



SIGCMA

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: NELSON FONSECA CORTINA

DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM

RADICADO: 20-001-33-33-006-2014-00358-00

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

### I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la Litis en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado sexto administrativo oral del circuito judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013 expedida por la Secretaría de Educación de Valledupar-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una Cesantía Parcial al señor NELSON FONSECA CORTINA, por violación de los artículos 4° y 5° de la Ley 1071 de 2006, que establecen los términos con que cuentan las entidades para dar respuesta a las solicitudes de liquidación de Cesantías y su cancelación, por la razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Ordenar a título de Restablecimiento Del Derecho Que La Nación-Ministerio De Educación Nacional - Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio reconozca y pague la indemnización moratoria ocasionada por el pago tardío de las cesantías parciales a la demandante, conforme lo establecido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 en un total de veintiséis (26) días del salario devengado para el año 2013 (...).”

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Condenar a la E.S.E HOSPITAL EDUARDO ARREDONDO DAZA a reconocer y pagar a favor de la actora la indexación de acuerdo con la variación del índice de precios de consumidor – IPC, conforme a la formula indicada en la parte motiva de este fallo, sobre la totalidad de los valores que le sean reconocidos por conceptos las prestaciones sociales ordenadas.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaria las Costas del proceso, incluyendo en la misma las Agencias en Derecho fijadas por el despacho a favor de la parte actora.

SEXTO: La E.S.E HOSPITAL EDUARDO ARREDONDO DAZA dará cumplimiento a la sentencia en el término máximo de 10 meses contados a partir de la fecha ejecutoriada de la presente providencia de conformidad con el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. (...)

SEPTIMO: En firme esta sentencia, por Secretaría comuníquese a la entidad accionada con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso finales del CPACA); Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica y debidamente ejecutoriada de la misma, en los términos de los artículos 114-115 del C.G.P.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y hechas las anotaciones de ley, dese cumplimiento al presente fallo conforme al artículo 298<sup>1</sup>.

## II.- ANTECEDENTES.-

### PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Declarar la nulidad parcial de la Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013 expedida por la Secretaría de Educación de Valledupar – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial al señor NELSON FONSECA CORTINA.

SEGUNDA: Que se declare el señor NELSON FONSECA tiene derecho a que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) le reconozca y pague a través del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio la cesantía parcial de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 17 de mayo de 1990 y liquidada sobre el último salario devengado con la totalidad de los factores salariales, de conformidad con la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago de manera retroactiva.

TERCERO: Se declare que el señor NELSON FONSECA tiene derecho a que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) le reconozca y pague a través del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la totalidad de su cesantía parcial, desde el día hábil sesenta y seis (66) contado a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago (24 de noviembre de 2013 y hasta el 9 de enero del 2014, (...).

CUARTA: Condenar a la entidad demandada a pagar el valor de las diferencias que resultaren entre los valores efectivamente cancelados conforme a la Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013 y resultante de la reliquidación por concepto de cesantía parcial retroactiva con los correspondientes ajustes de ley.

---

<sup>1</sup> Folio 164-165 del expediente

QUINTO: Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

SEXTO: 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, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011.

SEPTIMO: Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y el numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

OCTAVO: Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 del 2011<sup>2</sup>.

## 2.1.- HECHOS.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones invocadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así:

El señor NELSON FONSECA prestó sus servicios de manera interrumpida al Municipio de Valledupar como docente de vinculación nacional, desde su nombramiento el 17 de mayo de 1990 y hasta la fecha de la solicitud de la prestación.

Manifiesta que presentó el 20 de agosto de 2013 solicitud para el reconocimiento y pago de su cesantía parcial y la Secretaría de Educación de Valledupar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013, reconoció y ordenó el pago de dicha prestación en cuantía de \$25.652.839.

Afirma que las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar su cesantía parcial el régimen contemplado en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y no el contemplado en la Ley 6° de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, decreto 1160 de 1947 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes.

A partir de la fecha de la petición de la prestación (20 de agosto de 2013) la NACIÓN-FNPSM-LA FIDUPREVISORA, tenía un término de 65 días hábiles, plazo que venció el 14 de marzo de 2014. Así entonces, el pago de las cesantías del demandante se produjo con posterioridad a la fecha del plazo vencido, por lo que la Nación – FNPSM-FIDUPREVISORA, generó una mora en el pago de las mismas.

Finalmente, afirma que en cuanto a la Resolución N°0601 del 2 de diciembre de 2013, la misma se canceló de manera parcial<sup>3</sup>.

## 1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado sexto (6°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019), concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

---

<sup>2</sup> Folio 153 del expediente

<sup>3</sup> Folio 50-51 del expediente

En la providencia se dejó consignado:

(...) Ahora, como el actor NELSON FONSECA, inició sus labores a partir del 17 de mayo de 1990 y según la Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013, su hoja de revisión anexa y el “Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral” expedido por la Secretaría de Educación Departamental en representación del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, su vinculación es como Docente nacional, para efectos de liquidación de sus cesantías, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 15, numeral 3, inciso 2 de la Ley 91 de 1989 transcrito en precedencia, es decir, el Sistema de Anualidad y reconocimiento de intereses.

(...)

En este orden de ideas, el despacho concluye que el párrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, subrogada en algunos artículos por la Ley 1071 del 2006, que establece la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, se aplica a los docentes y en el caso concreto hay lugar a la indemnización moratoria por haberse demostrado el pago tardío de las cesantías parciales a la Docente demandante (...)”<sup>4</sup>.

#### 1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

Del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, el accionante hace un análisis general acerca del acervo probatorio que fundamenta lo siguiente:

En que la entidad demandada de manera flagrante desconoce la totalidad del tiempo de servicio prestado, ya que este fue nombrado en propiedad conforme al Acto Administrativo suscrito por el Representante Legal de una Entidad Territorial (no al Ministerio de Educación Nacional). De acuerdo a la liquidación de su cesantía, los certificados allegados al expediente, se denota claramente que la vinculación del docente es de orden Territorial y no de un docente Nacional, ni mucho menos Nacionalizado por incorporación. Esta interpretación contradice la posición que ha asumido la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa en torno a la demostración y calidad de vinculación.

Continúa advirtiendo que es evidente que en este caso debe aplicarse el sistema de retroactividad de las cesantías para los empleados de orden territorial y que estuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es decir, si fueron nombrado antes del 31 de diciembre de 1996, se les debe respetar la liquidación de las cesantías de manera retroactiva y que equivalen a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado

En ese sentido, afirma que el demandante demostró cumplir los requerimientos legales para que se le reconozcan sus cesantías con el régimen de retroactividad por medio del FNPSM.

#### 1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 22 de agosto de 2019, se admitió el recurso de apelación formulado por el extremo activo de la Litis, contra la sentencia proferida por el Juzgado sexto (6°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Folio 161-163 del expediente

<sup>5</sup> Folio 335 del expediente

Por auto del 12 de septiembre de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión<sup>6</sup>.

## 1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto.

## 2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la Litis, contra la sentencia del 6 de marzo de 2019.

### 2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia fechada 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar.

### 2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la decisión adoptada por el Despacho de instancia en el sentido de anular parcialmente el acto administrativo contenido en la resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013, por medio del cual se liquidó una cesantía a favor del hoy demandante, ha de ser revocada parcialmente en razón a lo expuesto por la parte actora en el sentido que la liquidación de dicha prestación debió hacerse de conformidad con el contenido de la Ley 344 de 1996; o si, por el contrario, la liquidación contenida en tal acto obedece a la normatividad aplicable para el caso concreto del Sr. NELSON FONSECA CORTINA, evento en el cual se confirmará la legalidad del acto impugnado, con la consecuente desestimación de las pretensiones de la demanda.

### 2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

Fotocopia Cédula de ciudadanía del demandante NELSON FONSECA CORTINA<sup>7</sup>.

Fotocopia Simple de la Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013, por la cual se le reconoce y ordena pago de liquidación de cesantía parcial por el tiempo de servicios como docente nacional<sup>8</sup>.

Fotocopia Simple del desprendible de Pago de la Prestación en BBVA<sup>9</sup>.

Solicitud de expedición de copia auténtica de la Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013, así como del expediente Administrativo<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Folio 338 del expediente

<sup>7</sup> Prueba contenida en el folio 2

<sup>8</sup> Prueba contenida en el folio 3-4

<sup>9</sup> Prueba contenida en el folio 5

<sup>10</sup> Prueba contenida en el folio 7

Copia debidamente autenticada por la Secretaría de Educación de Valledupar de la Resolución N°0601 del 2 de diciembre del 2013, así como del expediente Administrativo<sup>11</sup>.

Contrato de prestación de servicios entre NELSON FONSECA y JOHNNY EDUARDO CAMACHO SANGREGORIO, del cual tiene como objeto de prestar sus servicios de manera independiente, la adecuación de la vivienda localizada en el Barrio la Esperanza de Valledupar; inscrito en la fecha 3 de julio del 2013 con un total de presupuesto de \$26.157.180 pesos<sup>12</sup>.

Fotocopia simple del Decreto de Nombramiento N°045 del demandante, fechado 10 de mayo de 1990, para que desempeñe el cargo de Docente de Secundaria del Instituto Agrícola<sup>13</sup>.

Fotocopia simple del Acta de Posesión sin número del 17 de mayo de 1990, presentado por el señor Nelson con el objeto de tomar posesión en el cargo como Docente de Instituto Agrícola de El Copey<sup>14</sup>.

Solicitud de expedición copia auténtica expediente del Acto Administrativo de nombramiento y otros que reposan en la Hoja de Vida del actor<sup>15</sup>.

Copia debidamente autenticada por la Secretaría de Educación de Valledupar del expediente – Hoja de Vida, Decreto de Nombramiento y Otros<sup>16</sup>.

Solicitud de expedición copia autentica de Acto Administrativo o Convenio mediante el cual la Entidad Territorial (Departamento, Municipio o Distrito) incorporó al FNPSM, para efectos de las prestaciones sociales<sup>17</sup>.

Solicitud de expedición Constancia con fecha y valor pagado por concepto de cesantías reconocida mediante el Acto Administrativo<sup>18</sup>.

Constancia con fecha y valor pagado por concepto de cesantías, la cual quedó aprobada para pago el día 18 de diciembre de 2013, quedando a disposición a partir del día 26 de diciembre de 2013, por un valor de \$25.652.839 a través del Banco BBVA<sup>19</sup>.

Certificado de Salarios Consecutivo N°1504 del docente Nelson, del año 2013 total: \$10.022.019 – 2014 Total: \$3.414.468, con un Régimen de Cesantías Anual y un Régimen de Pensiones Nacional<sup>20</sup>.

Certificado de Historia Laboral Consecutivo N°417 del Docente Nelson desde el 17 de mayo de 1990 hasta el 1 de octubre del 2009<sup>21</sup>.

---

<sup>11</sup> Prueba contenida en el folio 8

<sup>12</sup> Prueba contenida en el folio 23-24

<sup>13</sup> Prueba contenida en el folio 28-29

<sup>14</sup> Prueba contenida en el folio 30

<sup>15</sup> Prueba contenida en el folio 31

<sup>16</sup> Prueba contenida en el folio 32

<sup>17</sup> Prueba contenida en el folio 39

<sup>18</sup> Prueba contenida en el folio 40

<sup>19</sup> Prueba contenida en el folio 42

<sup>20</sup> Prueba contenida en el folio 43-44

<sup>21</sup> Prueba contenida en el folio 45-47

Acta de Conciliación Fallida y certificación de no Conciliación proveniente de la Procuraduría Delegada ante los Juzgados Administrativos con fecha de Radicación del 11 de abril de 2014<sup>22</sup>.

#### 2.4. ANÁLISIS DEL CASO

Surtidas a cabalidad las anteriores etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad que invaliden lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

Tenemos entonces que la jurisdicción contenciosa administrativa conoce según dispone el artículo 104 del CPACA de:

“(…) las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

A su vez, se establece en la misma codificación las acciones encaminadas al conocimiento de lo ya descrito así:

“Artículo 137. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las norma en que se deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (…)

El artículo 138 *ibidem* contempla el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho así:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior (…)

Conforme a las normas anteriormente relacionadas, solamente son demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los actos particulares que pongan término a un proceso administrativo, esto es, los actos definitivos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y excepcionalmente los actos de trámite, siempre que pongan fin a la actuación administrativa.

En el presente caso nos encontramos frente a un acto de carácter particular, es decir, que a través del mismo se adoptó una decisión administrativa frente a la situación jurídica concreta del accionante.

Tal como se estableció al momento de la fijación del litigio, la controversia se centra en determinar si le asiste derecho al demandante, en que sus cesantías sean reconocidas, liquidadas y pagadas acorde con el régimen de cesantías con retroactividad conforme lo dispone la Ley 344 de 1996, Ley 6ª de 1945 y Decreto

---

<sup>22</sup> Prueba contenida en el folio 48

196 de 1995; o si, por el contrario, las cesantías de la actora estuvieron bien liquidadas.

A través de La Ley 91 de 1989, el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Más precisamente, dispuso la norma:

"Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad".

Establece el marco normativo de competencias en medio del cual el Fondo debe ejercer su tarea principal, esto es, atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes o después de la expedición de la norma y define las competencias de la Nación y de las entidades territoriales de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.
2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.
3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones



sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

PARÁGRAFO. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

La norma crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 3. 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".

Determinó las fuentes de donde provendrán los recursos para que el Fondo funcione; la prohibición de destinarlos para asuntos diferentes al pago de las prestaciones del Magisterio y lo que tiene que ver con los procedimientos para la

realización de convenios con las entidades territoriales para el cumplimiento de sus funciones y objetivos, en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, entre los cuales se destacan los siguientes: (i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) 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; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iv) propender porque todas las entidades deudoras del FOMAG cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Precisó las normas a aplicar por el FOMAG para el cumplimiento de su misión principal, esto es, el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, de la siguiente manera:

"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:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley".

En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3° del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

"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, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional".

De 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 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 1 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.

Así entonces, 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.

Posteriormente, la Ley 812 de 2003, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

En el caso planteado, el 17 de mayo de 1990, el Sr. NELSON FONSECA CORTINA se vinculó al servicio público como docente<sup>23</sup>. Dicho nombramiento, según las pruebas obrantes en el plenario, fue una vinculación de carácter nacional.

Luego de varios ascensos, el 6 de agosto de 2013, el hoy demandante elevó una petición a la accionada en el sentido de solicitar el reconocimiento y pago de una cesantía parcial.

El 2 de diciembre de 2013, mediante resolución No. 0601 le fueron reconocida unas cesantías parciales por valor de \$25.652.839, valor con el que no está de acuerdo el demandante en tanto considera debió dársele aplicación a la figura de la retroactividad.

---

<sup>23</sup> Folio 28-29 del expediente.

Así las cosas, y en aras de no desobedecer el ordenamiento jurídico que regula la materia, soporte de esta decisión, la cesantía reclamada por el accionante bien fue reconocida por el sistema anualizado, atendiendo que su vinculación se produjo con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

La prescripción que hace el numeral 3º literal B) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en virtud de la cual el reconocimiento y pago de las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, con un interés anual sobre el saldo existente a 31 de diciembre de cada año, recae sobre los docentes nacionales, nacionalizados y los docentes que se vinculen después de dicha fecha.

Así, frente al argumento según el cual, el sistema de liquidación de la cesantía de la parte actora, es el de la retroactividad, en concordancia con el artículo 5º del Decreto 196 de 1995, que establece que a los docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados con recursos propios, se les respetaría el régimen prestacional que tuvieron al momento de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no resulta aplicable al caso particular, en razón de que el silogismo no se construye de manera correcta, sino que parte de una premisa equivocada, cual es la de considerar que el régimen de liquidación de cesantías del demandante, al momento de su afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, era el establecido en las normas anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, que consagraban la retroactividad de las cesantías para los docentes territoriales, cuando en realidad lo es, el sistema que introdujo esta normatividad, es decir, el sistema de liquidación anual de esta prerrogativa laboral, dada la vinculación del actor como docente en las postrimerías del año 1990.

Entonces, cuando se expide el Decreto de nombramiento del actor, y en cumplimiento de esta normatividad se afilia al docente demandante al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, claro que le debía ser respetado el régimen prestacional que la acompañaba desde el momento de su vinculación, y que no era otro que el consagrado en la Ley 91 de 1989, es decir, el régimen anualizado de liquidación de cesantías.

De lo anterior se concluye que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidó de manera correcta la cesantía, reconociendo las sumas liquidadas anualmente, puesto que su vinculación se presentó después de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, por lo cual no le es aplicable la liquidación de las cesantías en forma retroactiva<sup>24</sup>.

No se puede hablar de derechos adquiridos, porque como lo ha reiterado el Honorable Consejo de Estado, los derechos adquiridos resultan aplicables frente a situaciones jurídicas consolidadas y no respecto de aquellas que no han sido incorporadas de manera definitiva al patrimonio del titular y que, por ende, constituyen meras expectativas.

Al respecto, el máximo Tribunal de antaño ha sostenido que la garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se obtiene el status de acuerdo con la Ley, a unas vacaciones consolidadas, vale decir, a todos los derechos que por el desempeño del empleo hacen parte del patrimonio del servidor público.

De allí que dicha garantía se refiere exclusivamente a las situaciones jurídicas particulares y consolidadas; no a las regulaciones de carácter general y abstracto.

---

<sup>24</sup> Tribunal Administrativo de Nariño – Sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil catorce (2014) - Radicación: 2007 - 00106 (3911)

La Corte Constitucional, así mismo, se ha pronunciado sobre los derechos adquiridos respecto de la estabilidad de un régimen legal. Dijo la Corte en la sentencia C-279 de 1996 lo siguiente:

"En varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquel"<sup>25</sup>.

Menos aún, podemos hablar de violación al derecho de igualdad cuando éste concepto no debe atender a criterio de igualitarismo, es decir, las garantías que se reconocen en virtud a este principio no deben desconocer las diferencias que justifican un trato desigual y que permiten la creación de una base de comparación. Así lo ha precisado en numerosas oportunidades nuestro Máximo Tribunal Constitucional al indicar que:

"El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas éstas que en justicia deben ser relevantes para el derecho (...)"<sup>26</sup>.

En lo atinente a la presunción de legalidad del acto demandado, de conformidad con decantada jurisprudencia del Consejo de Estado, es menester concluir que el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función o potestad administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la Ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o para la propia Administración, y que en el orden jurídico se presume su legalidad, es decir, su veracidad y, además, que fue dictado según la Ley y que su contenido es ajustado a derecho, mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Se trata de una presunción iuris tantum, o sea que admite prueba en contrario, pero por principio sólo puede ser desvirtuada ante el Juez administrativo y que fluye, como ha indicado el Consejo de Estado, del principio de legalidad como base de la actividad de la administración. Por eso, el acto administrativo debe ser cumplido, obliga a los particulares y permite que la Administración pueda ejecutarlo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial, pues ya se indicó, su actividad está revestida de una presunción de legalidad de sus actos, que trae aparejado el deber del administrado de dar cumplimiento a los mismos.

La validez y eficacia del acto administrativo, depende de ciertos elementos esenciales, entre ellos, la competencia, la voluntad administrativa, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma, y puede ser anulado cuando haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma

---

<sup>25</sup> Sentencia C-279 del 24 de junio de 1976. Corte Constitucional. M.P: Dr. Hugo Palacios Mejía

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-432 del veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

La presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto; correlativamente, dispensa a la Administración de estar probando en cada proceso que sus actos cumplen con los requisitos de validez. Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez, lo cual no sucedió en este caso<sup>27</sup>.

Así entonces, siendo que no son admisibles los argumentos expuestos por la parte actora contra la decisión de instancia, se confirmará la sentencia impugnada.

Ahora bien, de la parte resolutive de la providencia impugnada, se desprenden los numerales cuarto y sexto que no guardan relación con el debate procesal en tanto se refieren –aparentemente– a un proceso en contrato de ESE HOSPITAL EDUARDO ARREDONDO DAZA, razón por la cual se modificará la decisión en este sentido.

## 2.5. SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

La Sala revocará la condena en costas contenida en el ordinal quinto de la parte resolutive, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP<sup>28</sup>, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA<sup>29</sup>.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”<sup>30</sup>.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810) Actor: SISTEMAS INTEGRADOS ELECTRICOS LTDA. SINTEL LTDA. Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.

<sup>28</sup> “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

<sup>29</sup> Art. 188. Condena en costas. 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.

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia de seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto (6°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con lo expuesto en líneas pasadas.

SEGUNDO: MODIFICAR la parte resolutive de la sentencia de seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto (6°) Administrativo de Valledupar, que quedará así:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la resolución No. 0601 del 02/DIC/2013 expedida por la Secretaría de Educación de Valledupar-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTIA PARCIAL al señor NELSON FONSECA CORTINA, por violación de los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, que establecen los términos con que cuentan las entidades para dar respuestas a las solicitudes de liquidación de cesantías y su cancelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho que la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconozca y pague la INDEMNIZACION MORATORIA ocasionada con el pago tardío de las cesantías parciales a la demandante, conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, en un total de veintiséis (26) días del salario devengado para el año 2013. Sin indexación de esta suma por las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: Se NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: En firme esta providencia, por Secretaría comuníquese a la entidad accionada con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (artículos 192 y 203 inciso final del CPACA); igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica y debidamente ejecutoriada de la misma, en los términos de los artículos 114-115 del CGP.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y hecha las anotaciones de Ley, dese cumplimiento al presente fallo conforme al artículo 298”.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHIVAR el expediente.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 144.

OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA  
MAGISTRADO

Ausente en comisión  
DORIS PINZÓN AMADO  
MAGISTRADA

CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
MAGISTRADO