del Municipio del ente territorial al cual pertenece la docente petionaria, **actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, siendo ésta la encargada de elaborar el proyecto de resolución que reconoce o niega la prestación social, resolución que con*

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2013. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01 (1048-12). Actor: Luz Nidia Olarte Mateus.

posterioridad debe ser aprobada o no por la sociedad fiduciaria, quien administra los recursos del Fondo de Prestaciones.

En efecto, no hay duda de que es a la fiduciaria representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Por lo anterior, estima el Despacho que el extremo pasivo de la presente controversia fue bien declarado por el Tribunal, puesto que es a quien le corresponde el pago de la mesadas pensionales de los docentes es a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada para asuntos pensionales por la Secretaría de Educación del ente territorial al cual haya pertenecido la docente, para el caso, Bucaramanga, sin que en ello tenga participación alguna el Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Educación Municipal...”.⁸

El Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de 12 de diciembre de 2014, en el mismo sentido expuesto por la jurisprudencia, concluyó que la participación de las entidades territoriales en la expedición de los actos administrativos que reconocen y liquidan prestaciones sociales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se enmarca en una labor de simple tramitador, toda vez que actúan como agentes del orden nacional en virtud de la descentralización territorial:

“... Teniendo en cuenta que la obligación de pago y reconocimiento de las prestaciones sociales está a cargo del Fondo, la suscripción del acto administrativo por el Secretario de Educación es una mera formalidad que sólo tiene el alcance de enunciar la perfección del acto administrativo, el cual se expide a nombre y en representación del referido Fondo.

(...) De las normas citadas, la Sala deduce que, a pesar de ser el Departamento de Boyacá quien proyecta los actos administrativos acusados en la presente acción, las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia u autónoma.

⁸ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Providencia de 18 de diciembre de 2014. Rad.: 68001-23-33-000-2012-00370-01 (2935-13). Actor: Helena Martínez Sánchez. Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Bucaramanga, Secretaria de Educación Municipal. Auto interlocutorio – apelación.

Es preciso advertir que la descentralización determina el ejercicio de competencias propias, y no de un ente diferente, como es la Nación para el caso concreto. Luego, la Secretaría de Educación-Departamento de Boyacá actúa como agente del orden nacional.”⁹ (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, en vista de que la actuación desplegada por las entidades territoriales se enmarca en una simple formalidad que no obedece a un actuación propia y por tanto no tiene injerencia alguna en el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se concluye que el Departamento de Boyacá no está llamado a responder por la condena impuesta en la presente sentencia y por ello, atendiendo al precedente fijado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta procedente declarar probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva.

7. Costas

Se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA.

PRIMERO: DECLÁRASE la Nulidad Parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 003976 de 26 de junio de 2014, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la Nación – Ministerio de

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá. Auto de fecha 12 de diciembre de 2014, radicación No. 2012-00062-01. Demandante: Ruth Esperanza del Socorro Baldión Barrera.

Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a la señora Aiden Yaneth Castellanos Sánchez, identificada con cédula de ciudadanía número 46.677.722 de Chiquinquirá, las cesantías parciales aplicando el régimen de retroactividad. **SE ADVIERTE**, que si es del caso se realice el descuento de lo pagado en virtud de la Resolución No. 003976 de 26 de junio de 2014.

Las sumas que resulten en favor de la accionante, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

TERCERO: DECLÁRASE No probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** formulada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DECLÁRASE probada la excepción de **Falta de legitimación Material en la causa por pasiva**, a favor del Departamento de Boyacá. En consecuencia, **NIÉGANSE** las pretensiones formuladas en contra del Departamento de Boyacá.

QUINTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquéndose por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SEXTO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la

constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P., y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

SÉPTIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE por Secretaría el contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez