



**JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**  
**- SECCIÓN SEGUNDA -**  
**JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**

---

En Bogotá D.C., 2 de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00

**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero

**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

**Tema:** Liquidación de Cesantías en forma retroactiva – Docente Territorial

**Sentencia No.90**

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en artículo 182 A , adicionado por la Ley 2080 de 2021, artículo 42, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

**Consideraciones**

**Pretensiones**

1. Que se declare nulidad parcial de la Resolución No. 10922 de 25 de octubre de 2018, expedida por la directora de talento humano de la Secretaria de Educación del Distrito, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una Cesantía parcial al demandante.
2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento, se declare que el docente tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fomag, le reconozca y pague la cesantía parcial de manera retroactiva ,tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (15 de febrero de 1993) mediante resolución y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de presentación de la solicitud de cesantías, con la totalidad de los factores salariales, de conformidad con la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, ley 91 de 1989, ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva.
3. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor.
4. Se condene a la entidad demanda a costas.
5. El cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y ss del CPACA

**Tesis del demandante:** El demandante invocó como sustento de sus pretensiones, normas de carácter legal y constitucional y principios como el de la confianza legítima y citó jurisprudencia de las altas cortes en torno a la retroactividad de las cesantías y su aplicación para aquellos empleados vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

Señaló que cumplió con los requisitos legales para ser beneficiario del reconocimiento de la retroactividad en el pago de cesantías regida por la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes, por lo que los actos administrativos demandados violan las normas legales y constitucionales.

Indica que la Ley 91 de 1989 mantiene intacto el régimen de liquidación de las cesantías para los docentes territoriales, esto es, departamentales y municipales ya que el artículo 6 de la ley 60 de 1993 señala que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fomag y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial luego la intención del legislador fue la de conservar los derechos adquiridos y el respeto del régimen prestacional vigente en cada entidad territorial para los docentes departamentales, municipales o distritales.

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

De otra parte puntualiza que los docentes territoriales vinculados entre el 1º de enero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1996 conservan el sistema de liquidación retroactivo de sus cesantías, situación fáctica que resulta clara en la Ley 344 de 1996, pues a partir del 1 de enero de 1997 el nuevo esquema de liquidación de las cesantías para los empleados públicos territoriales, es la liquidación anualizada en consonancia con el decreto 1582 del 5 de agosto de 1998 por el cual se reglamenta la ley 344 de .

**Tesis de la demandada:** La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demandada, puesto que el reconocimiento de las cesantías se realiza con base en las pautas interpretativas del consejo de estado, sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016.

Señala que a partir de la ley 344 de 1996 y el decreto 1582 de 1998, las personas que se vinculen con el estado tienen el régimen anualizado de cesantías, haciéndose extensivo a los empleados del orden territorial a quienes se les aplicaría lo previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990

De otra parte el artículo 15 de la ley 91 de 1989 señala que el personal docente nacionalizado vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrá el régimen de presentaciones que ha venido gozando en cada entidad territorial y, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 para efectos de prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados del orden nacional, decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expida en el futuro, consagradas en esta ley.

Sobre cesantías indica que 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 y, 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 solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1ero de enero de 1990, el FOMAG reconocerá y pagara 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.

Así las cosas, y en los términos de la sentencia 22 de febrero de 2018, antes citada, se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían 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 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.

De igual manera, se advierte que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido en la Ley 91 de 1989, por expreso mandato de la Ley 60 de 1993. 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.<sup>4</sup> Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00

**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero

**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

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. Así las cosas, los docentes nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

Visto lo anterior, y pesar de que el docente fue vinculada como docente del territorial este nombramiento se realizó con posterioridad a la expedición de las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 que mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporaran sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.

Concluye que el régimen anualizado reconocido en el acto administrativo demandado es efectivamente el que se ajusta a su caso, pues su vinculación se produjo en el año de 1996 y si bien su nombramiento fue productor el alcalde de Bogotá, esto no quiere decir que inmediatamente adquiriera el carácter de territorial, por cuanto 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, es decir, a partir del 1 de enero de 1990. (expediente digital archivo No. 05).

**Problema jurídico:** El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar el reconocimiento y pago de las cesantías parcial de manera retroactiva conforme con el artículo 6º de la ley 60 de 1993 el cual dispuso que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al FOMAG y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial, queriendo significar con ello que con la expedición de la Ley 60 de 1993 se conservaron los derechos adquiridos y el respeto del régimen prestacional vigente en cada entidad territorial o si como lo señala la entidad, por estar vinculada después del 1º de enero de 1990, sus cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el fondo un interés anual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad

**Desarrollo del problema jurídico.** Los educadores oficiales, son aquellas personas naturales que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital y municipal, por estar sometidos a un estatuto legal propio o estatuto docente, reciben la denominación de **empleados oficiales de régimen especial**.

En materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así, como por ejemplo, ellos tienen una jornada laboral y periodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto de los empleados del sector público. Por otro lado, también tienen un sistema de carrera especial, por lo cual sus condiciones de entrada, ascenso y permanencia son distintas a las del resto de empleados públicos (Decreto – Ley 2277 de 1979 – Estatuto Docente y Decreto 1278 de 2002 – Estatuto de Profesionalización Docente). Lo mismo ocurre con el sistema de salud, en donde los beneficios de los docentes son mejores que los de los empleados públicos a nivel nacional o territorial.

Así las cosas, como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales. Sin embargo el **régimen prestacional de los docentes se encuentra centralizado y no solamente en relación con ellos, sino en general, con los empleados públicos de todos los niveles**.

**Cuadro normativo aplicable al caso:** La Ley 43 de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”, decidió “nacionalizar” la educación oficial primaria y media de los entes territoriales y así, una vez aplicada, el antiguo personal administrativo y docente de dichos

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

planteles (escuelas y colegios, etc.) se convirtió en el llamado **“personal nacionalizado”**, el cual quedó sometido a NORMAS NACIONALES en cuanto a su régimen de personal (docente y administrativo).

El derecho a las cesantías se estableció inicialmente en el artículo 17 de la Ley 6 de 19 de febrero de 1945, que fijó su reconocimiento para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942

A través del Decreto 2767 de 1945, estas se hicieron extensivas a los empleados públicos y trabajadores al servicio de los Departamentos y Municipios. El artículo 1 de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, dio alcance a dicha prestación a los trabajadores del orden territorial y a particulares, al disponer: “Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro. Parágrafo. - Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.

Posteriormente, en su artículo 1 el Decreto 1160 de 1947, que reguló el auxilio de cesantías, estableció: “los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.”

Este derecho se extendió a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, como se observa en el artículo 2 del decreto en cita, así: “lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado”.

### **Régimen de Cesantías Docentes <sup>1</sup>**

El régimen aplicable a los docentes en relación con el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, está consagrado en la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, establece en su artículo 1º lo siguiente:

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

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

**Parágrafo -** Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad”.

El artículo 2º ibídem dispuso la forma como se asumiría el pago de obligaciones prestacionales de los docentes nacionalizados, así:

“(…) De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

---

<sup>1</sup> Sección segunda –subsección -A sentencia con Ponencia Dr. William Hernández del 26 de abril de 2018 número de radicación 52001-23-33-004-2014-00276-01(3164-15).

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

1. (...)

3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1° de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980) así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieron sus veces. **La Nación pagará**, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el Artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

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

**Las prestaciones sociales del personal 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.**” (Resalto del Despacho)

Dicha norma (Ley 91 de 1989), particularmente en sus artículos 4 y 5, indica:

“**Artículo 4º.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. **Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.** Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

“**Artículo 5º.-** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

“1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.”

Por su parte, el literal A y B del numeral 3 del artículo 15 de la citada Ley 91 de 1989, ordena:

“**Artículo 15º.-** 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 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

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

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.”

Acorde con la disposición legal traída a colación, en cuanto a las cesantías se refiere, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo, de conformidad con las normas vigentes en la entidad territorial; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad.

De antaño la Jurisdicción Contenciosa ha considerado que el régimen prestacional de los docentes está definido en la Ley 91 de 1989, ejemplo de ello, es lo considerado por el Consejo de Estado<sup>2</sup> en providencia de la sección segunda al respecto, dijo la Corporación:

“(…) 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.**” (Subrayas del despacho)

En cuanto al régimen especial prestacional del magisterio, la Corte Constitucional en Sentencia C-928 del 2006, ha señalado lo siguiente:

“En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

Pues bien, el mencionado Fondo tiene como objetivos (i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales que contrata con ciertas entidades, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta el Consejo Directivo del Fondo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iv) propender porque todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, la Corte ha considerado que (i) se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional, (Fiduciaria La Previsora S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería

---

<sup>2</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, Sentencia del 25 de marzo de 2010. Rad. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09). C.P. Gustavo E. Gómez Aranguren.

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00

**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero

**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

jurídica y autonomía administrativa<sup>3</sup>; (ii) es el encargado tanto del reconocimiento de dichas prestaciones, con un visto bueno previo de la fiduciaria, como de su pago<sup>4</sup>; (iii) al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio tiene asignada la función, entre otras, de determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridades en que serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo para garantizar así una distribución equitativa de los recursos, si existe disponibilidad presupuestal se imparte visto bueno a las solicitudes<sup>5</sup>; y (iv) hay que compaginar el subsistema de los servicios médicos asistenciales del Magisterio con las normas de la Constitución Política y no se puede afirmar por consiguiente que aquél ha quedado por fuera del sistema constitucional de seguridad social en salud<sup>6</sup>.

(...)

De igual manera, es preciso señalar que las prestaciones sociales que paga el Fondo son las que reconozcan la Nación y las entidades territoriales, prestando asimismo servicios de salud a sus afiliados.

**Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.**

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado...”

De conformidad con lo anterior, los docentes ostentan un régimen especial que regula sus prestaciones sociales, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con cesantías, entre otros, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas, que reconozcan la Nación y las entidades territoriales.

De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían 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 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 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 interés”

En resumen, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantienen el régimen prestacional previsto en la norma vigente de la entidad territorial; y a los docentes nacionales, junto con los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplica las mismas disposiciones que a los empleados públicos del orden nacional.

---

<sup>3</sup> Auto 167 de 2005.

<sup>4</sup> Sentencia T- 1059 de 2002.

<sup>5</sup> Sentencia T- 255 de 2000.

<sup>6</sup> Sentencia T- 727 de 1998.

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

Por consiguiente, atendiendo el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 concluye el Despacho que, a los docentes nacionalizados vinculados hasta 31 de diciembre de 1989, les es aplicable el régimen de liquidación retroactivo; en tanto que, para los docentes que se vincularon a partir del primero de enero de 1990, el régimen aplicable es el de liquidación anual sin retroactividad, y con pago de interés.

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.

**Hechos probados:** En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. Resolución No. 10922 de 25 de octubre de 2018, por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial y su respectiva notificación (expediente digital archivo No.12.fl 55)
2. Acta de posesión del 12 de febrero de 1993 para el cargo docente para el cual fue nombrado en propiedad por resolución 254 del 8 de febrero de 1993, efectivo a partir del 15 de febrero de 1993
3. Constancia expedida por grupo de gestión humana grupo hojas de vida el jefe de la División de personal de la Secretaría de Educación de Bogotá, en la que se lee que el señor Héctor Enrique Ávila tomó posesión del cargo de docente grado 8, el día 12 de febrero de 1993 Resolución No. 254 del 08 de febrero de 1993 (expediente digital archivo No.1 fls.59).
4. Certificación de salarios de los años 2017 y 2018 (expediente digital archivo No.2 expediente administrativo, fls.17).

#### **Caso concreto**

El demandante, señor Héctor Enrique Avila prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, como docente de vinculación Distrital en propiedad, desde el 12 de febrero de 1993, es decir con posterioridad al 1° de enero de 1990.

La Secretaría de Educación del Distrito Bogotá reconoció cesantías parciales al demandante mediante la Resolución No. 10922 de 25 de octubre de 2018, acto administrativo demandado, en el que la liquidación de las cesantías se efectuó en forma anualizada desde el año 1993 hasta el año 2017, por el valor de \$49'166.363 (expediente digital archivo No. 1, fls 55- 57).

El auxilio de cesantía es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social, para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales. 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 este 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.

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 periodo de prueba, en interinidad. En el caso de autos tenemos conforme con el material probatorio arrimado al plenario el demandante se encuentra vinculada a la docencia en desde el 12 de febrero de 1993, tal como consta en la certificación visibles a folio 59 del expediente digital archivo 1

Entonces, debido a que el actor se encuentra vinculado sin solución de continuidad desde el 13 de febrero de 1993 y que la normativa relacionada anteriormente, aplicable al caso consagra el régimen retroactivo de las cesantías, solo para los docentes vinculados antes del 1 de enero de 1990 no era obligación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme con los numerales 3° y 5° del artículo 2° y literal A del numeral 3° del artículo 15° de la Ley 91 de 1989, reconocer las cesantías de forma retroactiva toda vez que no se encontraba vinculada al 31 de diciembre de 1989.

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

Si bien la ley 91 de 1989 mediante la cual se creó el fondo de prestaciones sociales del magisterio, determinó que las prestaciones sociales de los docentes territoriales o nacionalizados se continuarían reconociendo conforme a las normas aplicables a las entidades territoriales, es dable aclarar que la referencia legal corresponde a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1990.

Es por ello que no se declarara la nulidad del acto administrativo quedando incólume la presunción de legalidad del acto pese a que el nombramiento del demandante fue realizado por el Alcalde Mayor de Bogotá, el mismo surge con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 que inició el 1° 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 señalando en la Ley 91 de 1989, sin que sea procedente la aplicación de la Ley 344 de 1996, en razón a que en su artículo 13<sup>7</sup> excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 1° de enero de 1990.

Por consiguiente, al haber sido vinculado con posterioridad al primero (1) de enero de 1990, el régimen para la liquidación y pago de sus cesantías, es el consagrado en el literal B del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, bajo el régimen anualizado y sin retroactividad; puesto que, aun cuando su vinculación se realizó con una entidad del orden territorial -Secretaría de Educación Distrital-, la fecha de su nombramiento lo excluye de la aplicación del beneficio de la retroactividad.

**Costas:** El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece 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”*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar 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 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 Proceso<sup>8</sup>, 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.

Referente a este tema el Consejo de Estado<sup>9</sup> ha señalado, 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.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> ARTICULO 13:S in 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;

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

Por no evidenciar temeridad o mala fe del demandante y no probarse su valor en esa instancia no se condenará en costas

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

**PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda** de conformidad con la parte motiva de la sentencia.  
**SEGUNDO.- NO CONDENAR EN COSTAS**, conforme a lo expuesto en precedencia  
**TERCERO.-** En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

DRBM

---

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.

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2019-00085-00  
**Demandante:** Héctor Enrique Avila Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
Sala 017 Contencioso Admsección 2  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: eb8958afa2c4c19682545867f4db18b9f3fa754ea894e3e1536f4735a94c593b  
Documento generado en 04/11/2021 06:51:59 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>