REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Expediente : **11001-3342-046-2016-00079-00**
Demandante : **CLARA INES CHAVEZ DE GAMA**
Demandado : **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

La señora Clara Inés Chávez de Gama, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.17-39).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3898 de 11 de agosto de 2015, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva.

Se declare que el docente CLARA INES CHAVEZ tiene derecho a que la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la cesantía definitiva de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (08 de febrero de 1993) mediante resolución y

liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la solicitud de cesantías, con la totalidad de los factores salariales, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 91 de 1989, Ley 344 de 1996 que consagran un pago en forma retroactiva.

A título de restablecimiento del derecho solicita *"...pagar el valor de ($29.037.781), valor que resulta de la diferencia entre la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución 3898 de 11 de agosto de 2015 equivalente a ($31.717.186), y la suma de ($60.754.967) resultante de la reliquidación por concepto de la cesantía parcial retroactiva debidamente liquidada desde el 08 de febrero de 1993, momento de mi vinculación a la docencia oficial.*

(...) reconocer y pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada contado desde el momento de presentación de esta demanda, hasta el momento en que la entidad efectúe el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.

Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo (...)

Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor (...).

Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante (...).

Condenar en costas a la entidad demandada (...)".

1.3 Hechos.

Relata que ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Distrito desde el 8 de febrero de 1993.

El 10 de marzo de 2015, solicitó de la entidad demandada el reconocimiento y pago de su cesantía definitiva.

Mediante Resolución 3898 de 11 de agosto de 2015, la entidad, reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en cuantía de $31.717.186.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122.

De orden legal: Ley 6ª de 1945, artículos 12 y 17, literal a); Decreto 2767 de 1945 artículo 1°; Ley 65 de 1946, artículo 1°; Decreto 1160 de 1947, artículos 1°, 2°, 5° y 6°; Decreto 1848 de 1969, artículo 89; Decreto 1045 de 1978, artículos 5, 40 y 45; Decreto 2563 de 1990, artículos 7° y 9°; Ley 4ª de 1992, artículo 2° literal a); Ley 60 de 1993, artículo 6°; Ley 115 de 1994, artículo 176; Decreto 196 de 1995, artículo 5°; Ley 344 de 1996, artículo 13; Decreto 1582 de 1998, artículo 1°, Ley 1071 del 2006, artículo 5° parágrafo; y demás normas subsidiarias y complementarias.

El apoderado de la parte demandante, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- Las cesantías de los docentes territoriales se liquidaban bajo el régimen de retroactividad, cualquiera que sea la causa de su retiro, hállese o no en carrera administrativa. Para el cómputo de este auxilio se debe tener en cuenta no solo el salario básico sino todos aquellos factores salariales que se perciban a cualquier otro título y que impliquen directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios.

- Solo hasta el 31 de diciembre de 1996 el legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías (tanto parciales como definitivas) para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha, surge un nuevo esquema en la liquidación de las prestaciones sociales, imponiéndose una liquidación anualizada, pero aquellos vinculados con anterioridad a dicha normatividad conservarán el régimen retroactivo de la liquidación, es decir, con el último salario devengado sobre la totalidad del tiempo de servicio prestado.

- Es evidente que en el presente asunto debe aplicarse el sistema de retroactividad de las cesantías para los empleados del orden territorial y que

estuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, la cual fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

Contestación de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en consideración a los argumentos que a continuación se exponen de manera abreviada:

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no está obligado a reconocer y pagar factores salariales de origen legal y extralegal, y menos aún, el valor que se genera por la inclusión de aquellos en la liquidación de la pensión, aduciendo que son las entidades territoriales quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo, así mismo, quienes elaboran y remiten el proyecto de acto administrativo de reconocimiento a la Fiduprevisora, quien es la encargada del manejo y administración de recursos del Fondo.

Finalmente manifiesta que las llamadas a responder por todo lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son, la Secretaría de Educación Distrital y eventualmente, la sociedad fiduciaria.

1.5 Audiencia inicial.

El 29 de junio de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión

Parte actora: Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si a la demandante le asiste el derecho a que se le reliquide sus cesantías con base en el último salario devengado, incluyendo la totalidad de factores salariales, de conformidad con la Ley 6 de 1945, Decreto 2747 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 91 de 1989 y Ley 344 de 1996, por pertenecer al régimen retroactivo de cesantías.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante Resolución 3898 de 11 de agosto de 2015, la Secretaría de Educación de Bogotá, le reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a la señora Clara Inés Chávez (fs.4-6).

- ✓ Mediante Resolución 202 de 1 de febrero de 1993 se designó a la demandante como docente de tiempo completo en la planta de personal docente del Distrito Capital (fs.11-14).

- ✓ Que según certificado emitido por la Jefe de División de personal de la Secretaría de Educación, la demandante tomó posesión de su cargo el día 5 de febrero de 1993 (fl.15).

- ✓ Certificado de factores salariales devengados (fl.9).

- ✓ Antecedentes administrativos de la demandante (fs.78-108).

2.3 Marco Normativo

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 Del Régimen General de Cesantías

Las cesantías son prestaciones sociales de carácter económico, de orden público, irrenunciables que hacen parte de la seguridad social de los trabajadores y tienen como objetivo la entrega de medios económicos que garanticen la congrua subsistencia del núcleo familiar, durante la época en el que el trabajador se encuentre cesante.

La Ley 6 de 1945, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. Por su lado, la Ley 65 de 1946, en el artículo 1°, ordenó que: *"Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállense o no escalafonado en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1° de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro".*

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1°, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación. El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1° de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador. En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año, figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

En el orden territorial, el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva. A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996, se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial, se expidió el Decreto 1582 de 1998 para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. El citado Decreto 1582 de 1998, fue dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5° de la Ley 432 de 1998. Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación.

Conforme a lo expuesto, se colige que han existido para el sector público tres regímenes de liquidación de cesantías, que son: a) El de liquidación retroactiva[1]; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro[2], y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías[3].

2.3.2 Régimen de Cesantías de los docentes

Respecto del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías en favor de los docentes, se tiene que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso lo siguiente:

> *"**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*

[1] Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.
[2] Establecido en el Decreto 3118 de 1968.
[3] Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

(...)" (Subrayado del despacho).

De acuerdo a la precitada norma, se tiene que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre se deben pagar a razón de un mes de salario por cada año o fracción de año laborado, para lo cual se debe tener en cuenta el último salario devengado, mientras que respecto del personal nacional docentes, las cesantías acumuladas hasta dicha fecha, pasa al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y continuaran sometidas a las normas vigentes para los empleados públicos del ordena nacional, de lo que se deduce que sobre aquellas se aplicará el régimen de liquidación retroactivo de liquidación y pago de cesantías. A contrario sensu, a los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir a partir del 1° de enero de 1990, las cesantías se les liquidaran anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año.

CASO CONCRETO

En el presente asunto se tiene que la demandante pretende la reliquidación de las cesantías, atendiendo que la fecha de vinculación con la Secretaría de Educación de Bogotá, en su calidad de docente, fue a partir del 5 de febrero de 1993, razón por la cual la liquidación de dicha prestación se debe efectuar de conformidad con el régimen retroactivo.

Se acreditó en el proceso que la señora Clara Inés Chávez se vinculó como docente al Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación, por medio de la Resolución No.202 de 01 de febrero de 1993 y se posesionó el 05 de febrero del mismo año según constancia visible a folio 15, por lo cual, es ésta la fecha que se tiene como

vinculación de la accionante con la entidad demandada, la cual, no es discutida por las partes.

Siendo así, se observa que la vinculación de la actora como docente territorial, se produjo con posterioridad al 01 de enero de 1990, y para el despacho es claro que la liquidación de sus cesantías se encuentra regida por lo normado en el literal B) del numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, disposición que, según quedó visto en precedencia, consagra un régimen de liquidación anual de cesantías, sin retroactividad y con reconocimiento de intereses.

Así entonces, la situación particular de la accionante, se enmarca dentro del supuesto fáctico descrito por la norma en comento, pues la misma tiene como referencia la vinculación docente en general a partir del 01 de enero de 1990, sin condicionar el término "vinculación" a una modalidad particular de ingreso al servicio público educativo oficial, sea esta territorial o nacionalizada.

De acuerdo con los razonamientos que anteceden, se concluye que a la parte actora no le asiste derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías en forma retroactiva, como se pretende en la demanda.

Así las cosas, al encontrar el despacho que el acto administrativo no se encuentra viciado de causal alguna de nulidad, denegará las pretensiones de la demanda.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"[4].

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[5], en relación con la norma antes citada expuso que contiene un

[4] Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)
4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(...)
[5] Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.[6]

---

[6] Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez