



**Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
ACTA No. 196 DE 2018**

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Proceso: 110013335-017-2017-00056-00

Demandante: Elsa Gabriela Bonilla Soto

Demandado: La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Tema: Liquidación de cesantías en forma retroactiva – Docente Territorial

En Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018) siendo las nueve (9:00) am, la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **Elsa Gabriela Bonilla Soto** contra **la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, actuación con radicado 110013335-017-2017-00056-00.

I. PRELIMINARES

PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderado de la demandante: **JINETH ZUJEY GÓMEZ CALVO**, quien se identifica con C.C. 1.030.536.490 de Bogotá y T.P. 253.173 del C. S. de la J., autoriza notificaciones al correo electrónico: notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co.

Agente del Ministerio Público.- El Despacho deja constancia de la no asistencia del Agente del Ministerio Público, Dr. Álvaro Pinilla Galvis procurador 86 judicial I ante este despacho.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍAS

De conformidad con los memoriales presentados en esta diligencia, el despacho le reconoce personería a la apoderada de la demandante, de conformidad con el memorial que se aporta en la presente audiencia.

Esta decisión se adopta mediante **auto No. 859** y se notifica en estrados.

El Despacho deja constancia que hasta este momento no se ha hecho presente la apoderada de la entidad demandada doctora **MARIA FERNANDA CRUZ RODRÍGUEZ**, es de anotar que la apoderada presentó renuncia al poder en atención a la finalización de su relación laboral, en los términos del audio (art. 76 C.G.P.), quien dispone de tres (3) días para justificar su inasistencia para ser exonerada de las consecuencias pecuniarias del numeral 4 del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Esta decisión se adopta mediante **auto No. 862** y se notifica en estrados.

SANEAMIENTO El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado o alguna nulidad que daba ser declarada de manera oficiosa. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 1398** y se notifica en estrados. Sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

EXCEPCIONES PREVIAS

La demandada propone como excepción la Falta de legitimación en la causa por pasiva por las siguientes razones: i) no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, por ende no expide ni interviene en la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones a favor de los docentes afiliados al Fomag ii) no administra los recursos del Fondo, los cuales se destinan al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fomag iii) dentro de su presupuesto no tiene partidas o rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes iv) celebró un contrato de fiducia mercantil en el que se estipuló como obligación de la sociedad fiduciaria, administradora del fondo, comparecer a los procesos judiciales en nombre de este.

Corrido el traslado de las excepciones el apoderado de la parte actora dentro del término solicita que se declaren imprósperas considerando que el legitimado es el Ministerio de Educación.

Advierte el Despacho, que conforme a lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 y Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que, si bien, se ha delegado en las entidades territoriales, se ejerce en nombre y representación del mencionado Fondo, tal y como se indica en el acto administrativo demandado.

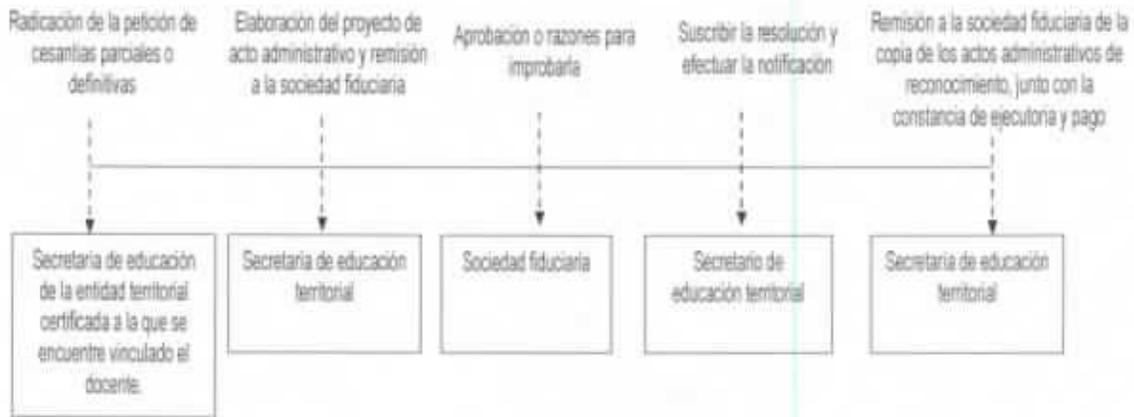
Así, téngase en cuenta que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por su parte, el decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005¹, reglamentaron la Ley 91 de 1989 y en ejercicio de la desconcentración administrativa distribuyeron las funciones entre la secretaría de educación territorial y la sociedad fiduciaria, así²:

¹ «Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 5 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 16 de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01237-01(2229-18).



En la providencia citada se concluyó que: “[E]s el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el patrimonio creado y encargado por la ley de **reconocer y efectuar el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados**, y en virtud de la desconcentración administrativa establecida por el legislador en las secretarías de educación territoriales de los entes certificados, les corresponde elaborar el proyecto de acto y suscribirlo previa aprobación de la entidad fiduciaria.

19. Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la Nación, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral³, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

En conclusión: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo.

La Corte Constitucional en Sentencia SU del 23 de enero de 2002, expresó:

“Para concluir este aparte, corresponde reiterar que la Fiduciaria La Previsora S.A., es una sociedad de economía mixta, regida por el derecho privado, que, en principio, no puede ser sujeto pasivo del derecho de petición, porque su obligación de administrar los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia efectuar los desembolsos correspondientes a las prestaciones de los docentes, con base en la previa determinación de aquel no le imprime carácter de autoridad pública.”

Asimismo, se debe tener en cuenta el concepto No. 1614 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil según el cual:

“La fiduciaria, en este caso, actúa como mandataria que paga conforme a lo ordenado en el acto administrativo y por consiguiente al efectuar el pago, no está reemplazando al ordenador del gasto, pues esta facultad la ejerce el Ministerio con la entrega de los recursos al patrimonio autónomo y la expedición del correspondiente acto administrativo”.

³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Auto del 15 de noviembre de 2017. Rad. 410012333000201500686 01. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Y de la Subsección A. Auto de 26 de abril de 2018. Rad. 68-001-23-33-000-2015-00739-01. C.P. William Hernández Gómez.

El Despacho concluye que la Fiduciaria la Previsora S. A., tan solo es el organismo encargado del manejo de los recursos económicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea su responsabilidad el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, que en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional.

La anterior decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. 1401 y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

LOS HECHOS La entidad demandada no acepta ningún hecho de la demanda, razón por la cual todos deberán someterse al debate probatorio.

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución 5617 del 22 de agosto de 2016, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial a la demandante.
2. A título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional por conducto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar el valor que resulta de la diferencia entre la cantidad efectivamente reconocida en el acto demandado y la suma resultante de la reliquidación de la cesantía parcial retroactiva desde el 4 de febrero de 1994 conforme con la Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Ley 344 de 1996.
3. Ordenar al Ministerio de Educación los ajustes a los valores reconocidos conforme al IPC en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, el cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, el reconocimiento de los intereses moratorios en la forma prevista en el artículo 195 del CPACA y al pago de las costas.

PROBLEMA JURÍDICO Corresponde al Despacho determinar si se configuran las causales de nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías en forma retroactiva.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. y se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

CONCILIACIÓN como quiera que la entidad demandada no asiste se declara **FALLIDA la oportunidad** para ello.

MEDIDAS CAUTELARES En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal. La presente decisión se **adopta mediante auto interlocutorio No. 1404 y se notifica por estrados.**

DECRETO DE PRUEBAS

A favor de la parte actora: En los términos y condiciones en la ley se decreta y se tiene como pruebas las documentales las aportadas con la demanda, dentro de las cuales se encuentran:

- Copia de la Resolución 5617 del 22 de agosto de 2016 por la que se reconoce y ordena el pago de unas cesantías parciales. Constancia de notificación del anterior acto (f. 4 y 6)
- Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (f. 7)

.Copia del Decreto 878 de 30 de diciembre de 1993, por el cual se nombra a la demandante en el cargo de docente de tiempo completo (f. 8 y 9) acta posesión (f. 10).

Se niega la prueba solicitada relativa a la hoja de vida de la demandante, especialmente el acto de nombramiento, por cuanto este último ya obra en el expediente a folios 8 -10.

A favor de la parte demandada En los términos y condiciones en la ley se decreta y se tiene como pruebas las documentales las aportadas con la contestación esto es el CD folio 82 que contiene el contrato de fiducia mercantil No. 83 de 1990 con sus modificaciones, adiciones y el último otrosí del 2 de junio de 2017

Se **niegan** las pruebas solicitadas: copia del convenio celebrado entre el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Educación Nacional para la vinculación de docentes por **impertinente** de acuerdo con los hechos de la demanda, de acuerdo con el audio; certificación del régimen aplicable a los docentes vinculados a FONPREMAG en razón a que ese es el objeto de la demanda el cual debe ser desarrollado por el Despacho y, la certificación de tiempo de servicios y salarios, porque no se debate lo devengado por el actor sino el régimen de cesantías aplicable al caso concreto y por innecesario porque ya se encuentra probada la fecha vinculación de la funcionaria a folio 10.

El anterior auto se adopta mediante auto interlocutorio No. 1405 y se notifica por estrados. Una vez en firme se continúa con la diligencia.

ALEGATOS CONCLUSIVOS Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011 se corre traslado a las partes para que sustenten de manera oral sus alegatos conclusivos.g

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 1408** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A. Sin recursos.

PARTE DEMANDANTE: se ratifica en los hechos de la demanda en la forma consignada en el audio de esta audiencia.

SENTENCIA No. 171

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

TESIS DEL DEMANDANTE

En los términos del literal a del artículo 2º de la ley 4 de 1992⁴ señala que la Ley 60 de 1993 conservó los derechos adquiridos y el respeto al régimen prestacional vigente en cada entidad territorial para los docentes departamentales, municipales o distritales. Resalta que si bien la ley 91 de 1989 estableció de manera genérica un sistema de liquidación de las cesantías, el congreso así como el ejecutivo han reglamentado de manera especial lo concerniente a dicha prestación, asegurando que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1996

⁴ A) el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del estado tanto del régimen general como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

conservan el sistema retroactivo de liquidación de las cesantía en los términos del artículo 13 de la ley 344 de 1996 y, de los arts. 115 de la ley 115 de 1994⁵ y 5 del decreto 196 de 1995 ⁶

Arguye que el artículo 1º del decreto 1582 de 1998, reglamentario de la ley 344 de 1996 señala que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990 y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al fondo nacional del ahorro será el establecido en el artículo 5º y de la ley 432 de 1998.

Conforme a lo anterior, el demandante tiene derecho a que en el reconocimiento y pago de su cesantía parcial la entidad demandada aplique lo contenido en la ley 6 de 1945, decreto 2767 de 1945 y 65 de 1946, decreto 1160 de 1947 y las demás normas que consagran su pago en forma retroactiva, no solamente en el presente caso sino como una obligación futura.

TESIS DEL DEMANDADO

De acuerdo con lo determinado por el Gobierno Nacional, los docentes al servicio del Estado – afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – que ingresaron en virtud de la Ley 91 de 1989, del Decreto 196 de 1995, de la Circular No. 008 de 1996 y del Decreto 3752 de 2003 y conforme con su vinculación se determina el régimen aplicable en materia de cesantías, si es anual o retroactivo para efectos de prestaciones sociales y económicas, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, lo cual indica que el régimen legal aplicable en materia de cesantías es el de anualidad, con fuente de recursos del situado fiscal

Al consultar a la docente demandante, dentro del aplicativo de afiliaciones del FOMAG, se encontró que la educadora se afilió al Fondo en 1996, de conformidad con la Circular citada, en la que se dejó consagrado que el régimen de liquidación de las cesantías es el contemplado en la Ley 91 de 1989, es decir anualizado, por consiguiente a la demandante no le asiste el derecho a que se liquiden sus cesantías retroactivamente

CONSIDERACIONES

Cesantías docentes⁷

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989, por el cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, distinguió tres categorías de docentes: nacional, nacionalizado y territorial, así:

«[...] **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.

⁵ cuando menciona que el régimen prestacional de los docentes estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993 y en la presente ley y, en ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores

⁶ cuando señala que a estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tenga al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley

⁷ Sección Segunda Subsección A Sentencias con Ponencia Dr. William Hernández del 19 de octubre de 2017 RI 5010 2015 y del 27 de noviembre de 2017 RI 472 de 2016

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 [...]»

Así mismo, en el párrafo del artículo 2 ibidem señaló cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

«[...] 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 [...]»

Ahora bien, pese a que allí no se indicó el régimen de cesantías aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4 ib. creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En similar sentido, acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señaló:

«[...] 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 que respecta a las cesantías, este mismo artículo en su numeral 3º dispuso:

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”.

Visto lo anterior, se concluye que:

(i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y, (ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a lo previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

Al efecto se cita un aparte de la sentencia proferida por el Consejo de Estado⁸ proferida el 18 de julio de 2018:

«[...] Así las cosas, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares⁹, no obstante, el demandante fue nombrado por el alcalde y secretario general del municipio de Pijao, Quindío, como docente de dicha municipalidad en el año de 1994, este nombramiento se realizó:

i) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975, que inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980, y, en esa medida, se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales a partir del 1.º de enero de 1990.

ii) Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9.º de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del Ministerio de Educación Nacional.

De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto, que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su condición de empleado público.

Por último, no le asiste razón al demandante cuando alega que por ser un docente vinculado con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1º de enero de 1990”.

En Sentencia¹⁰ del 16 de agosto de 2018, el Consejo de Estado reiteró la anterior posición, así:

«[...] 46. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 30, literal b), los maestros ‘1...1 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

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00128-01(1100-17)

⁹ Nota interna. Sentencias de la Sección Segunda, Subsección A: (i) de 22 de febrero de 2018 (número interno 5085-2016), 30 de noviembre de 2017 (número interno 4992-2015), 27 de noviembre de 2017 (número interno 0472-2016) y 19 de octubre de 2017 (número interno 5010-2015), consejero ponente: William Hernández Gómez; y (ii) de 19 de enero de 2015 (número interno 4400-2013) y 25 de marzo de 2010 (número interno 0620-2009), consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00228-01(2092-16) Actor: ELVIRA CECILIA GÓMEZ VILORIA Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO Y MUNICIPIO DE SABANALARGA.

1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.» como lo es la Ley 344 de 1996¹¹ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró un sistema de liquidación anualizado de cesantías para las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado [...]

De tal manera que de acuerdo con la normatividad reseñada y la jurisprudencia citada para efectos de establecer el régimen prestacional aplicable a los docentes, se deberá tener en cuenta la fecha de vinculación del docente, sin importar su categoría de nacional, nacionalizado o territorial.

2. Caso concreto

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto se observa que, mediante **Decreto 878 del 30 de diciembre de 1993**, la señora Elsa Gabriela Bonilla Soto fue nombrada en propiedad en el cargo de docente de tiempo completo en el Centro Comercial de Educación Media San Luis Gonzaga por el Alcalde Mayor de Bogotá y se posesionó en el cargo el 3 de febrero de 1994, es decir con posterioridad al 1º de enero de 1990.

La Secretaría de Educación del Distrito reconoció las cesantías parciales a la demandante mediante la **Resolución No. 5617 del 22 de agosto de 2016**, acto administrativo demandado, en el que la liquidación de las cesantías se efectuó en forma anualizada, desde el año 1994 hasta el año 2015, por valor de \$34.106.163 (ff. 5 y 6).

Sin embargo, se reitera lo enunciado en precedencia, pese a que el nombramiento de la aquí demandante fue realizado por el Alcalde Mayor de Bogotá, el nombramiento surgió con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 que inició el 1º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980, en esa medida, se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, sin que sea procedente la aplicación de la Ley 344 de 1996, en razón a que ésta en su artículo 13¹² excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1º de enero de 1990.

Conforme con lo analizado en la normatividad y jurisprudencia aplicable, se negarán las pretensiones de la demanda, en tanto el régimen de cesantías aplicable a la demandante es el anualizado.

De las costas El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos 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"*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de*

¹¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

¹² **ARTÍCULO 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.

la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...."

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹³, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: "La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra." (Subrayas para resaltar)

El Consejo de Estado¹⁴ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

"...Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<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">>¹⁵

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no fueron probadas en esta instancia las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹³ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁴ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

¹⁵ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

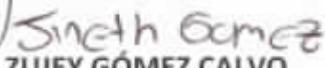
TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

La **apoderada de la parte demandante** interpone recurso de apelación que sustentará dentro del término legal.

No siendo más el objeto de la presente diligencia se da por terminada siendo las once y diez minutos de la mañana (11:10 a. m.) y se firma por los que en ella intervinieron,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez


JINETH ZUJEY GÓMEZ CALVO
Apoderado parte demandante


ELSA ROCÍO GÓNZALEZ CUBILLOS
Profesional Universitario