



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA**

Tunja, 25 de mayo de 2015.

<b>EXPEDIENTE:</b>	<b>15001-33-33-013-2013-00228-00.</b>
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>LUZ GRACIELA OVALLE FERNÁNDEZ</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>TEMA:</b>	<b>RECONOCIMIENTO CESANTÍA RETROACTIVA</b>

Procede el Despacho a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia, toda vez que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

**I. LA DEMANDA.**

**1. DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Estuvo encaminada a obtener la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 001280 de 01 de marzo de 2013 por la cual la Secretaria de Educación de Boyacá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago el pago de una cesantía parcial a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita se declare que la accionante tiene derecho a que las demandadas le reconozcan y paguen cesantía parcial de manera retroactiva tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente y liquidada sobre el último salario devengado con la totalidad de los factores salariales devengados.

Igualmente pretende se declare que la demandante tiene derecho a que la accionada le reconozca y pague la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la cesantía parcial, desde el día hábil 66 contado a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía, en razón de un día de salario por cada día de retardo, tomando como base el salario final acreditado y del mismo modo se declare que a futuro la accionante tiene derecho a que las demandadas le liquiden, reconozcan y paguen sus cesantías de manera retroactiva.

Adicionalmente pide se condene a las demandadas a pagar el valor de las diferencias que resultaren entre los valores efectivamente pagados y los resultantes de la liquidación por concepto de cesantía parcial retroactiva.

Y finalmente que se condene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo estipulado en los artículos 187, 188, 192 y 195 de la ley 1437 de 2011.

## **2. HECHOS:**

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narra los siguientes:

1. La demandante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento de Boyacá, municipio de Tota desde su nombramiento - 09 de octubre de 1990- y hasta la fecha de solicitud de la prestación, como docente de vinculación nacional.
2. La actora mediante formato entregado por la Secretaria de Educación de Boyacá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó el 09 de noviembre de 2012 solicitud para el reconocimiento y pago de su cesantía parcial.
3. La demandada mediante el acto acusado reconoció a la demandante cesantía parcial en cuantía neta de \$25.000.000, sin tener en cuenta su fecha de vinculación; aplicando para la liquidación de la cesantía parcial 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 6 de 1945, decreto 2768 de 1945, ley 65 de 1946 y decreto 1160 de 1947 que consagran su pago en forma retroactiva.
4. El pago de las cesantías de la accionante se produjo luego de los 65 días hábiles con que contaban las demandadas para cancelar efectivamente la prestación, por lo que se generó una mora en el pago de las mismas, así mismo teniendo en cuenta que con el acto demandado no se pagó la totalidad de la cesantía solicitada se ocasiono una mora en el cancelación total de la misma.

## **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION**

Como disposiciones violadas de rango legal o reglamentario cita la parte demandante la ley 6 de 1945, artículos 12 y 17 literal a); Decreto 2767 de 1945 artículo 01, ley 65 de 1946, artículo 01, Decreto 1160 de 1947 artículos 1, 2, 5 y 6, decreto 1848 de 1969 artículo 89, decreto 1045 de 1978 artículos 5, 40 y 45; Decreto 2563 de 1990 artículo 7 y 9, ley 4 de 1992 artículo 2 literal a), ley 60 de 1993 artículo 6; ley 115 de 1994 artículo 176; Decreto 196 de 1995 artículo 5, ley 344 de 1996 artículo 13, Decreto 1582 de 1998 artículo 1, ley 1071 de 2006 artículo 5 parágrafo,

Respecto al concepto de violación grosso modo afirma lo siguiente:

Comienza el mandatario por hacer un recuento de las normas que históricamente han regido el tema de las cesantías, para indicar que el legislador ha preservado los derechos adquiridos de los docentes territoriales reiterando que quienes se hubiesen vinculado al servicio público de la educación hasta 31 de diciembre de 1996 conservan el sistema retroactivo de liquidación de cesantías.

Lo anterior, toda vez que, la ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 05 de agosto de 1998, previó hasta 31 de diciembre de 1996 un régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos de orden territorial, como quiera que con posterioridad a esa fecha surge un nuevo esquema de liquidación, esto es la liquidación anualizada, pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservan el régimen retroactivo de liquidación de las cesantías.

De conformidad con lo anterior, asegura el apoderado que a su representada le asiste el derecho a que su cesantía parcial sea liquidada en forma retroactiva, no solamente en esta ocasión, sino como una obligación futura.

Frente a la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la cesantía, afirma que, el artículo 4 de la ley 1071 de 31 de julio de 2006 otorga un término de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales para la expedición de la resolución correspondiente y a su vez el artículo 5 de la misma disposición legal ordena que la entidad pagadora deberá pagar en un plazo máximo de 45 días hábiles, contados a partir de que quede en firme el acto de reconocimiento para cancelar la prestación social, generando se en caso de mora una indemnización consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago.

Para el caso concreto se observa que el pago total de la obligación prestacional debió realizarse en un término no superior a 65 días hábiles, y como no ocurrió de esa manera, se generó de manera automática una indemnización de carácter legal, toda vez que al haber sido liquidadas de manera errónea a la fecha no se ha producido el pago total de las cesantías.

Argumenta que con la expedición de los actos acusados se contravinieron diferentes mandatos constitucionales y se incurrió en falsa motivación y finalmente hace referencia a variada jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que apoyan sus argumentos.

## **II. TRAMITE DE LA INSTANCIA**

La demanda fue presentada el día 4 de octubre de 2013 (Folio 60), admitida el 14 de noviembre de del mismo año (Folio 63); auto notificado en debida forma a la parte demandante el 15 de noviembre de 2013 (Folio 65), a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el 19 de mayo de 2014 (Folios 70 a 75), el termino común de 25 días de que trata el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P, corrió desde el 23 de mayo hasta el 1 de julio de 2014 (Folio 76) y el traslado de la demanda (artículo 172 ley 1437) inició el 2 de julio y finalizó el 20 de agosto de 2014 (Folios 77 a 78). Mediante auto de 20 de enero de 2015, se señaló fecha y hora para llevar a cabo la presente audiencia, cual tuvo lugar el día 03 de febrero de 2015 (Folios 116 a 119); la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la misma codificación se celebró el día 07 de abril de 2015 (Acta vista a folios 181 a 183) y, el termino para alegar corrió desde el ocho (08) hasta el veintiuno (21) de abril de 2015 (Folio 185).

### **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS**

La demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Folios 92 a 95), comienza por oponerse a las pretensiones y luego de referirse a los hechos, indica que la indemnización moratoria solo es procedente cuando se ha liquidado previamente en un acto administrativo que ha quedado en firme, esto obedece a que frente al reconocimiento y pago de la cesantía se distinguen dos momentos, siendo el primero el que corresponde a la solicitud de reconocimiento, mientras que el segundo comprende el término que la entidad tiene para pagar el valor contemplado en el acto administrativo que liquidó la prestación.

Afirma que la accionante no tiene derecho a la indemnización moratoria que reclama, toda vez que la demandada canceló las cesantías dentro del plazo legalmente establecido, contabilizado desde que el acto administrativo de reconocimiento quedo en firme y no desde la radicación de la solicitud como erradamente lo hace la parte actora.

Asegura de igual manera que no es procedente la acumulación de diversas sanciones a título de perjuicios como lo son la indexación de la prestación y los intereses de mora sobre la misma suma, aun mas si la docente llegare a tener derecho a la aplicación del régimen legal de retroactividad pues a este solo se le aplicaría la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2008.

Propone la excepción de prescripción de cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado este fenómeno de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

### **ALEGATOS DE LAS PARTES Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO**

**PARTE ACTORA.** Dentro del término otorgado por el Despacho la parte demandante se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

**PARTE DEMANDADA.** Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y resalta que en el capítulo II del decreto 2831 de 2005, no se vislumbra intervención alguna del Ministerio de Educación Nacional ni de sus servidores, puesto que desde la expedición de la ley 962 de 2005 ya se habían suprimido las funciones que ejercían los representantes del Ministerio de Educación Nacional ante las entidades territoriales, dejando de participar en las juntas departamentales y distritales de educación y en el reconocimiento de las prestaciones sociales con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Folio 185).

**MINISTERIO PÚBLICO.** No rindió concepto.

### **IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

#### **1. HECHOS PROBADOS.**

De las pruebas obrantes en el plenario es posible concluir por el Despacho lo siguiente:

1. Mediante resolución No. 001280 la entidad demandada reconoció y ordeno el pago de cesantía parcial a la demandante en cuantía de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000). Lo anterior según copia del acto administrativo de reconocimiento visto a folios 32 a 33.
2. A folio 34 se advierte copia del acta de posesión de LUZ GRACIELA OVALLE FERNANDEZ como docente de primaria del municipio de la Capilla Boyacá, la cual fue levantada el día 09 de octubre de 1990, en dicho documento consta que la actora fue nombrada para desempeñar dicho cargo mediante Decreto No. 022 de 04 de octubre de 1990.
3. A folio 38 se observa notificación de cesantía liquidada correspondiente al año 2010 a la demandante el día 15 de febrero de 2012.
4. De acuerdo con certificado de tiempo de servicios, la accionante se desempeña como docente con vinculación nacional en propiedad del nivel primaria desde el 09 de octubre de 1990 y actualmente labora en la institución educativa la Candelaria del municipio La Capilla Boyacá. Lo anterior se advierte en dicho certificado visto a folios 39 a 41.
5. Por medio de comunicación 101040202 del 05 de diciembre de 2013, suscrita por el Director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria la Previsora S.A. se hace entrega de certificación donde se indican que la docente demandante *"se encuentra afiliado (a) al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el departamento de Boyacá, Municipio La Capilla. En virtud del decreto 91/1989, tipo de nombramiento EN PROPIEDAD mediante Acto Administrativo No.000 de 01 de enero de 1990 y fecha de afiliación 09 de octubre de 1990, tipo de vinculación NACIONAL...régimen de cesantías de ANUALIDAD. Estado de afiliación ACTIVO..."* (folios 120 y 121).
6. Mediante oficio 1010403 sin fecha, el Director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria la Previsora S.A. certifica el pago de cesantía parcial a favor de la demandante se realizó el día 05 de agosto de 201 (folios 122)
7. A folios 126 a 127 se advierte certificado de factores salariales de la demandante allegado por la Secretaria de Educación de Boyacá (folios 126 a 127).
8. A través de oficio No. 1.2.1-2 38-2015PQR5254 de 13 de febrero de 2015, la Asesora Jurídica de la entidad demandada, allega expediente administrativo de la señora LUZ GRACIELA OVALLE FERNÁNDEZ, (folios 128 a 177) principalmente se observan los siguientes documentos:
  - Resolución No. 1280 de 01 de marzo de 2013, por medio de la cual se le reconoció a la demandante cesantía parcial para la compra de vivienda (folios 130 a 131).
  - Notificaciones de liquidaciones de cesantías correspondientes a los años 1990 a 2011 (folios 140 a 161).
  - Decreto No. 022 de 04 de octubre de 1990 mediante el cual se nombró a la demandante como docente en propiedad (folio 177).

## 2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

1. ¿Cuáles son las normas aplicables en materia de cesantías a la demandante, quien se vinculó al servicio público de la educación el día 09 de octubre de 1990 y se desempeña con vinculación nacional?
2. ¿Es el régimen de cesantías aplicable a la actora el de retroactividad o el de no retroactividad de la prestación?
3. ¿tiene derecho la demandante a que se liquiden sus cesantías parciales, en forma retroactiva, teniendo en cuenta que su vinculación al servicio de la educación oficial tuvo lugar antes del 31 de diciembre de 1996, esto es el 09 de octubre de 1990?
4. ¿Cuáles son los requisitos que debe cumplir el personal docente con vinculación nacional para pertenecer al régimen de retroactividad de cesantías?
5. ¿Desde qué momento debe iniciar el cómputo del término máximo para el pago de cesantías, para que no se configure la sanción moratoria generada por el no pago oportuno?

### **3. POSTURA DEL DEMANDANTE Y DEL DEMANDADO.**

La parte actora afirma que debe accederse a las pretensiones de la demanda, dado que las cesantías de los docentes territoriales se liquidan bajo el régimen de retroactividad, gracias a que las diferentes normas que han tratado el tema conservaron los derechos prestacionales adquiridos de los docentes departamentales, distritales y municipales, vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996. Así mismo, como en el acto acusado se efectuó erróneamente la liquidación, el pago total de la obligación no se realizó dentro de los 65 días hábiles siguientes a la solicitud, generándose en consecuencia indemnización moratoria.

Por su parte la demandada dice que, la demandante no tiene derecho a la indemnización moratoria que reclama, por cuanto le fueron canceladas las cesantías en el término legalmente establecido, contabilizado desde la fecha en que el acto administrativo de reconocimiento quedo en firme, adicionalmente indica que no procede la acumulación de diferentes sanciones a título de perjuicios como lo son la indexación de la prestación y los intereses de mora.

### **4. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

#### **1. DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS Y TERRITORIALES.**

Para dar solución a los problemas jurídicos planteados es trascendental establecer de acuerdo al tipo de vinculación, qué docentes ostentan la calidad de nacionales, nacionalizados o territoriales, para tal efecto es forzoso traer a colación lo reglado en la ley 91 de 1989, donde el legislador definió:

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

*Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*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.*

*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...*"

A su vez, el artículo 10 de la ley 43 de 1975, a la letra reza:

*"Artículo 10. En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán, con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria; ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional."*

De modo que, la norma define con total claridad las condiciones de vinculación que debe cumplir un docente para ser catalogado como nacional, nacionalizado o territorial, situación que determina en gran medida el régimen de liquidación de cesantías correspondiente a cada educador, toda vez que la citada ley 91 en su artículo 4° delimitó la competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

Siendo importante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías y se definió como un servicio público a cargo de la Nación, proceso efectuado de manera gradual iniciando el 01 de enero de 1976 y culminado en 1980, finalizado éste, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional, sin embargo, posteriormente en vigencia de la Constitución de 1991 con la ley 60 de 1993 se descentralizó el servicio educativo.<sup>1</sup>

## **2. RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES.**

A fin de establecer el régimen de cesantías de los educadores de acuerdo a su tipo de vinculación es necesario remitirnos nuevamente a la ley 91 de 1989, estatuto que en numeral 3 de su artículo 15, regulo el tema 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:  
(...)"*

### **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*

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil (2000). Radicación número: 2630-99

devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

Respecto a la norma en cita el Consejo de Estado se manifestó de la siguiente manera:

“De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho 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 ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. Y para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 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 continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

**Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.**

**En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de**

**cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses**.<sup>2</sup>  
(Negrillas y subrayas fuera del texto original)

De lo hasta ahora expuesto tenemos que, únicamente los docentes nacionalizados que comenzaron a laborar antes de 31 de diciembre de 1989, conservaron el régimen retroactivo de cesantías, toda vez que los nacionales y los incorporados al servicio educativo a partir de enero de 1990 -independientemente de su tipo de vinculación-, se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

En Tribunal Administrativo de Boyacá, en asunto de similares contornos al que nos ocupa, dijo:

*“Considera la Sala que el régimen de cesantías se define en este caso, teniendo en cuenta la norma vigente al momento de ingreso al servicio, así: **retroactivo** para quienes se encontraban vinculados en condición de nacionalizados hasta 31 de diciembre de 1989, y **anualizado** con intereses para los docentes nacionales y para quienes ingresaron o ingresen a trabajar como docentes a partir de 1990, cualquiera que sea el tipo de vinculación, argumentos suficientes para concluir que no se puede reconocer el derecho reclamado, toda vez que la demandante ingreso a trabajar el 1º de febrero de 1990”*<sup>3</sup>.

### 3. CASO DE MARRAS.

El presente asunto se centra en establecer si la demandante cumple con los requisitos legales para que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le pague sus cesantías aplicando el sistema retroactivo y no el régimen anualizado como se hizo en el acto acusado.

Dentro de las presentes diligencias se encontró probado que la demandante a través de decreto 022 de 04 de octubre de 1990, fue nombrada como docente en propiedad, en dicho acto administrativo claramente se lee que el Ministerio de Educación Nacional certificó la existencia de disponibilidad presupuestal, la vacancia de la plaza a ocupar por la ahora demandante y la no existencia de listado de elegibles.

De lo anterior se infiere que el nombramiento de la accionante cumplió con los requisitos legales establecidos en el artículo 10 de la ley 43 de 1975, motivo por el cual la educadora fue vinculada como docente nacional, pues para la fecha del nombramiento ya había concluido el proceso de nacionalización de la educación, el cual como se dijo con antelación al explicar el tema, culminó en 1980.

La vinculación nacional de la actora se acredita no solo con el certificado de historia laboral visto a folio 39 del expediente, también obra certificación expedida por el Director de Afiliaciones y recaudos de la Fiduciaria la Previsora S.A., donde así se señala (folio 121) y

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, 07 de mayo de 2015, Magistrado Ponente ISRAEL SOLER PEDROZA, expediente No. 150012333000201300448-00

adicionalmente en el hecho 1º del libelo introductorio, se dice claramente que LUZ GRACIELA OVALLE FERNÁNDEZ ha prestado sus servicios al Departamento de Boyacá, como docente de vinculación nacional desde su nombramiento.

Así las cosas, es evidente que a la demandante no le son aplicables las normas que cobijan a los docentes territoriales, por el contrario el reconocimiento y pago de sus cesantías se encuentra regulado por el numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, disposición legal que como ya se expuso, ordenó la aplicación del sistema de cesantías anualizado los docentes vinculados con posterioridad al 01 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad de esa fecha; siendo indudable que la demandante al ser vinculada como nacional y haber tomado posesión del cargo el 09 de octubre de 1990, no tiene derecho a que sus cesantías sean liquidadas en forma retroactiva, las mismas deben ser liquidadas anualmente, reconociéndole de igual manera un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año.

Ahora bien, frente al desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 13 de la ley 344 de 1996 alegado por el apoderado actor, debe aclararse que de la simple lectura de la norma se entiende que no le es aplicable a los docentes cobijados por la ley 91 de 1989, pues dicha regla establece que:

*“ARTICULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

*a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

*b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.” (Negritas y subrayas del Despacho).*

Asimismo, y teniendo en cuenta que la demandante está vinculada como docente nacional es obvio que no le puede ser tenido en cuenta para el cálculo del monto de sus cesantías el decreto 1582 de 1998<sup>4</sup>, toda vez que dicho estatuto es reglamentario de la ley 344 de 1996, pero únicamente respecto de los empleados públicos del nivel territorial.

Adicionalmente a lo ya dicho y para mayor ilustración acerca de la imposibilidad de aplicar las normas en cita para determinar el régimen de cesantías de la actora, es conveniente referirnos nuevamente al reciente pronunciamiento del Superior Funcional sobre el tema:

---

<sup>4</sup> Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.

*“Finalmente, tal como se señaló en el libelo introductorio, a partir de la expedición de la ley 344 de 1996, se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de la cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital), y para quienes voluntariamente quieran acogerse a lo dispuesto en dicha norma, como se explicara a continuación, especialmente de acuerdo a la posición sentada por el Tribunal Constitucional, lo cual no cambia la situación del accionante.*

*El artículo 13 de la norma referida dispuso:*

*(...)*

*Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344 de 1996, estableció las distintas hipótesis que deberían tenerse en cuenta, a fin de realizar la liquidación de cesantías, cuya síntesis se contrae a que los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantía, tendrán como régimen legal de liquidación y pago de las cesantías el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990 (artículo 1º inciso 1º).*

*Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 4 de septiembre de 1997, en la cual revisó la exequibilidad de los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996, precisó:*

***“En otras palabras, con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia. (..)”** (Resalta la Sala).*

*Según lo expuesto por la Corte, se propendió la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores, así como por el derecho a la igualdad y la libertad de los beneficiarios de acogerse el régimen de liquidación de cesantías que les fuera más favorable. Por esa razón, se declaró inexecutable un aparte del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que disponía: “El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo. Lo anterior, bajo el argumento, de una parte, de que no está facultado el ejecutivo para fijar esos incentivos y, de otra, que se convierte en un modo de dirigir la voluntad del trabajador acerca del régimen de cesantías al cual se afilie.*

*Para el caso de los docentes, resulta aplicable el régimen de cesantía anualizada, sin importar la clase de vinculación, siempre y cuando hubieran ingresado al servicio de la docencia a partir del 1º de enero de 1990, según lo dispuso la Ley 91 de 1989, disposición que no se afectó con lo previsto en*

la Ley 344 de 1996, habida cuenta que su artículo 13 respetó el régimen especial aplicable a los docentes.” (Subrayas del Despacho)<sup>5</sup>

En ese orden de ideas, se colige que no se demostró a lo largo del presente trámite, que el acto administrativo atacado adolezca de vicio alguno que conlleve a su declaratoria de nulidad, por el contrario logró establecerse que el reconocimiento de las cesantías de la demandante se realizó de conformidad con las normas aplicables, por consiguiente las cesantías parciales y definitivas de la señora LUZ GRACIELA OVALLE DE FERNÁNDEZ deben liquidarse acorde al sistema anualizado y no al régimen retroactivo, ya que su vinculación al servicio público de la educación tuvo lugar con posterioridad al 01 de enero de 1990, fecha a partir de la cual la ley 91 de 1989 dispuso que las cesantías de todos los docentes oficiales que ingresaran a laborar, serían calculadas anualmente.

En tal virtud, atendiendo a la normatividad, a la jurisprudencia mencionada y los medios probatorios obrantes en el expediente, las pretensiones de la demanda serán negadas.

#### **Indemnización moratoria**

La parte actora en la pretensión tercera del escrito introductorio solicita: *“Se declare que el (la) señor (a) OVALLE FERNÁNDEZ LUZ GRACIELA 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 de la Cesantía-**14 DE FEBRERO DE 2013 y hasta la fecha de pago de dicha prestación**, a razón de un (1) día de salario por cada día de retardo, tomando como base el salario final acreditado, de conformidad con **la ley 1071 de 2006”***

Al respecto encuentra el Despacho que, una vez determinada la legalidad del acto acusado por la correcta determinación del monto de las cesantías parciales de la demandante, en aplicación de las normas que regulan su situación, no es procedente para el Juzgado pronunciarse sobre el oportuno pago de las mismas, ya que dicho debate debe promoverse mediante acción ejecutiva ante la jurisdicción laboral.

Lo anterior por cuanto de acuerdo a la ley 1071 de 2006, en sus artículos 4º y 5º establece que, la entidad pagadora cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales o definitivas, para proferir la correspondiente resolución, una vez ejecutoriada la decisión que ordena la liquidación de tales cesantías, el pago debe efectuarse en un máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, vencido éste término se genera una sanción moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago, por lo que el monto a cancelar es determinable, naciendo entonces una obligación, clara, expresa y exigible.

---

<sup>5</sup> Ejusdem.

Ahora bien, las obligaciones que pueden reclamarse por vía ejecutiva ante la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentran taxativamente señaladas en el numeral 6 del artículo 104 de la ley 1437 de 2011<sup>6</sup>, dentro las cuales no se encuentra el pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, este asunto por disposición del numeral 5 del artículo 2 de la ley 712 de 2001<sup>7</sup>, es de conocimiento privativo de la jurisdicción ordinaria laboral.

La anterior posición fue fijada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la varias veces citada sentencia de fecha 07 de mayo de 2015, dentro del expediente 15001233300020130044800, donde determinó:

*"...Del contenido del citado artículo se desprende que no corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de procesos ejecutivos para obtener el pago de la sanción moratoria solicitada, como quiera que no se encuentran incluidos dentro de los temas allí señalados. Por el contrario, se halla plenamente establecida la competencia en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, toda vez que la Ley 712 de 2001, en el numeral 5o del artículo 2 señala que conocerá de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad". Significa lo anterior, que la competencia para conocer de la acción ejecutiva en mención, radica en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.*

*Así lo determinó además en reciente pronunciamiento el Consejo Superior de la Judicatura, donde hizo claridad sobre la materia en un caso como el sub lite. Al respecto precisó:*

*"Ya no es defendible la posición esbozada en el sentido que por no tener un reconocimiento expreso la sanción moratoria por parte de la administración, no puede pregonarse la existencia de título ejecutivo, cuando la complejidad del mismo deviene de la presencia de elementos básicos e ineludibles, como la existencia del reconocimiento de las cesantías (no se discute la misma), su pago tardío o no pago y la ley misma (Ley 244 de .1995 y Ley 1071 de 2006) como fuente de obligación que es, ante esas realidades no hay forma de sustraerse al reconocimiento de título ejecutivo, que por serio, es exigible ante la jurisdicción que compete, solo que ante los supuestos dados en el artículo 104- 5 de la Ley 1437 de 2011, casos como el presente no son de los enlistados allí por el legislador, por lo tanto, el juez natural sigue siendo el Ordinario Laboral. (..)*

*Debe acotarse sobre el hecho que, como lo pretendido es el pago de una obligación legal, como es la mora en la cancelación de las cesantías reconocidas, pues la Resolución 468 del 30 de diciembre de 2011 tan solo fue cancelada el 14 de mayo de 2012, sanción que estando prevista y debidamente reglada en su cuantía según los días de mora, se toma indiscutible que el monto es fácilmente determinable, para que en concordancia con el art. 488 del CP. C., pueda hablarse de estar en presencia de un título ejecutivo, de donde es viable su ejecución por parte del beneficiario a través de acción ejecutiva. (..)*

---

<sup>6</sup> "6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades."

<sup>7</sup> "5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad."

*Diferente fuera que se estuviera discutiendo el reconocimiento de las cesantías como litigio a resolver por alguna de las jurisdicciones enfrentadas, pero una vez declarado y reconocido el derecho de las primeras, la ley, como se dijo, estipula la cuantía como castigo que se debe pagar por no cancelar dentro del periodo de gracia para ello concebido, consagración ésta que refuerza el argumento de estar frente a cuantías determinadas y ejecutables, no por otra vi distinta a la laboral ordinaria.<sup>6</sup>*

*En conclusión, el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de cesantías es una pretensión que atañe a la acción ejecutiva, dado que el acto de reconocimiento de las cesantías definitivas, cuya legalidad se confirmará a través de la presente providencia, constituye título ejecutivo, litigio que compete definir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, razón por la cual, la Sala se inhibirá para resolver esta petición.*

En ese estado de cosas, el Despacho se inhibirá para pronunciarse respecto de la pretensión tendiente a que se ordene el reconocimiento de la indemnización moratoria, pues sobre ese aspecto únicamente puede emitir decisión de fondo la jurisdicción ordinaria laboral dentro del trámite de una acción ejecutiva.

## **CONCLUSIÓN.**

Las cesantías parciales de la demandante fueron reconocidas en debida forma por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que su vinculación tuvo lugar con posterioridad al 01 de enero de 1990, esto es el día 4 de octubre de 1990 (Folios 34 y 177), fecha a partir de la cual a todos los docentes que se vincularan al servicio educativo oficial les será aplicable el sistema anualizado de cesantías.

Adicionalmente, el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías debe solicitarse mediante proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria laboral, razón por la cual al carecer de jurisdicción, este despacho debe declararse inhibido para adoptar determinación en cuanto a este tema.

## **4. COSTAS.**

El artículo 188 del CPACA dispone que:

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

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso:

- a) Se dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso, esto es a la parte demandante. Liquidense por Secretaría.
- b) Como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación se señala la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$200.000), conforme lo señala el Acuerdo No 1887 del

26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

- c) En la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (Numeral 8º del artículo 365 del CGP).

En mérito de lo expuesto el JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO.** Declárese **INHIBIDO** el Despacho para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión tercera de la demanda, relacionada con el reconocimiento de la indemnización moratoria, por el no pago oportuno de la cesantía parcial de la accionante.

**SEGUNDO.** **NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovida por **LUZ GRACIELA OVALLE FERNÁNDEZ**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO.** Costas en esta instancia y Agencias en Derecho en contra de la parte vencida según lo indicado.

**CUARTO.** La presente providencia deberá ser notificada conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011, de igual manera se indica que contra la misma procede recurso de apelación en los términos y condiciones del artículo 247 de la misma obra.

**QUINTO.** En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Juez