

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00225-00
DEMANDANTE: YOLANDA CECILIA BERNAL BERNAL
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora YOLANDA CECILIA BERNAL BERNAL, identificada con la Cédula de Ciudadanía N°. 41.610.879, a través de apoderado, promovió el 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 NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG -, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

“PRIMERO. Que se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 9602 del 19 de septiembre de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía anualizada, teniendo el derecho la demandante que se realice la liquidación y pago de la Cesantía definitiva con RETROACTIVIDAD, acorde al último salario devengado por la accionante de conformidad a lo establecido en la Ley 91 de 1989 y la Ley 344 de 1996.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaratoria de la NULIDAD PARCIAL de la resolución No. 9602 del 19 de septiembre de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a título de restablecimiento del derecho se CONDENE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL BOGOTÁ D.C., a RECONOCER, LIQUIDAR Y PAGAR a favor de mi poderdante, el valor de la cesantía definitiva con RETROACTIVIDAD, acorde al último salario devengado de acuerdo a lo establecido en la Ley 91 de 1989 y la Ley 344 de 1996.

TERCERO: Condenar a la demandada a reconocer y pagar la INDEXACIÓN sobre las sumas de dinero adeudados por concepto de los reajustes solicitados acorde con el IPC, desde el momento del reconocimiento de la cesantía y hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 176 al 178 del C.C.A. y/o los artículos 192, 193 y 195 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Condenar a la demandada en costas, incluyendo las agencias en derecho, las cuales desde ya las fijo en tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV).”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“PRIMERO: La demandante, YOLANDA CECILIA BERNAL BERNAL, laboró como docente del Magisterio Oficial con vinculación TEMPORAL TIEMPO COMPLETO, a través de LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO desde el 20 de enero de 1991 hasta el 30 de noviembre de 1992 y con vinculación DISTRITAL – RECURSOS PROPIOS a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO desde el día 08 de febrero de 1993 hasta el 29 de junio del 2018.

SEGUNDO: Mediante radicado No. 2018-CES-595893 de fecha 29 de junio de 2018, la demandante, YOLANDA CECILIA BERNAL BERNAL, presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., solicitud de reconocimiento y pago de la Cesantía Definitiva, que le corresponde por sus servicios prestados como docente oficial.

TERCERO: La Secretaría de Educación de Bogotá, en representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, a través de la Resolución No. 9602 del 19 de septiembre de 2018, reconoció, liquidó y ordenó el pago de la cesantía DEFINITIVA a favor del DEMANDANTE, de manera anualizada y sin retroactividad.

*CUARTO: La demandante, YOLANDA CECILIA BERNAL BERNAL, el día 05 de octubre de 2018 se notificó personalmente de la Resolución No. 9602 del 19 de septiembre de 2018.
(...)"*

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política.

De orden Legal: Leyes 57 y 153 de 1887, Decreto 2277 de 1979, Ley 91 de 1989, Ley 4ª de 1992, Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes.

1.1.4 Concepto de violación¹.

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

- La Ley 91 de 1989 estableció que el auxilio de cesantías los docentes nacionales nombrados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se pagaría en cuantía equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, siempre que no fuere modificado durante los últimos 3 meses, caso en el cual deberá liquidarse sobre el salario promedio. En ningún evento la citada ley realizó alusión alguna respecto de las docentes territoriales.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desconoce que los docentes territoriales son empleados de cada entidad territorial y que su sistema de liquidación de cesantías con retroactividad estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1996, fecha en la cual se cambió por la liquidación anual acumulada con pago de intereses.
- A partir del año 1995, a los docentes territoriales se les permitió la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (creado mediante la ley 91 de 1989), respetando el régimen prestacional vigente al momento de la afiliación.

¹ Folios 4-6.

- El legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías (tanto parciales como definitivas) para los empleados públicos del orden territorial hasta el 31 de diciembre de 1996, 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 anterior, es decir, con el último salario devengado sobre la totalidad del tiempo de servicio prestado.
- La demandante tiene derecho al reconocimiento del auxilio de cesantías retroactivo, toda vez que, por un lado, su nombramiento como docente territorial se realizó con anterioridad al 31 de diciembre de 1996; y de otra parte, que nunca se trasladó al régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda²

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Como fundamento de defensa, la entidad demandada señaló que la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías con el régimen de retroactividad pues ingresó a prestar el servicio el 29 de enero de 1991; es decir, con posterioridad al 1 de enero 1990, motivo por el cual le es aplicable el régimen de liquidación anual, de conformidad con lo previsto en la Ley 91 de 1989.

1.2.2 Audiencia Inicial³

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. En tal sentido, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

² Folios 38-43.

³ Folios 61-65.

Contencioso Administrativo. En consecuencia, se continuó con la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan las pretensiones de la demanda. En virtud de ello, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratificó los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. En consecuencia, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio se pretende establecer: Si la señora YOLANDA CECILIA BERNAL BERNAL tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación sus cesantías, de conformidad con las Leyes 81 de 1989 y 344 de 1996, por pertenecer al régimen retroactivo de cesantías.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. Que el día 29 de junio de 2008⁴, la señora Yolanda Cecilia Bernal Bernal solicitó ante en Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva.

⁴ Según se observa en el considerando 3º de la resolución N°. 9602 del 19 septiembre de 2018.

2. Que mediante Resolución N°. 9602 del 19 de septiembre de 2018⁵, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG - le reconoció y pagó el auxilio definitivo de cesantías la señora Yolanda Cecilia Bernal Bernal.

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 1º, ordenó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro”*.

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, 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 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que

⁵ Folios 3-4.

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 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 retroactiva⁶;

⁶ Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro⁷, y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías⁸.

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 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, las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 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 orden nacional, de lo que se deduce que

⁷ Establecido en el Decreto 3118 de 1968.

⁸ Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

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 1º 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.

2.4 Caso Concreto

En el presente asunto se tiene que el demandante pretende la reliquidación de las cesantías bajo el régimen retroactivo, atendiendo que la fecha de vinculación con la Secretaría de Educación de Bogotá, en su calidad de docente, fue a partir del 20 de enero de 1991, razón por la cual, en su sentir, la liquidación de dicha prestación se debe efectuar de conformidad con el régimen retroactivo.

Pues bien, teniendo en cuenta que el nombramiento efectuado por la Secretaría de Educación de Bogotá a la señora Yolanda Cecilia Bernal Bernal (vinculación distrital), se materializó el 08 de febrero de 1993, la liquidación de las cesantías se debe hacer de manera anualizada, según lo dispuesto en numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que su designación fue posterior al 1º de enero de 1990, y no conforme a lo dispuesto en las Leyes 6ª de 1945 y demás concordantes, como lo pretende aquella.

Debe recordarse que a los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir a partir del 1º 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, y que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 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 orden nacional, de lo que se deduce que sobre aquellas se aplicará el régimen de liquidación retroactivo de liquidación y pago de cesantías.

Conforme con lo expuesto, el Despacho negará las pretensiones de la demanda, toda vez que no le asiste la razón a la parte demandante, pues como se demostró en el proceso la entidad demandada para liquidar las cesantías de la señora Yolanda Cecilia Bernal Bernal aplicó el régimen legal vigente durante cada vinculación de aquella con la administración, en consecuencia, al no demostrarse que el acto administrativo acusado incurrió en las causales de nulidad aludidas por la accionante, el mismo permanecerá incólume.

Condena en 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 que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

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 de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones⁹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el

⁹ ⁹ CE, SCA; S2, SS“B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución.

Así las cosas, 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.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

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

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00225-00
DEMANDANTE: YOLANDA CECILIA BERNAL BERNAL
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez