

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020).

**Radicado:** 11001-33-35-009-2017-00338-00  
**Naturaleza:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** MARÍA TRINIDAD ARIAS PULIDO  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)

---

**SENTENCIA ANTICIPADA**

Están las diligencias al Despacho para proceder el juez a proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 13 del decreto 806 de 2020, en el proceso iniciado por la señora MARÍA TRINIDAD ARIAS PULIDO contra FOMAG.

**I. Antecedentes**

**1.1. La demanda y su contestación**

**1.1.1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), la accionante solicitó la nulidad parcial de la resolución 5223 del 22 de septiembre de 2014; la nulidad del acto ficto negativo originado por el silencio de la Secretaría de Educación del Distrito respecto de la petición radicada bajo el No. E-2016-201837 del 22 de noviembre de 2016; y del oficio S-2016-190637 del 12 de diciembre de 2017.

Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, pidió la reliquidación de su cesantía **con retroactividad**, es decir que todo el periodo se liquide con el último salario devengado; el pago de las diferencias causadas entre la cesantía reconocida y la que debió reconocerse; y el cumplimiento de la sentencia conforme lo prevé la Ley 1437 de 2011.

**1.1.2. Fundamentos fácticos**

La demandante narró que ingresó como docente distrital el 1 de febrero

de 1993 y que el 26 de junio de 2015 persiguió el reconocimiento y pago de su cesantía parcial, el cual se efectuó por medio de la resolución 5223 del 22 de septiembre de 2015, pero con régimen anualizado y no retroactivo.

### **1.1.3. Fundamentos de derecho**

Adujo que, la actuación de la administración desconoció normas de rango constitucional como el derecho a la igualdad y el principio de favorabilidad y de carácter legal como las previsiones de las Leyes 6 de 1945 y 66 de 1946.

## **1.2. Trámite procesal**

Con auto del 17 de febrero de 2020 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA; sin embargo, por virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020 y de las previsiones del Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 6 de julio de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

### **1.2.1. Alegatos de conclusión FOMAG**

La entidad demandada presentó escrito de alegaciones finales en el cual citó las previsiones de la Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 del mismo año, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, respecto del régimen retroactivo de cesantías; y el Decreto 3118 de 1968, la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, frente al régimen de cesantías anualizado, para resaltar las diferencias entre uno y otro.

De manera paralela a los anteriores regímenes se refirió a las normas que consagran el régimen prestacional docente y la forma de liquidar las cesantías conforme a la Ley 91 de 1989, para concluir que su régimen depende de la fecha de vinculación, que para el caso concreto sería el anualizado.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Problema jurídico**

Se debe determinar si la demandante tiene derecho a que el FOMAG reliquide y pague las cesantías de manera retroactiva y no anualizada.

## 2.2. Relación de pruebas

2.2.1.- Resolución 5223 del 22 de septiembre de 2015, por medio de la cual, la Secretaría de Educación del Distrito en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, ordenó el reconocimiento y pago de la cesantía parcial en favor de la demandante, liquidada con régimen anualizado (fls. 3 a 6).

2.2.2.- Petición radicada bajo el No. E-2016-201837 del 22 de noviembre de 2016 en la ventanilla de radicación dispuesta para FOMAG, por parte de la accionante y con el fin de obtener la reliquidación de sus cesantías parciales con régimen retroactivo y no anualizado (fls. 7 y 8).

2.2.3.- Oficio S-2016-190637 del 12 de diciembre de 2012 que resuelve en forma desfavorable la solicitud de reliquidación (fl. 9).

2.2.4.- Certificación en la que consta que la demandante se vinculó como docente temporal al Distrito desde el 16 de agosto de 1990 por tiempos interrumpidos y que, a partir del 8 de febrero de 1993 lo fue en propiedad (fl. 14).

## 2.3. EL ACTO ACUSADO Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo es efecto de la demora de la administración para resolver las solicitudes, reclamaciones y recursos que ante ella se han formulado; la ley ha establecido unos precisos términos para que esa ficción legal opere y la jurisprudencia distingue dos clases de silencio administrativo, a saber: i) el negativo, en el que transcurrido el plazo legal, la petición se entiende desestimada y ii) el positivo, en el que ante la omisión, la reclamación se considera que ha sido resuelta favorablemente.

El CPACA ha fijado términos distintos, ya sea que se trate de simples reclamaciones en ejercicio del derecho de petición en interés individual, o de la interposición de recursos para agotar la vía administrativa. En efecto, el artículo 83 del CPACA, señala:

*<<Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa>>. (Subrayado del Despacho)*

Pese a que la demandante ataca la nulidad de un acto ficto negativo producto del silencio de la Secretaría de Educación Distrital respecto de la

petición radicada el 22 de noviembre de 2016 bajo el No. E-2016-201837, esta Sede Judicial considera que no se configura.

Esto en atención a que, conforme a las pruebas aportadas, esa petición se radicó en la Secretaría de Educación, pero porque es allí en donde se tiene previsto que FOMAG reciba las solicitudes de sus afiliados y fue esta la entidad que la resolvió de fondo, a través de otro de los actos administrativos acusados por ser de su competencia, misma razón por la cual no se vinculó a la entidad territorial en el extremo pasivo de la Litis.

Entonces, no habrá lugar a estudiar la legalidad de acto ficto alguno.

#### **2.4. Régimen legal aplicable**

La cesantía tiene su origen en la Ley 6ª de 1945 como prestación social a favor de los trabajadores oficiales, que fue extendida a través de la Ley 65 de 1946 a los asalariados permanentes al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas de orden público, además de amplia regulación adicional<sup>1</sup>.

Sin embargo, los docentes cuentan con un régimen prestacional especial que se evidencia con la expedición de la Ley 91 de 1989, que además de crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) como una cuenta especial de la Nación, le encarga atender las prestaciones sociales de los docentes, organizó su régimen prestacional de la siguiente forma:

*«(...) Artículo 15º- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: (...)*

#### *3.- Cesantías:*

*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.*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección, Subsección, sentencia del 25 de agosto de 2016, Rad. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 0528-14.

*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 (...)».*

De conformidad con la norma que viene de leerse, existe un antes y un después a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, puesto que para aquellos docentes nacionales o nacionalizados **vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, se les seguiría aplicando el régimen anterior o comúnmente denominado retroactivo**, es decir le sería reconocido como auxilio de cesantía el equivalente al resultado que arroje la multiplicación de cada año de servicio prestado y de forma proporcional por el salario devengado en el último mes de servicio.

Ahora, respecto de aquellos docentes nacionales o nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1990, el sistema cambió, el reconocimiento del auxilio de cesantía será en forma anualizada y sobre dicha suma se aplica unos intereses, como explicó la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006<sup>2</sup>, que respecto al auxilio de cesantía, como dice la ley, expresó:

*«(...)Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, **a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad**, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas, existente al 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad (...)» (Negrilla fuera de texto).*

En este orden de ideas, es claro para este Despacho que en virtud del numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para determinar el régimen

---

<sup>2</sup> Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto.

de cesantías aplicable, es necesario verificar la fecha de la vinculación y si esta se dio manera continuada sin pérdida de solución de continuidad.

## 2.5. Caso concreto

En el asunto se observa que la señora Arias Pulido fue nombrada como docente temporal por el Distrito de tiempo completo a partir del 16 de agosto de 1990; y posteriormente, el 8 de febrero de 1993 fue vinculada como docente en propiedad.

El Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2011<sup>3</sup>, dispuso que no sólo el nombramiento en propiedad debe ser tenido en cuenta para efectos de la liquidación de las cesantías definitivas o parciales con régimen retroactivo sino, basta que exista un nombramiento en provisionalidad, periodo de prueba o en interinidad con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989, así:

*«(...) en ninguna parte de la Ley 91 en cita exige la condición de estar nombrado en propiedad para determinar quiénes son afiliados o no al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Nótese que la norma siempre se refirió a que la afiliación dependía única y exclusivamente de que los docentes se encontraran “vinculados” calificativo cuyo significado está estrechamente relacionado con el verbo “vincular” que según la Real Academia de la Lengua traduce, en derecho, sujetar o gravar los bienes o vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador (...).*

*En esas condiciones, y si se tiene en cuenta que una de las formas de vincularse con la administración pública es la legal y reglamentaria que está precedida de un nombramiento y una posesión, bastaba con que al momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989, el docente tuviera una relación laboral con la Administración, precedida de las formalidades antes descritas para poder considerarse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*(...)*

*Es claro que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad»*

<sup>3</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 2500-23-25-000-2004-00269-01 (1446-06), CP. Luis Rafael Vergara Quintero.

En lo pertinente a la continuidad e interrupción del vínculo laboral, la referida Corporación de lo Contencioso Administrativo, ha señalado lo siguiente<sup>4</sup>:

*«(...) para efectos de la ACUMULACIÓN DE TIEMPOS SERVIDOS OFICIALMENTE PARA EFECTOS DE LA CESANTIA DEFINITIVA ORDINARIA (RETROACTIVA) es la "continuidad" en el servicio oficial, sin operancia de ruptura de la vinculación laboral administrativa. Entonces, si después de un nombramiento y posesión el empleado "rompe" su vínculo laboral administrativo, v. gr. en virtud de insubsistencia del nombramiento, renuncia, etc., se entiende, que a partir de su desvinculación tiene derecho a reclamar su cesantía definitiva por dicho lapso y comienza a correr el término de prescripción del derecho. Claro está que, en ocasiones, cuando se trata del mismo "patrono estatal" (v.gr. Departamento) es posible que al terminar una relación, como cuando se le acepta la renuncia del cargo, la persona toma posesión de otro cargo correspondiente a la misma Persona Jurídica Oficial, sin solución de continuidad, se admite la acumulación de tiempos de servicio para la liquidación de la cesantía definitiva retroactiva».*

Cabe señalar que, si bien se debe tener en cuenta el tiempo laborado como docente temporal para la liquidación de las cesantías, no es menos cierto, que la solución de continuidad es un factor determinante para tener en cuenta la aplicación de determinada normativa.

La solución de continuidad opera cuando transcurren más de 15 días sin interrupción en el servicio<sup>5</sup>, que como ya se dijo no se puede confundir con el retiro o la ruptura de la prestación del mismo, que es una situación definitiva; en el asunto *sub examine*, la demandante permaneció por más de 4 meses fuera de servicio, al finalizar en el año lectivo de 1989 e inició con nuevo nombramiento en propiedad, el 9 de mayo de 1990.

En ese orden, no le asiste razón a la demandante en lo reclamado, pues en primera medida todas sus vinculaciones con el Distrito (temporales y en propiedad) fueron con posterioridad al 1 de enero de 1990 y, en segundo lugar, respecto de sus vinculaciones temporales existió solución de continuidad entre un nombramiento y el otro.

Además la cesantía causada durante las vinculaciones temporales debieron liquidarse en forma definitiva en cada retiro, esto es, las

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 68001-23-31-000-1997-2873-01 (2702-00), CP. consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro.

<sup>5</sup> Artículo 10 del Decreto 1045 de 1978.

prestaciones causadas durante esas vinculaciones temporales debieron ser reconocidas y pagadas en su momento conforme al régimen vigente<sup>6</sup>.

En conclusión, la demandante se vinculó como docente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989 y como quiera que se generó la solución de continuidad respecto de su vinculación inicial como docente temporal, el reconocimiento de sus cesantías se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, el régimen anualizado, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

## **2.6. Condena en costas de esta instancia**

Finalmente, conforme con el artículo 188 del CPACA, que ordena pronunciarse en la sentencia sobre ellas, así lo hará este juez. Y por el artículo 365 del CGP la condena en costas, que anteriormente era en atención al comportamiento reprochable de la parte, hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, si se acreditan en el proceso.

Para estos fines el Despacho teniendo en cuenta que se acudió a abogado, por exigencia legal para actuar en el proceso, con la presunción de que el trabajo humano en favor de otra persona es remunerado y que de conformidad con la Ley 1123 de 2007<sup>7</sup> los abogados tienen el deber de tasar honorarios por los servicios prestados, se pagaron gastos ordinarios del proceso, lo que demuestra la causación de las costas, son razones suficientes para acceder a ellas y fijará las agencias en derecho para esta instancia que se tendrán en cuenta para la liquidación de aquellas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

### **FALLA:**

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

---

<sup>6</sup> Ver sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" del 28 de septiembre de 2016, con ponencia de la magistrada Amparo Oviedo Pinto, dentro del proceso 25899333300120150008101.

<sup>7</sup> Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a la señora **María Trinidad Arias Pulido** y a favor de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)**, fijando las agencias en derecho en la cantidad de doscientos mil pesos (\$200.000).

**TRCERO:** Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR<sup>8</sup>** el expediente dejando las constancias de rigor.

**CUARTO:** En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales, **reconocer** personería al doctor Mauricio Andrés Cabezas Triviño, identificado con c.c. 1.019.066.285 y portador de la T.P. 287.807 del C.S. de la J., como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**GUILLERMO POVEDA PERDOMO**

**Juez**

(Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho<sup>9</sup>)

AM

<sup>8</sup> De conformidad con las Circulares DEAJC19-65 del 15 de agosto de 2019 y DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para la devolución de los remanentes, cuando hubiere, se debe observar el siguiente trámite:

<<En el evento en que algún beneficiario solicite la devolución de sus remanentes, el despacho judicial procederá a realizar la liquidación de ese proceso puntual y ordenará mediante providencia judicial a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo, devolver las sumas de dinero, siguiendo los lineamientos establecidos para el efecto en la Resolución 4179 de 2019 expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o en las normas internas que modifiquen o sustituyan el precitado acto administrativo>>.

<sup>9</sup> <<De las firmas de los actos, providencias y decisiones. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio>>.