



92

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

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335012-2018-00457-00
ACCIONANTE CLARA NELLY CASTRO GUTIERREZ
ACCIONADA: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 390 -2019**

En Bogotá D.C. a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y media de la mañana (09:30 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la Sala **26** de la sede judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: MILECSY SOFIA ARENAS CASTRO a quien se le reconoce personería jurídica en la audiencia

PARTE DEMANDADA: KAREN ELIANA RUEDA AGREDO a quien se le reconoce personería jurídica en la audiencia.

No se hizo presente la Representante del Ministerio Público.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones finales
7. Juzgamiento

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 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 los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

EXCEPCIONES PREVIAS

El Ministerio de Educación Nacional –FOMAG propuso la excepción de cobro de lo no debido con fundamento en la ley que por relacionarse con el aspecto sustancial de lo debatido debe resolverse en la sentencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA III: FIJACION DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en el proceso que aquí nos ocupa, la demanda y la correspondiente contestación, encuentra el Despacho que, en el caso referenciado se tiene por probados los hechos que a continuación se relacionan:

CLARA NELLY CASTRO GUTIERREZ C.C 51.577.333 (folio 3)
TIPO Y FECHA DE VINCULACIÓN Distrital Docente activo en propiedad desde 08 de febrero de 1993 (Folio. 08)
SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE CESANTIA RETROACTIVA Radicado E-2017-124156 del 18 de julio de 2017 (folio 11)
SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PRE JUDICIAL Presentada el 11 de septiembre de 2017 ante la Procuraduría 06 Judicial II para asuntos Administrativos (folio. 18)
PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Presentada el 18 de enero de 2018 (fl.27)
PRETENSIONES 1. Se declare la nulidad del oficio S-2017-123267 del 08 de agosto de 2017 el cual indica que no es procedente realizar la liquidación de cesantías con el régimen de retroactividad. 2. Declarar que la entidad demandada debe reconocer el régimen de retroactividad, esto es liquidar las cesantías con dicho régimen, reconociendo y pagando un (1) mes de salario por cada año de servicio o de manera proporcional.

Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se pronuncien sobre la fijación del litigio.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el proceso que nos convoca, el litigio versa sobre la naturaleza y fecha de vinculación del demandante en aras de establecer el régimen de cesantías que le es aplicable.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA DE CONCILIACIÓN

Continuando con el curso de la diligencia se pregunta a las partes demandadas si les asiste ánimo conciliatorio.

Escuchado lo manifestado por la entidad demandada y dada su falta de ánimo conciliatorio, el Despacho se abstiene de presentar fórmula de arreglo y declara fallida esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

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 con el escrito de demanda y que son las que obran en el expediente de la referencia.

ALEGACIONES

El Despacho corrió traslado a la parte actora para que presentara sus alegatos de conclusión, la intervención queda registrada en la videograbación digital de la presente audiencia.

FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Debe este estrado judicial, determinar cuál es el régimen aplicable a la actora para la liquidación de sus cesantías teniendo en cuenta que tuvo vinculaciones con la entidad con anterioridad a 1990.

CONSIDERACIONES

Del acto demandado

En el subjudice las pretensiones están encaminadas a reconocer el régimen retroactivo en la liquidación de las cesantías definitivas de la demandante; en este sentido, como lo que se discute es la aplicación de un régimen o derecho que persiste en el tiempo mientras el empleado esté vinculado y aún después por el término de prescripción, y al no estarse reclamando la revisión del valor reconocido por cesantía en un periodo determinado, es procedente estudiar el oficio que negó el reconocimiento de las cesantías retroactivas.

Régimen de Cesantías aplicable a los docentes.

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.”

De lo anterior se colige que la referida ley estableció un sistema anualizado y sin retroactividad para la liquidación del auxilio de la Cesantía, para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990.

Posteriormente, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporarán a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989:

“Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

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.

(...)

PARAGRAFO 1o. Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente ley.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, señaló que sin perjuicio de lo estipulado en la ley 91 de 1989, las personas que se vinculen a las entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, tendrían un régimen anualizado de cesantías:

ARTÍCULO 13º.- 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;*

En este sentido, se concluye que dicha ley excluyó de su aplicación a los docentes por cuanto estos tienen un régimen especial previsto en la ley 91 de 1989.

Frente al tema de autos el Consejo de Estado¹ luego de hacer un análisis de las disposiciones contenidas en la ley 91 de 1989 concluyó:

Visto lo anterior, se concluye: (i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad, y (ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

¹ Sentencia de 26 de abril de 2018. Exp. 3164-15 Consejero Ponente: William Hernández

(...)

Por último, no le asiste razón al demandante cuando alega que por ser un docente vinculado con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a aquellos vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1.º de enero de 1990.

(...)

En conclusión: *En el presente asunto, toda vez que el demandante se vinculó como docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se le aplica para el reconocimiento de cesantías las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses".²*

CASO EN CONCRETO

Para establecer el régimen de cesantías aplicable al caso, resulta indispensable estudiar el tipo de vinculación de la demandante.

Del certificado de historia laboral visto a folio 07 del plenario, se observa que la accionante ha tenido las siguientes vinculaciones:

FECHA DE VINCULACIÓN	TIPO DE VINCULACIÓN
13 de marzo de 1989 a 30 de noviembre de 1989	Temporal tiempo completo (Caja De Previsión Social Del Distrito)
22 de enero de 1990 a 30 de noviembre de 1990	
21 de enero de 1991 a 30 de noviembre de 1991	
20 de enero de 1992 a 30 de noviembre de 1992	
08 de febrero de 1993	En propiedad (FONPREMAG)

En primer lugar es importante precisar que las vinculaciones que se dieron en los años 1989 a 1992 fueron de carácter territorial y no es posible observar en el expediente si ese tipo de vinculación se dio con o sin el cumplimiento de lo señalado en el artículo 10 de la ley 43 de 1975 y en consecuencia no es posible saber si la actora tenía el carácter de nacionalizada o personal territorial, lo cual es importante a efecto de determinar el régimen de cesantías según lo previsto en la ley 91 de 1989.

De otra parte la demandante ha prestado sus servicios desde el año 1989; no obstante, desde ese año y hasta 1992, se presentaron interrupciones por un lapso superior a un mes. En este sentido, debe traerse a colación lo concluido por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, frente a la solución de continuidad en casos similares al de autos:

“(...)

Esta Corporación ha considerado que no se puede confundir el retiro definitivo con las interrupciones transitorias, en la medida que, en el primero, opera la ruptura del vínculo, como por ejemplo la renuncia o cualquiera de las causas legales de desvinculación y surge para el interesado el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (sujetas a prescripción sino se reclaman oportunamente), mientras que, para

² *Ibidem*

el segundo, se trata de suspensiones o interrupciones del servicio por situaciones administrativas amparadas en la ley (...) (Negrilla del Despacho) (...)

Cabe señalar, que la solución de continuidad opera cuando transcurren más de 15 días sin interrupción en el servicio, 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, como la que le atañe al demandante, en el asunto sub examine, quien permaneció por 49 días hábiles fuera del servicio, toda vez que su nuevo periodo laboral inició el 11 de noviembre de 2011³

También sobre la prescripción en un caso similar ha determinado el Alto Tribunal:⁴

*“De acuerdo con los elementos de prueba señalados en precedencia, la Subsección encuentra acreditado que la demandante laboró como docente alfabetizadora desde el 23 de enero de 1979 hasta el 30 de noviembre de 1991 y de manera simultánea se desempeñó como Auxiliar Administrativa por el período comprendido entre el 6 de agosto de 1986 y el 9 de marzo de 1993, dependiente de la planta de personal administrativo de educación básica secundaria y media vocacional. **La demandante tenía derecho al reconocimiento de las cesantías por el período comprendido entre el 23 de enero de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, en virtud de la ley; razón por la cual, le correspondía reclamarlas de manera oportuna a la terminación de cada relación legal y reglamentaria, y de esa manera evitar que le prescribieran las cesantías por cada uno de los períodos laborados (negrillas del Despacho)**”*

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia en cita, se establece que si bien la señora CLARA NELLY CASTRO tuvo una vinculación como docente desde el año 1989, lo cierto es que frente a la misma concurre la solución de continuidad, lo que facultaba a la demandante a reclamar las cesantías definitivas al finalizar cada año desde 1989 hasta 1992, so pena de prescripción y reclamarlas a quien fuera su nominador, esto es al ente territorial o a la nación si en realidad era personal nacionalizado.

Ahora bien, como desde el año 1993 se inició un nuevo periodo laboral para la actora, pues fue nombrada en propiedad a través de Resolución 176 de 29 de enero de 1993, a partir del 8 de febrero de 1993 y en consecuencia fue afiliada al FONPREMAG, se tiene que el régimen de cesantías aplicable es el anualizado, dado que la vinculación es posterior al 01 de enero de 1990. Así lo expresó el Consejo de Estado en un pronunciamiento reciente al resolver un caso similar:

*“En este orden de ideas, no es de recibo para la Subsección que se pretendiera incluir en el acto de reconocimiento de las cesantías parciales, cuya nulidad parcial solicita a través de este medio de control, puesto que a partir del **10 de marzo de 1993**, se inició un nuevo vínculo laboral, en virtud del cual, se le afilió al FOMAG y al estar cobijado por el nuevo sistema de liquidación anualizado de cesantías, se le empezó a pagar anualmente un interés legal en los términos previstos en la Ley 91 de 1989, quiere decir esto, que por el período que reclama le sea incluido, era beneficiaria de la retroactividad, pero a partir de 1993 a 2014, por el cual la administración le reconoce cesantías parciales, corresponde al régimen anualizado.”⁵*

En consecuencia no es procedente acceder a las pretensiones de la demandada.

CONDENA EN COSTAS.

³ Sentencia de 26 de abril de 2018. Exp. 3164-15 Consejero Ponente: William Hernández

⁴ Sentencia de 07 de marzo de 2019. Exp. 2298-18 Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

⁵ Ibid.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado⁶, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

En el presente caso se condena a la parte actora a pagar por concepto de costas la suma del 20% del S.M.ML.V (\$165.623,2), habida cuenta que la entidad tuvo que nombrar apoderado para que representara sus intereses lo que por obligación le generó gastos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

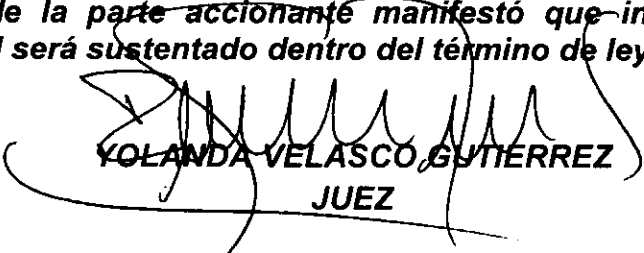
SEGUNDO. CONDENAR a la parte demandante a pagar por concepto de costas la suma del 20% del S.M.ML.V (\$165.623,2).

TERCERO. DESTINAR los remanentes de lo consignado para gastos del proceso al Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

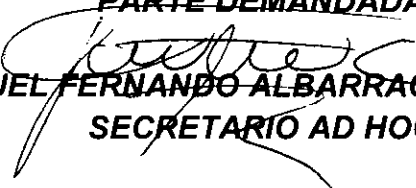
LA ANTERIOR PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.

La apoderada de la parte accionante manifestó que interpone recurso de apelación el cual será sustentado dentro del término de ley.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

MILECSY SOFIA ARENAS CASTRO
PARTE DEMANDANTE

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO
PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACIN CORREA
SECRETARIO AD HOC

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