



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JOSÉ DE LOS SANTOS MEJÍA MUZA

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL CESAR

RADICADO: 20-001-33-31-001-2014-00443-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 10 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar probadas las excepciones denominadas pago y falta de agotamiento de la actuación administrativa.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, negar las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvanse a la parte actora los gastos ordinarios del proceso que no se hubieran causado y archívese el expediente dejando las constancias del caso”¹.

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 súplicas:

“se declare la nulidad parcial de resolución No. 0193-08/may/2014 expedidas por la Secretaría de Educación de Valledupar – Fondo de Prestaciones del Magisterio por la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial al señor JOSE DE OS SANTOS MEJIA MUZA.

¹ Folio 318 del expediente.

SEGUNDO: Se declare que el señor JOSE DE LOS SANTOS MEJIA MUZA tiene derecho a que la NACION Ministerio de Educación le reconozcan y paguen a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL AMGISTERIO la CESANTIA PARCIAL de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (22 de febrero de 1994) y liquidada sobre el último salario devengado con la totalidad de los factores salariales, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 1767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 que consagran su pago en forma retroactiva.

TERCERO: Se declare que el señor JOSE DE LOS SANTOS MEJIA MUZA tiene derecho a que la NACION (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 CESANTIA PARCIAL, desde el día hábil sesenta y seis contando a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía – 19 de junio de 2014 y hasta el 20 de junio de 2014 (fecha de pago de dicha prestación), a razón de una día de salario por cada día de retardo para un total de 39 días de indemnización, tomando como base el salario final acreditado, de conformidad con la Ley 1071 de 2006 (...)”².

2.1.- HECHOS.-

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

El Sr. JOSÉ DE LOS SANTOS MEJÍA MUZA manifiesta haber estado vinculado al servicio público como docente desde el 22 de febrero de 1994 hasta el tiempo en que presentó su solicitud de reconocimiento de cesantías.

Precisamente el 17 de marzo de 2014, el hoy demandante requirió a la accionada para que le reconociera y pagara cesantías parciales, las cuales fueron efectivamente autorizadas con resolución No. 0193 del 8 de mayo de 2014 por valor de \$15.733514.

Argumenta que la accionada no liquidó de forma adecuada la cesantías solicitada, al haberle aplicado el contemplado en la Ley 91 de 1989, cuando era lo procedente reconocerla y liquidarla de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6 de 1945.

Finalmente, indica que la accionada no pagó en debida forma la cesantía, por lo que es procedente además el pago de una sanción por la mora.

SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 10 de julio de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) De conformidad con el acervo probatorio, encuentra este Despacho, que no hay lugar a conceder la pretensión primera y segunda de la demanda, encaminadas a que se declare la nulidad parcial de la resolución No 0193 del 8 de mayo de 2014, y a que se ordene el reconocimiento y el pago de las cesantías parciales al demandante de manera retroactiva, por cuanto el demandante esta cobijado, para efectos

² Folio 26 del expediente.

del reconocimiento de sus cesantías, por la Ley 91 de 1989, puesto que está probado que fue nombrado y posesionado como docente en el mes de febrero de 1994, es decir, en vigencia de la ley 91.

Como quedo anotado en antelación, la Ley 91 de 1989, en el numeral 3 del artículo 15, estableció el régimen de reconocimiento de cesantías con retroactividad, para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de enero de 1989, -el demandante se vinculó con posterioridad-, a quienes el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagara un auxilio equivalente a un mes de salario (...) así las cosas, se declarara probada la excepción de pago, planteada por la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, pues se observa que la prestación solicitada fue pagada en los términos que la Ley indica.

Ahora en lo que respecta a la pretensión encaminada a obtener la indemnización por la sanción moratoria causada por el no pago de la prestación solicitada, -cesantías parciales-, es propio manifestar que si bien de acuerdo a lo precisado por el Consejo de Estado al estar los docentes del sector público, dentro de la categoría de empleados del Estado, la normativa aplicable en materia de sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, si resulta ser la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, pese a que ella, no estuviera dirigida de manera exclusiva al personal docente, ya que dentro del ámbito de aplicación de dicha ley, si se contempló a todos los empleados públicos, de suerte que, sean destinatarios de la referida sanción.

Sin embargo, en esta ocasión esa pretensión no será objeto de análisis por cuanto, se observa que respecto de esta pretensión la parte demandante no agotó actuación gubernativa, por lo que no hay pronunciamiento de fondo por parte de la administración que niegue la pretensión del actor, es decir, no existe acto administrativo frente al cual declarar la nulidad (...)”³.

SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

Obra el recurso de apelación interpuesto⁴ por el apoderado de la parte demandante, quien afirma que el actor si tenía derecho a que se le reconociera la reliquidación de las cesantías reconocidas a su favor en tanto se encontraba adscrito al servicio docente desde el año 1980, y no desde 1994, como se afirma en la providencia impugnada, de suerte que si le es aplicable la norma invocada en su escrito de demanda.

De otra parte, frente al indebido agotamiento de la *vía gubernativa*⁵, advierte que la pretensión de reconocimiento de sanción moratoria se encuentra inmersa en la pretensión de reliquidación de las cesantías en razón a la retroactividad, por lo que no era necesario agotar el requisito de procedibilidad.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

Mediante auto del 20 de septiembre de 2018, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar⁶.

³ Folio 317 del expediente.

⁴ Folio 274 a 280 del expediente.

⁵ Expresión utilizada por el apelante, visible a folio 333 del expediente.

⁶ Folio 354 del expediente.

Por auto del 11 de octubre de 2018, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁷.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Sr. Agente del Ministerio Público no rindió concepto al interior de este proceso.

V.- 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 apoderado de la parte demandada, contra la sentencia del 10 de julio de 2018.

5.1.- 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 emitida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, fechada del 10 de julio de 2018.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo de Valledupar, debe ser revocada en virtud de lo señalado por el apelante en el sentido de afirmar que al Sr. MEJIA MUZA le asiste el derecho a que sus cesantías sean liquidadas con base en la retroactividad y que además le debe ser reconocida una sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación; de comprobarse lo afirmado por el actor, se procederá a revocar la decisión adoptada en primera instancia, de lo contrario, se confirmará la legalidad de la decisión impugnada.

5.3.- PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene:

El señor JOSE DE LOS SANTOS MEJIA MUZA se vinculó al servicio público como docente desde el 22 de febrero de 1994.

El 17 de marzo de 2014, presentó solicitud de reconocimiento y pago de cesantía parcial ante la Secretaría de Educación de Valledupar.

El 8 de mayo de 2014, mediante resolución No. 0193, le fue reconocido el pago de una cesantía parcial por valor de \$15.733.514.

Al respecto, explica la parte actora que se debió dar aplicación al contenido de la Ley 6 de 1945 y no a la Ley 91 de 1989 como efectivamente se hizo, razón que motiva la demanda interpuesta.

5.4. ANÁLISIS DEL CASO

⁷ Folio 357 del expediente.

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 ibídem 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 de la 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 196 de 1995; o si, por el contrario, las cesantías del actor 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 22 de febrero de 1994, el Sr. JOSE DE LOS SANTOS MEJIA MUZA se vinculó al servicio público como docente⁸.

El 17 de marzo de 2014, presentó solicitud de reconocimiento y pago de cesantía parcial ante la Secretaría de Educación de Valledupar.

El 8 de mayo de 2014, mediante resolución No. 0193, le fue reconocido el pago de una cesantía parcial por valor de \$15.733.514.

Al respecto, explica la parte actora que se debió dar aplicación al contenido de la Ley 6 de 1945 y no a la Ley 91 de 1989 como efectivamente se hizo, razón que motiva la demanda interpuesta.

Así las cosas, y en aras de no desobedecer el ordenamiento jurídico que regula la materia, soporte de esta decisión, la cesantía reclamada por la 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.

⁸ Folio 8 a 9 del expediente.

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 5° 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 tuvieran 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 de la 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 de la actora como docente en el año 1994.

Entonces, cuando se expide el Decreto de nombramiento de la actora, y en cumplimiento de esta normatividad se afilia a la 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 retroactiva⁹.

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.

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

⁹ Tribunal Administrativo de Nariño – Sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil catorce (2014) - Radicación: 2007 - 00106 (3911)

liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquel"¹⁰.

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 (...)"¹¹.

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 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

¹⁰ Sentencia C-279 del 24 de junio de 1976. Corte Constitucional. M.P: Dr. Hugo Palacios Mejía

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-432 del veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez, lo cual no sucedió en este caso¹².

Así entonces, la decisión adoptada por el Despacho de instancia en el sentido de desestimar las pretensiones de la demanda en lo relativo a la retroactividad de las cesantías, ha de ser confirmada, en tanto no se demostró que el actor efectivamente fuera acreedor de dicho derecho.

Ahora bien, con relación a la pretensión de pago de sanción moratoria, sea del caso precisar que la misma se fundamenta precisamente en el hecho no demostrado que las cesantías reconocidas no habían sido pagados en debida forma, por lo que a la actualidad existiría un pago incompleto y por tanto sería procedente el reconocimiento solicitado; sin embargo, tal como se concluyó en líneas pasadas, las cesantías reconocidas corresponden a la normatividad aplicable a la situación del actor, de lo que deviene que no existe un pago pendiente y por tanto no existe una sanción moratoria que reconocer.

De otra parte, según se desprende de las pruebas obrantes en el plenario, se sabe que el actor elevó una petición el 17 de marzo de 2014 en el sentido que le fueran reconocidas las cesantías, lo que implica que luego de los 15 días para resolver la petición, 5 días de ejecutoria del acto y los 45 días para hacer efectivo el pago, la entidad estaba en la obligación de pagar a más tardar el 20 de junio de aquella anualidad, lo cual, según se afirma en la demanda, efectivamente ocurrió; por lo que tampoco sería procedente el reconocimiento de una sanción moratoria en el sentido.

En relación con lo anterior, no son de recibo los argumentos expuestos por la parte apelante encaminados a refutar las conclusiones a las que arribó la sentencia impugnada, razón por la cual será confirmada.

CONDENA EN COSTAS

No habrá condena en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP¹³, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA¹⁴.

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

¹² 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.

¹³ “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”.

¹⁴ 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.

costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”¹⁵.

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de 10 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 095.


OSCAR IVÁN CASTANEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA

Ausente con permiso
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

¹⁵ 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