

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, nueve (9) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA

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

RADICADO: 20-001-33-33-002-2017-00130-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, de fecha 22 de agosto de 2018, por medio del cual negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Manifestó la apoderada de la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA, que ésta prestó sus servicios de manera ininterrumpida desde el día de su nombramiento hasta la fecha de la solicitud de la prestación como docente, y, que mediante formato entregado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Cesar – Secretaría de Educación Departamental, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales y/o definitivas, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución No. 7711 del 28 de diciembre de 2016.

Finalmente relató, que a pesar de la fecha de vinculación de su poderdante, las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus cesantías parciales y/o definitivas, el régimen contemplado en el literal B numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y no el contemplado en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y la Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 7711 del 28 de diciembre de 2016, expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Cesar,

mediante la cual se reconoció y ordenó al pago de las cesantías parciales y/o definitivas a favor de la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA.

Que se declare que su poderdante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional le liquide, reconozca y pague a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las cesantías parciales y/o definitivas de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente, ante el jefe de la división de recursos humanos del Departamento del Cesar y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la presente de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 91 de 1989 y la Ley 344 de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, que sea condenada la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar el valor que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución 7711 del 28 de diciembre de 2016, lo que resulta una cifra total de \$76.805.604.

Además, que sea condenada la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento de presentación de la demanda, hasta el momento en la que entidad demandada efectúe el reconocimiento y pago de la diferencia que su poderdante se encuentre cobrando.

Igualmente, pide que se ordene a la entidad demandada a que dé cumplimiento de la sentencia de acuerdo con lo que se establece en el párrafo 2º del artículo 192 y numeral 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

Así mismo solicita, que sea condenada la entidad demanda a que sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme el índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 y le sean reconocidos y pagados los intereses moratorios de conformidad a los dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

Finalmente, pide que se condene en costas a la parte demandada de conformidad al artículo 188 de la Ley 1437 del 2011.

III.- TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La apoderada de la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó oponiéndose a las pretensiones solicitadas, argumentando que carecen del sustento fáctico y jurídico necesario para que prosperen, teniendo en cuenta que la demandante no acreditó que el acto administrativo objeto del presente asunto, hubiese sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, por falta de competencia, de manera irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Indicó, que de acuerdo a los documentos aportados en la demanda, la vinculación de la demandante fue posterior al 31 de diciembre de 1989, siendo éste el último plazo para ser beneficiario de la aplicación del régimen retroactivo del auxilio de

cesantías, por lo tanto el régimen aplicable no es el retroactivo, sino el anualizado, es decir, que las normas por las cuales se ha regido el reconocimiento de cesantías, es el jurídicamente adecuado.

Aseveró, que de conformidad a la jurisprudencia citada por éste de la Corte Constitucional, no se pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente a la demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

Por otra parte, mencionó que el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el Decreto 2831 de 2005, el cual determina las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo tanto en cuanto a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales, éstas se incluyen dentro del decreto mencionado, es decir, no están cobijadas bajo ninguna otra normal referente a ella.

Finalmente, concluyó que a la parte demandante no le asiste derecho a sanción moratoria pretendida, pues las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno y señalan que el pago está sujeto a la condición de la disponibilidad presupuestal.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar en sentencia de fecha 22 de agosto de 2018, negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Teniendo en cuenta el marco normativo citado en las consideraciones y del análisis de las pruebas allegadas al proceso, la juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues se demostró que la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA se vinculó a la docencia oficial el día 19 de abril de 1991, en tanto su vinculación se produjo con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989, norma que consagró para los docentes que se vincularan a partir del 1 de enero de 1990 le aplicará un sistema anualizado de reconocimiento de cesantías.

Agregó, que no le asistía razón a la demandante cuando alega, que tiene derecho a la liquidación de sus cesantías con el régimen de retroactividad, en virtud de que la Ley 344 de 1996 consagró el sistema anualizado de cesantías la cual no puede aplicarse con anterioridad a su expedición, puesto que tal norma no cobija a la actora, en la medida en que fue vinculada a la docencia con posterioridad al 31 de diciembre de 1989.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia, argumentando que su poderdante tiene derecho al reconocimiento y pago de su cesantía parcial de manera retroactiva, por lo que la entidad demandada debe aplicar lo contenido en la Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y demás normas que consagran su pago de forma retroactiva, no solamente en el presente caso, sino como una obligación futura, teniendo en cuenta que el auxilio de cesantía puede

solicitar de manera parcial, según las voces de la normatividad explicada y en especial en los Decretos 2755 de 1966 y 888 de 1991.

Agrega, que la Ley 91 de 1989, cambió el régimen de liquidación de las prestaciones de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero los docentes vinculados a las entidades territoriales sólo vinieron a afiliarse al dicho fondo en el año 1996, como lo ordenó la Ley 115 de 1994 y el Decreto Nacional 196 de 1995, es por ello que considera que se debe aplicar el sistema de retroactividad de las cesantías para los empleados del orden territorial que estuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996.

Expresa, que a los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, se les debe respetar la liquidación de las cesantías de manera retroactiva que equivalen a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, sino ha sido notificado en los tres últimos meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

Finalmente, menciona que está demostrado que el su poderdante cumple con los requisitos legales para que la Nación – Ministerio de Educación le reconozca y pague a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, su cesantía de forma retroactiva.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

La apoderada de la parte demandante alega con los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La entidad demandada no presentó sus alegaciones finales.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial en Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a establecer, si le asiste o no el derecho a la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA, al reconocimiento de la cesantía parcial en forma retroactiva, pese a que su vinculación al servicio de la docencia fue con posterioridad al 1° de enero de 1990.

Así pues, procede este Tribunal a analizar en primer lugar, el material probatorio recaudado en el expediente, así:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA. (Folio 35).

- Resolución No. 007711 del 28 de diciembre de 2016, por medio de la cual, el Secretario de Educación Departamental del Cesar, en nombre y representación de

la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoce una cesantía parcial para reparación de vivienda a la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA. (Folios 29 y 30).

- Decreto No. 69 del 12 de abril de 1991, expedido por el Alcalde Municipal de El Copey – Cesar, por medio del cual se nombró a la demandante como maestra nacionalizada en la Escuela Rural Mixta San Agustín. (Folio 32)

- Acta de posesión de fecha 19 de abril de 1991, en donde la demandante toma posesión en el cargo para el cual fue nombrada mediante el decreto anterior. (Folio 31)

8.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013¹, tal como es el caso que nos ocupa.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

Sobre el auxilio de cesantía se tiene, que es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social en beneficio del trabajador.

Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio, denominada definitiva; y parcial, la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley.

Con esas precisiones es claro, que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en período de prueba o, en periodicidad.

Así las cosas, analizará esta Corporación las consecuencias, para efectos del reconocimiento y pago de dicho auxilio, del proceso de nacionalización de la educación, así:

La Ley 91 de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", establece que éste atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de dicha Ley, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

En efecto, el artículo 15 estableció:

¹ Acta No. 010.

"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 1o. de enero de 1990, para efecto 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". (Subrayas fuera del texto).

La misma norma, en cuanto al régimen de las cesantías estableció:

"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". (Subrayas fuera del texto).

De las normas transcritas se deduce que existen dos regímenes de cesantías, uno con retroactividad y otro sin retroactividad; en el primero, las cesantías se liquidan con el último salario devengado, salvo que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses, beneficiando a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989; mientras que en el segundo, las cesantías se liquidarán tomando como base el salario promedio mensual devengado por el empleado o trabajador en los tres últimos meses de cada año, el cual cubre a los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, y los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir de la misma.

8.5.- CASO CONCRETO.-

Así las cosas, teniendo en cuenta la normatividad anterior, en el presente asunto no existe duda, que a la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA le corresponde el pago de sus cesantías liquidadas anualmente y sin retroactividad, habida consideración, que fue vinculada a la docencia oficial después del 1º de enero de 1990, a través del Decreto No. 69 del 12 de abril de 1991, surtiendo efectos su nombramiento a partir la posesión al cargo, el día 19 de abril de 1991, tal como se evidencia a folio 31 del expediente.

En atención a lo anterior, resulta claro, que la normatividad aplicable en el *sub-examine* son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, según mandato expreso de la Ley 91 de 1989; por lo tanto no es posible aplicar una disposición distinta, ni mucho menos que vaya en contravía de lo que aquellas estipulan.

Debe tenerse en cuenta, que lo que define el régimen de cesantías aplicable a un empleado es la fecha de vinculación a la docencia, que en el presente asunto fue el 19 de abril de 1991, por lo tanto la norma que la cobija es la Ley 91 de 1989.

En consecuencia, no resulta de recibo para esta Colegiatura los argumentos expuestos por la parte demandante, en el sentido que debe aplicarse el régimen de liquidación retroactiva de cesantías, sustentando su afirmación en que la Ley 344 de 1996 consagró el sistema anualizado de liquidación de cesantías, y que ésta no puede ser aplicada con anterioridad a su expedición; toda vez que dicha norma no puede emplearse a este caso por ser la demandante una docente vinculada después del 1º de enero de 1990, y tal situación es reglamentada por una normatividad especial, como es la Ley 91 de 1989.

Se advierte además, que las normas a que hace referencia tanto el libelo demandatorio como el recurso de alzada, tales como, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 del mismo año, la Ley 65 de 1946, el Decreto 2567 de 1946, el Decreto 1160 de 1947, entre otros, que según, deben aplicarse en el asunto de autos, ello sólo sería procedente en el evento de que la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA se hubiese vinculado antes del 31 de diciembre de 1989, como docente nacionalizado, lo cual no ocurrió, pues ésta ingresó a la docencia oficial el 19 de abril de 1991, cuando se encontraba rigiendo la mencionada Ley 91 de 1989.

Así lo ha sostenido de tiempo atrás el Consejo de Estado²:

“En consecuencia, a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989, se diferenciaron claramente los regímenes aplicables tanto a los docentes nacionalizados como a los nacionales. Así, para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 que es el caso de la demandante, se mantuvo el régimen prestacional de que venían gozando en cada entidad territorial. Dicho régimen no es otro que aquél al que se hizo alusión en las normas citadas, es decir, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 del mismo año, la Ley 65 de 1946, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, normas que en su conjunto, establecen el derecho de los trabajadores oficiales a percibir el auxilio de cesantía correspondiente a un mes de salario por cada año de trabajo continuo o discontinuo y señalan los casos en que a pesar de existir suspensión de la relación laboral, por presentarse ciertas situaciones administrativas, no debe entenderse como solución de continuidad para efecto del pago referido”. (Sic para lo transcrito).

Se le advierte a la parte recurrente, que la anterior postura ha sido ratificada recientemente por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 18 de enero de 2018, radicado: 19001333100020110030501 (1733-2016), M.P Gabriel Valbuena Hernández.

Así las cosas, la Sala de Decisión considera, que la Resolución No. 007711 del 28 de diciembre de 2016, por medio de la cual, la Secretaría de Educación Departamental del Cesar reconoce una cesantía parcial para reparación de vivienda a la señora LILIANA ESTHER SIERRA ZAPATA, de manera anualizada y sin retroactividad, se ajusta a derecho, y no es procedente declarar su nulidad, tal y como lo estableció el *a quo*. En consecuencia, se confirmará el fallo apelado en este tópico.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Bogotá, D.C., febrero nueve (09) del año dos mil doce (2012). Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01833-01(0698-10).

8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

IX.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 22 de agosto de 2018, por medio de la cual, negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

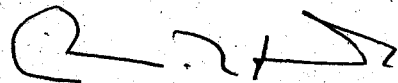
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 068, efectuada en la fecha.



**JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO**



**CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO**



**OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE**