REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 153

Santiago de Cali, septiembre 28 de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento Derecho Laboral
Radicación	76001333300520160032200
Demandante	Jorge Alberto Garzón Narváez
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Juez	Carlos Enrique Palacios Álvarez

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial por el señor Jorge Alberto Garzón Narváez, en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.5953 de agosto 08 de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali en Representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó al demandante el reajuste de sus cesantías definitiva, ya que no incluyó la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

1.2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del Municipio de Cali, a reconocer, liquidar y pagar al demandante las cesantías definitivas incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio o durante el mes anterior a la petición.

1.3. Ordenar al ente demandado, reconocer y pagar la indexación de la suma reconocida desde los ajustes de valor a que haya lugar y los intereses moratorios

sobre las sumas adeudadas, de acuerdo con los artículos 187, 188, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011., además que se condene en costas al demandado.

2. HECHOS

2.1. El demandante, señor Jorge Alberto Garzón Narváez prestó sus servicios en la docencia desde febrero 06 de 1974.

2.2. Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante en su calidad de docente oficial, afilado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en abril 18 de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, las cuales a su vez le fueron reconocidas mediante Resolución No. 4143.0.21.7964 de octubre 22 de 2013. Sin embargo se omitió incluir en la base de liquidación todos los factores salariales devengados por el actor.

2.3. Que en junio 28 de 2016 solicitó a la entidad demandada la revisión de sus cesantías definitivas, de tal forma que se incluyera en la liquidación la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio; petición que fue resuelta a través de Resolución No. 4143.0.21.5953 agosto 08 de 2016 y notificada en agosto 18 de 2016.

2.4. Se aduce que la docente, a efectos de liquidar su cesantía definitivas, se liquidó teniendo en cuanta únicamente la asignación básica, subsidio de alimentación, la prima se vacaciones y la primas de navidad, omitiendo los factores denominados prima de servicios y la prima de antigüedad que también fueron devengados por el actor en el último año de servicio; aclarando que además se adelantó el trámite de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora cita como violadas las siguientes disposiciones:

Los artículos 25 y 53 de la Constitución Política; así como la Ley 91 de 1989, además cita las normas relacionadas con el auxilio de cesantías.

La apoderada de la parte actora realiza un minucioso estudio de los preceptos antes mencionados, plasmando una evolución normativa del auxilio de Cesantías, desde su creación hasta las disposiciones que la rigen actualmente, para concluir

que en la actualidad existen una pluralidad de regímenes para su liquidación y reconocimiento, a saber, el régimen de liquidación de cesantías anualizadas, retroactivas.

Aduce que a la demandante se le debe liquidar sus cesantías incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Apoya su argumentación citando precedentes del Consejo de Estado, en torno al auxilio de cesantía.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. El Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifiesta se opone a la prosperidad de las declaraciones y condenas planteadas en la demanda, argumentando que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho, es decir, a los parámetros de la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003, 1158 de 1998; normas según las cuales solo pueden reconocerse los factores que sirvieron de base para efectuar los respectivos aportes.

Referente a las primas extralegales de servicio y antigüedad aduce que fueron creadas por el Municipio de Santiago de Cali a través de del Decreto 0216 de 1991, sin embargo dicho ente territorial no tenía competencia parta hacerlo, ya que competencia radicaba en el Congreso de la Republica, razón por la cual concluye que las mencionadas primas no tienen fundamento jurídico legal ni constitucional.

Propuso la excepción de prescripción e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.

4.2. Municipio de Santiago de Cali: el Despacho no hará mención a la contestación de la demanda presentada por el Municipio de Santiago de Cali, ya que en audiencia inicial celebrada en julio 09 de 2018, se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la apoderada judicial de dicha entidad.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante:

Al presentar sus alegatos de conclusión, nota el Despacho que la apoderada judicial de la parte demandante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho plasmados en el escrito de demanda, pues al realizar un estudio de unos y otros argumentos se puede concluir que ellos no difieren sustancialmente.

5.2. La parte demandante no presentó alegatos de conclusión y el **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto sobre el particular, según constancia visible a folio 157 cuaderno único.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si el demandante en su calidad de docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, incluyendo en su ingreso base de liquidación la prima de servicios y de antigüedad, factores salariales devengado durante el año anterior a la fecha de retiro definitivo y reconocidas por el Municipio de Santiago de Cali.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

(i) Realizar consideraciones generales sobre las cesantías;

(ii) Estudiar el régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

(iii) Efectuar un análisis sobre el auxilio de cesantía de docentes;

(iv) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto, y;

(v) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.2.1. DE LAS CESANTÍAS

Sobre la naturaleza del auxilio de cesantías, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos[1]:

"(...) La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, es una figura jurídica con clara orientación social en el desarrollo de las relaciones obrero patronales, pues busca retribuir la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividades definitivo.

Bajo el entendido que dicha carga prestacional corresponde a la entidad a la cual el trabajador prestó sus servicios, es deber de la entidad empleadora, en este caso la Universidad del Magdalena, asumir el total de la prestación liquidada, pues es clara la importancia del principio que postula el pago de lo debido para asegurar el adecuado funcionamiento de la vida social(…)".

Así, el artículo 17 de la Ley 6 de 1945[2] definió el concepto de cesantías como una prestación de la que gozarían los trabajadores, la cual sería cancelada a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio; las cuales inicialmente se reconocían de manera retroactiva al momento del retiro y eran canceladas con el monto del último salario devengado.

Siguiendo el recuento normativo, debe decirse que la Ley 65 de 1946[3] reglamentó el tema de las cesantías en favor de los servidores públicos, bajo los siguientes términos:

*"**Artículo 1°.-** Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállense o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continúa o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.*

***Parágrafo.-** Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley* **6** *de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley".*

A su turno, el Decreto 1160 de 1947 en su artículo 6 dispuso que el pago de las cesantías para los servidores públicos, se haría tomando 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; así mismo indicó que en la liquidación debería tenerse en cuenta todos los rubros que el trabajador reciba de forma habitual y

---

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de marzo 6 de 2008, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. **Radicación número: 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06).**

[2] "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y ***jurisdicción especial de trabajo"***

[3] "*Por* ***la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*****"**

permanente como contribución al servicio prestado.

Luego, se expidieron normas que han dispuesto el desmonte de las cesantías retroactivas, es el caso del Decreto 3118 de 1968[4] a través del cual se estableció la obligatoriedad para algunos sectores de la administración (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional), de consignar en el Fondo Nacional del Ahorro de manera anual las cesantías de su personal.

En ese sentido, el artículo 5 de la Ley 432 de 1998[5] estableció la obligación de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, excepto los miembros de la Fuerza Pública y el personal docente, éstos últimos al estar regidos en este aspecto por la Ley 91 de 1989. Asimismo, señaló que podían vincularse al aludido Fondo de manera voluntaria los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Más adelante fue expedida la Ley 50 de 1990[6], que en sus inicios solo regulaba al sector privado y trabajadores oficiales, disposición que creó los fondos de cesantías y en su artículo 98 estipuló las cesantías anuales para aquellas personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia.

Posteriormente, la Ley 344 de 1996[7] en su artículo 13, dispuso la liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado a partir de su entrada en vigencia, estableciendo que en diciembre 31 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.

Por su parte el Decreto 1582 de 1998[8] en su artículo 1 consagró la posibilidad para los empleados públicos del nivel territorial de afiliarse a un fondo privado de

---

[4] "Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998"

[5] ***"Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de. Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones"***

[6] ***"Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones"***

[7] "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"

[8] ***"*Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia"**

cesantías, o afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, distinguiendo en cada caso cual sería el régimen aplicable; así:

"Artículo. 1 El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998"

El aludido Decreto 1582 de 1998 en su artículo 3 otorgó la posibilidad de que los empleados públicos que estuvieran bajo el régimen de cesantías retroactivas, esto es, aquellos vinculados con anterioridad a diciembre 31 de 1996, fecha en que fue publicada y entró en vigencia la Ley 344 de 1996, se trasladaran al régimen anual de cesantías, ya por que decidieran vincularse a los fondos privados, o al Fondo Nacional del Ahorro.

De otra parte, el régimen de liquidación de cesantías de los docentes está consagrado en la Ley 91 de 1989, según pasa a explicarse en el siguiente acápite.

6.2.2. REGIMEN DE CESANTIAS DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONALDE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado a través de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería y autonomía administrativa, encargada de atender los asuntos prestacionales de los docentes. Sobre el particular, el artículo 3º de la citada norma dispone:

"Artículo 3º.- *Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."

Así mismo, el artículo 4 de dicha disposición estableció que las prestaciones sociales de los docentes serían atendidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el artículo 5 dispuso que dicho fondo tendría como uno de sus objetivos efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. Veamos:

"Artículo 4º.- *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. (…)*

Artículo 5º.- *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado."

Ahora bien, en relación a las cesantías el numeral 3º del artículo 15 de la referida Ley dispone:

"3.- Cesantías:

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

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

Posteriormente el Congreso de la República a través del artículo 56 de la Ley 962 de 2005, consagró que las prestaciones sociales que debe pagar el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio serían reconocidas y pagadas por el mismo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

En el mismo año, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 16 de la Ley 91 de 1989, profirió el Decreto 2831 de 2005, mediante el cual se reglamentó el inciso 2° del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la citada Ley, así como el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en su capítulo II el trámite para el reconocimiento de prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio así:

"Artículo 2°. *Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. *Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magister io, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. *Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Parágrafo 2°. *Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.*

Artículo 4°. *Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

***Artículo 5°.** Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley."*

De todo lo anteriormente se concluye que:

- El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 consagra el régimen especial de cesantías de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al mismo, entre ellas, las cesantías.

- El reconocimiento de las mencionadas prestaciones las efectúa el Fondo a través del trámite señalado en los artículos 2 a 5 del Decreto 2831 de 2005, con la intervención de la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada, y de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo.

- El régimen legal especial de las cesantías de los docentes no fija una fecha límite para el pago de esta prestación.

6.2.3. AUXILIO DE CESANTIAS – DOCENTES

Sobre el particular, en sentencia de septiembre 08 de 2017, la alta corporación de lo contencioso Administrativo, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad, 23001-23-33-000-2012-00099-01(4549-13), se consideró que[9]:

"(…) De conformidad con el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989, se establece que para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo 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 se ha modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último mes.

De igual manera, 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 reconocerá y pagará un interés

[9] Fundamento que ha sido reiterado en una pluralidad de providencias de la alta corporación, entre las que se resaltan, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad.: 73001-23-33-000-2013-00702-01(1732-15), Subsección A, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 19 de enero de 2015, rad. 73001-23-33-000-2012-00226-01(4400-13)

anual sobre el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Igualmente, la citada ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen retroactivo que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por lo que las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el FOMAG, creado como un patrimonio autónomo que mediante la celebración de un contrato de fiducia pública, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, con el objeto de recaudar los recursos destinados a dicha finalidad.(…)"

En la misma providencia se consideró respecto del régimen especial de cesantías para los docentes, lo siguiente:

"(…) Resumiendo lo dicho por la jurisprudencia constitucional, la sola existencia de un régimen especial frente a las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías, no desconoce per se el derecho a la igualdad, debido a las características esenciales del mismos; en la medida en que la manera como se liquidan y pagan respecto de los afiliados al FOMAG, es distinta a la regulada en el sistema anualizado de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990.

Es así como, la Ley 50 de 1990 diseñó un sistema a través de los fondos privados de cesantías, bajo un concepto de administración financiera con el fin de asegurar una rentabilidad mínima a sus afiliados y mantener el poder adquisitivo de la moneda; mientras que el régimen excepcional de los docentes, con la creación del FOMAG como una cuenta especial de la Nación, encargada de administrar y pagar las prestaciones sociales del personal afiliado, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales que contrata con ciertas entidades, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta el Consejo Directivo del Fondo y velar para el Estado cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

En tal virtud, se establece que el régimen especial de docentes contemplado en la Ley 91 de 1989[10], frente a la prestación social – cesantías, es diferente al anualizado previsto en las Leyes 50 de 1990[11] y 344 de 1996[12], ésta última, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998[13], la cual previó como destinatarios del régimen de liquidación anualizado de cesantías a los servidores

---

[10] "por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio."

[11] "por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.
[…]
Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: Ver Oficio de fecha 25.11.98. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998
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 retardo."

[12] "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones."

[13] "por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia."

públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, sin perjuicio de los establecido en el régimen prestacional especial de los afiliados al FOMAG, que contempla en materia de cesantías, pensiones y salud, un sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable equiparar la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes frente a los servidores públicos del nivel territorial beneficiarios del sistema anualizado.(…)"

Teniendo en cuenta lo anterior, observa el Juzgado que el Consejo de Estado en una primera oportunidad había argumentado que los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 eran beneficiaros del régimen retroactivo de liquidación de cesantías, en virtud de los postulados consagrados en la Ley 344 de 1996, motivando su decisión en el sentido de indicar que a los docentes territoriales se les respetará el régimen prestacional de la entidad territorial correspondiente[14].

Sin embargo, la alta corporación de lo Contencioso Administrativo en recientes pronunciamientos ha variado su postura, determinando que los docentes gozan de un régimen autónomo especial de cesantías que cuenta con sus propias reglas de reconocimiento, liquidación y pago de intereses, independiente del régimen consagrado en la Ley 50 de 1990, sin que por ese motivo se vea vulnerado el derecho a la igualdad.

En este sentido, distinguió dos hipótesis en las que se encuentran los docentes, a saber, dependiendo de su carácter nacional, nacionalizado o territorial, y atendiendo al momento en que produjo su vinculación, para determinar si las cesantías debían reconocerse bajo el sistema retroactivo de liquidación de cesantías teniendo como base último salario devengado si no hubo variación, en cuyo caso se delimita teniendo en cuenta el promedio del último año, o el dispuesto en la Ley 91 de 1989 de liquidación anual de cesantías sin retroactividad, por ende, el Juzgado acoge la jurisprudencia que actualmente ha proferido el Consejo de Estado como máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

6.2.4. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

[14] Ver sentencia del 10 de febrero de 2011, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila Rad. 52001-23-31-000-2006-01365-01(0088-10)

6.2.4.1. Que mediante petición radicada ante la entidad demandada en abril 18 de 2013, el señor Jorge Alberto Garzón Narváez solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas[15].

6.2.4.2. Que a través de la Resolución No. 4143.0.21.7964 de octubre 22 de 2013, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali en Representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció al demandante el pago de las cesantías definitiva solicitadas en abril 18 de 2013[16], este acto se notificó a la parte demandante en octubre 30 de 2013[17].

6.2.4.3. Que mediante petición radicada ante la entidad demandada en junio 28 de 2016, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de un ajuste de su cesantía definitiva, además de la inclusión de la prima de antigüedad y la prima de servicios devengadas por él en el último año se servicio[18].

6.2.4.4. Que a través de la Resolución No. 4143.0.21.5953 de agosto 08 de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali en Representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se negó al demandante el reajuste de sus cesantías definitiva[19], este acto se notificó a la parte demandante en agosto 18 de 2016[20].

6.2.4.5. Por Resolución No. 4143.0.21.0042 de enero 02 de 2013, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, acepto la renuncia del demandante al cargo de docente, a partir de enero 01 de 2013[21].

6.2.4.6. Se allegó certificado de salarios devengados por la señora Arcelia Fajardo durante los años 2011 a 2012, expedidos por la Secretaria de Educación Municipal de Cali, de la cual se extrae que durante el año anterior al retiro dl servicio de la docencia, esto es, enero 01 de 2012 a enero 01 de 2013, el demandante devengó factores salariales tales como: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, prima de alimentación, prima de servicios y prima de antigüedad[22].

---

[15] Hecho probado que se extrae de las consideraciones de la Resolución 4143.0.21.7964 de octubre 22 de 2013, obrante de folios 27-29.
[16] Folios 27-29.
[17] Folio 30.
[18] Hecho probado que se extrae de las consideraciones de la Resolución 4143.0.21.5953 de agosto 08 de 2016, obrante de folios 38-39.
[19] Folios 38-39.
[20] Folio 40.
[21] Folios 36-37.
[22] Folios 38-39 ibídem.

7. EL CASO CONCRETO

Se encuentra establecido que el señor Garzón Narváez, en su calidad de docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del presente medio de control pretende obtener la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.5953 de agosto 08 de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali en Representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se le negó el reajuste de sus cesantías definitivas[23], con la inclusión de las primas de servicios y de antigüedad, la cuales fueron devengadas en el año anterior del retiro servicio de la docencia.

Teniendo en cuenta la anterior circunstancia, en primer lugar, es menester precisar, en armonía con la interpretación realizada por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, que los docentes gozan de un régimen especial del Auxilio de Cesantías, el cual no vulnera el derecho a la igualdad. El mencionado régimen consagra que un docente, para poder ser beneficiario del régimen de liquidación del auxilio de cesantías con base en el último salario devengado (régimen de liquidación retroactivo), debía cumplir con dos requisitos, a saber: i) ser docente nacionalizado o territorial y ii) haber estado vinculado a la docencia con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, sobre el particular en la presente demanda no hay ninguna discusión.

Ahora bien, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad demandada tenía que liquidar las cesantías definitivas del demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a su retiro definitivo de la docencia, esto es, entre enero 01 de 2012 a enero 01 de 2013.

Así las cosas, como bien se indicó anteriormente, a folios 31-32 - del expediente reposa certificación salarial expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali de la que se extrae que en el año anterior a su retiro, el demandante percibió los siguientes factores:

- asignación básica,
- prima de navidad,
- prima de vacaciones docentes,

[23] Folios 38-39.

- prima de alimentación,
- prima de antigüedad y
- prima de servicios.

Al analizar el acto de reconocimiento de las cesantías definitivas[24] de la demandante, se puede observar que los factores incluidos para su liquidación fueron: la asignación básica, la prima navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación; factores salariales devengados en el último año de servicio.

En conclusión, la liquidación de las cesantías del demandante no tuvo en cuenta como factores: la prima de servicios y de antigüedad que efectivamente fueron devengadas por éste.

Ahora, el Decreto 1045 de 1978[25] señala los factores salariales a efectos de liquidar las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, aspecto que no deben entenderse en forma taxativa, y que en tal sentido, no se impide la inclusión de otros factores que constituyan salario - sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación de sus servicios -, devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

No obstante, con relación a las prementadas primas de servicio y antigüedad, es del caso mencionar que fueron reconocidas al actor por el Municipio de Santiago de Cali como prestaciones extralegales.

---

[24] Folios 27-29.

[25] **Decreto 1045 de 1978**, "*por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional* (…)"
Artículo 45º.- *De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.* Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación y la prima técnica;
c) Los dominicales y feriados;
d) Las horas extras;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de navidad;
g) La bonificación por servicios prestados;
h) La prima de servicios;
i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
k) La prima de vacaciones;
l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968".

A su vez, es del caso mencionar, que dichas primas fueron creadas por el mismo Ente Territorial mediante el Decreto 0216 del 18 de febrero de 1991[26], que entró en vigencia el 1 de enero de 1991, según lo indica su artículo 60.

Lo anterior quiere decir que el mencionado Decreto a pesar de ser expedido por una autoridad territorial, crea derechos prestacionales. Debe además indicarse que el mismo cobró vigencia con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991[27].

Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional aquellas autoridades nunca han tenido competencia para crear algún tipo de prestación social, pues ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991 se les confirió tal facultad.

Así, para determinar si un factor salarial extralegal reconocido por una entidad territorial puede o no ser incluido como factor salarial, debe establecerse si aquél efectivamente fue reconocido bajo el marco de competencias legales y constitucionales del ente territorial, el cual se mantuvo solo hasta el año 1968.

En los anteriores términos solo podrá incluirse dicho emolumento en la liquidación de las cesantías si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad al año 1968 y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, pues de lo contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior al año 1968, se entenderá que el mismo fue expedido con ausencia de competencia para ello y no podrá convalidarse tal irregularidad incluyendo el factor salarial en la liquidación respectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando el caso concreto, tenemos que la disposición territorial que creó las primas extralegales de servicio y antigüedad devengadas por la demandante, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 1886 y por ende, sin tener competencia el Municipio de Santiago de Cali para ello, ya que la misma radicaba en cabeza del Congreso o del legislador extraordinario, razón por la cual no tendría sentido, ni se ajustaría a la lógica de lo razonable, que si en esa materia, no tienen competencia autoridades territoriales, dada la prevalencia del principio de unidad nacional, dichos factores salariales extralegales, contrarios al ordenamiento jurídico,

[26] El decreto 0216 de 1991 puede ser consultado en la página web de la Alcaldía de Santiago de Cali: www.cali.gov.co
[27] Expedida el 6 de julio de 1991.

pudieran tener incidencia en la determinación de otras prestaciones, como la cesantías, validando situaciones que son claramente inconstitucionales desde su origen. Además, se debe tener en cuenta que no es dable invocar derechos adquiridos con prerrogativas cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal.

De suerte que, la presunción de legalidad del actos administrativo impugnado permaneció incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que los factores de prima de servicio y antigüedad devengados por el demandante y cuya inclusión se pretende en la respectiva liquidación de la cesantías, son de origen extralegal y reconocidos por el Municipio de Santiago de Cali sin poseer competencia para ello, siendo necesario entonces negar las pretensiones de la demanda.

8. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre ***dispondrá*** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.[28], entre otras cosas, establece que:

"(…) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)".

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación[29]:

"(…) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la ***errónea*** *interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma* ***objetiva****, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular,* ***lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (…)"*** (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este

[28] Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.
[29] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

*"**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*"(…) **8.** Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez