



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICADO INTERNO: O-2323

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICACIÓN No.: 110013335-012-2015-00793-00

ACCIONANTE: JOSE ALBEIRO VALENCIA DUQUE

*ACCIONADOS: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*

ANEXO ACTA No. 083 de 09 de mayo de 2017

Se informó a las partes las etapas en las cuales se desarrolló la audiencia:

*Saneamiento del Proceso
Decisión sobre Excepciones Previas
Fijación del Litigio
Conciliación
Decisión sobre medidas cautelares
Decreto de Pruebas
Alegaciones finales
Decisión de fondo*

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

*De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se le concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna IRREGULARIDAD que pueda ser saneada en este momento.*

Como Ninguna de las partes advierte la existencia de irregularidades, ni tampoco las observa el Despacho, queda agotada esta etapa.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS.

*De acuerdo a lo preceptuado en el art. 180 numeral 6 del CPACA, sería del caso decidir sobre las **EXCEPCIONES PREVIAS** Sin embargo como la entidad demandada no contestó la demanda, no hay lugar a resolver excepciones.*

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA III: FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en el proceso, contando únicamente con la documentación obrante en la demanda, por cuanto no hubo contestación de la misma por la entidad demandada, encuentra el Despacho probados los hechos que a continuación se relacionan:

- *Según lo consignado en la Resolución No. 3465 de 22 de julio de 2015, el demandante fue nombrado en la planta de personal docente del Distrito Capital de Bogotá, mediante Resolución No. 202 de 01 de febrero de 1993, y laboró por el período comprendido entre 08 de febrero de 1993 hasta el 28 de enero de 2015, última fecha en la que se retiró de sus funciones por cumplir la edad de retiro forzoso. (Fl. 4 y 10)*
- *Con solicitud radicada bajo el No. 20015-CES-005078 de marzo 10 de 2015, el demandante solicitó ante la entidad el reconocimiento y pago de sus cesantías (Fl. 10).*
- *Que mediante Resolución No. 3465 de 22 de julio de 2015, la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva al señor José Albeiro Valencia Duque. (Fls. 4 a 6).*
- *El día 2 de septiembre de 2015, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 139 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual fue declarada fallida al no existir animo conciliatorio entre las partes (Fl. 7)*

Las partes de conformidad.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que en el presente caso el litigio versa sobre la naturaleza y fecha de vinculación del actor en aras de establecer el régimen de cesantías que le es aplicable.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. *Las partes de conformidad.*

ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN

En razón a que no comparece a esta audiencia la entidad demandada, declaramos fallida la etapa de conciliación.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA VI: DECRETO DE PRUEBAS

*A continuación el Despacho procede a **DECRETAR LAS PRUEBAS**, de la siguiente forma.*

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados únicamente con el escrito de la demanda y que son las que obran en el expediente de la referencia, por cuanto no hubo contestación de la misma por parte de la entidad.

Ahora bien, como quiera que no existen más pruebas que practicar y dada la fijación del litigio el Despacho no decretará pruebas de oficio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA VII ETAPA DE ALEGACIONES FINALES

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes, para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos:

Apoderado sustituto de la parte demandante: inicio: 10:54 final: 10:55

Representante del Ministerio Público: inicio: 10:56 final: 11:00

ETAPA VII: FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho, determinar si el actor tiene derecho al régimen de cesantías retroactivas por haber sido vinculado antes de la expedición de la Ley 344 de 1996 o anualizada en virtud de la Ley 91 de 1989.

C O N S I D E R A C I O N E S

Tipo de vinculación de la actora a la docencia.

Para establecer el régimen de cesantías aplicable al caso concreto, resulta indispensable estudiar el tipo de vinculación del actor.

*La parte actora destaca en los hechos de la demanda que estuvo vinculado como **Docente Territorial**; de igual manera la entidad accionada afirma en el acto administrativo demandado -por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de unas cesantías-, que el señor José Albeiro Valencia Duque tenía vinculación como docente **Distrital con Recursos Propios**.*

*Estas afirmaciones son acordes con lo consignado en la Resolución No. 3465 de julio 22 de 2005 (Fl. 4-5) según la cual el señor José Albeiro Valencia Duque, fue nombrado con la Resolución No. 202 de 1º de febrero de 1993 en propiedad como **docente de tiempo completo perteneciente a la planta de personal de la Secretaría de Educación del Distrito y financiado con recursos propios**, nombramiento que en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1º de la ley 91 de 1989, es de orden territorial.*

Régimen de Cesantías aplicable al accionante.

La ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y reguló la prestación social de las Cesantías para los docentes, estableciendo un procedimiento para su liquidación. Entre otras disposiciones contempló:

“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*

(...)

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 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)*

De lo anterior se colige que la referida ley estableció un sistema anualizado y sin retroactividad para la liquidación del auxilio de la Cesantía, entre otros, para los docentes que se vincularan a partir del 1 de enero de 1990 directamente a la Nación a través del Ministerio de Educación, y al personal

docente que se vinculara a las entidades territoriales, previa aprobación del Ministerio de Educación Nacional, así lo ha expresado el Consejo de Estado¹ al referirse al precitado artículo 15 “Esta previsión debe ser interpretada en armonía con el artículo 4º *ibídem*, que determinó los destinatarios de la mencionada ley 91 de 1989”, aplicable solo a los docentes nacionales y nacionalizados, es decir:

“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, (...)”

Ahora bien, en relación con los docentes vinculados a las entidades territoriales y financiados con recursos propios, (docentes territoriales: Departamentales, Distritales o Municipales) la precitada ley 91 no modificó su régimen prestacional y el auxilio de cesantías continuó de forma retroactiva bajo el régimen de los empleados del orden territorial, esto es, Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947. Dicho sistema fue aplicado a las vinculaciones del orden territorial anteriores al 30 de diciembre de 1996, debido a que con la expedición de la ley 344 de 1996 se fijó un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías aplicable a partir del año 1997 a todos los servidores públicos sin importar su nivel.

En circunstancias similares el Consejo de Estado² ha precisado la existencia de tres sistemas de liquidación de cesantías para empleados territoriales, entre los que se encuentra “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”; debiendo así liquidar sus cesantías con retroactividad, e incorporarlas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respetándose el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 2 de octubre de 2011. Expediente No. 5673-05
Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero:

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 10 de febrero de 2011. Expediente No. 1365-06.
Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Gobierno Nacional expidió la Ley 715 de 2001³, por medio de la cual se dispuso que los costos de nómina y prestaciones sociales de los docentes territoriales estarían a cargo del sistema general de participaciones del sector educativo, asignando dicha competencia al Fondo Nacional del Magisterio, entrando en consecuencia, hasta ese momento, el actor a ser sujeto de las regulaciones por las disposiciones consagradas en la Ley 91 de 1989.

No acoge el Despacho el concepto de la Procuraduría por cuanto el régimen de la Ley 91 de 1989, si bien enuncia al personal territorial, lo hace únicamente a efectos de darle alcance a dicha ley, identificando qué se entiende por personal territorial.

Es preciso señalar que solo el personal territorial vinculado a partir del 1º de enero de 1976, regido por la Ley 43 de 1975, se hace acreedor al régimen de la Ley 91 de 1989 -El artículo 10 de la Ley 43 de 1975 permite concluir que solo son nacionalizados los docentes nombrados con posterioridad a 1976 y en plazas creadas por la Nación-.

En tanto que aquí, el docente fue nombrado con recursos propios, regulado por las normas territoriales, y solo hasta cuando se expide la Ley 715 de 2001 pasa a cargo del Fondo Nacional del Magisterio, podría catalogarse como personal nacionalizado, siendo consecuentemente sujeto de las regulaciones de dicha Ley 91 de 1989. Fíjese que no otra cosa puede darse a entender cuando la Ley 344 de 1996 al fijar el nuevo régimen de liquidación, incluye los efectos de cesantías anualizadas a todos los servidores sin importar su nivel (del orden territorial o de entidades especiales nacionales)

*En el caso concreto, como ya quedó dicho, el actor estuvo vinculado con el Distrito desde el año 1993 **como docente distrital del orden territorial,***

³ Artículo 18. Administración de los recursos.

Parágrafo 1º. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones.

Parágrafo 2º. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

cobijado por el régimen de cesantías retroactivas y en virtud de la ley 60 de 1993, y fue afiliado al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; cabe resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la misma ley⁴ al darse esta afiliación su régimen de cesantías y demás prestaciones, conservaban el de los empleados territoriales, razón por la cual habrá de declararse la nulidad del acto y consecuentemente, se ordenará la liquidación de las cesantías a que tenga derecho el actor bajo el régimen retroactivo, debiendo para tal efecto tener en cuenta que los valores que han sido cancelados deben imputarse como pago parcial de cesantías.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... 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.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

⁴“Artículo 6º.- Administración del personal. (...) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. **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.**” (negrillas fuera del texto)

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado⁶ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El presente proceso buscaba el reconocimiento retroactivo y no anualizado de la cesantía definitiva.*
- La entidad demandada no contestó del traslado de la demanda.*
- Las pretensiones del actor fueron concedidas en su totalidad.*
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.*

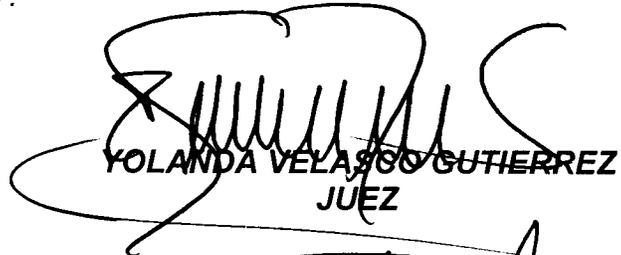
Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de la parte y la complejidad que revistió la instancia en este caso, se condenará en costas a la parte demandada por haber sido vencido en juicio a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la demandante la suma equivalente a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

⁶ *Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A*

Se ordena realizar la correspondiente liquidación en costas por Secretaría, de conformidad a lo expuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso. El auto que apruebe dicha liquidación será susceptible del recurso de reposición y apelación.

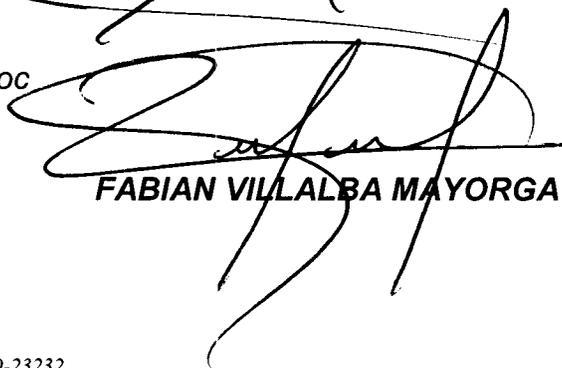
Se deja constancia que las anteriores consideraciones corresponden al fallo emitido dentro del proceso de la referencia, en audiencia celebrada el 09 de mayo de 2017.

La Juez,



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

Secretario Ad hoc



FABIAN VILLALBA MAYORGA

RADICADO INTERNO: 0-23232
PROCESO: 110013335-012-2015-0079300